

La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano

JUEZ: «Pues yo no puedo hacer este divorcio,
quia nullam invenio causam».

(Miguel de CERVANTES SAAVEDRA,
El juez de los divorcios)

INTRODUCCIÓN

Los lazos que unen a los padres con sus hijos y los que unen a éstos entre sí poseen un componente biológico. Sin embargo, el vínculo matrimonial entre hombre y mujer tiene un origen exclusivamente social. El parentesco, que se genera a partir del matrimonio, engloba relaciones de alianza y de filiación, reuniendo, en su propia concepción, lo biológico y lo social.

El matrimonio, origen de la familia, es, por tanto, una institución creada por la sociedad. Ésta ha regulado su celebración, sometiéndolo a unas reglas que lo hacen legítimo y lo distinguen de las simples uniones de hecho entre hombre y mujer y de los matrimonios ilegítimos. De la misma manera, la disolución del vínculo o la separación de los cónyuges con permanencia de aquél constituyen materias reguladas jurídicamente.

Después de cumplirse un cuarto de siglo de la aprobación de la Ley del divorcio de 1981, pretendemos analizar la regulación de éste a lo largo de la historia del Derecho castellano, estudiando, desde la época romana hasta la de la codificación, las distintas causas que el Derecho ha considerado legítimas para romper el vínculo matrimonial o para permitir que los cónyuges pudieran vivir separados.

En la época romana hemos tomado como presupuesto metodológico la presunción de que la realidad jurídica romana se hallaba vigente en Hispania,

ya que las escasas referencias acerca del matrimonio romano en la Península no aluden a su disolución. Ello nos ha llevado a plantearnos cuál era la regulación de este tema en el Derecho romano. La época visigoda sí se analiza directamente en la Península, tomando como fuente la legislación que rigió en ella. Desde la Alta Edad Media se estudia la regulación de la disolución del matrimonio en el Derecho castellano. Son dos las razones que justifican la selección de este Derecho a partir de ese determinado momento histórico: en primer lugar, las limitaciones espaciales que se deben respetar para lograr una exposición más clara del tema; y, en segundo lugar, la circunstancia de que el Derecho español de la actualidad entronca con el Derecho de Castilla.

DERECHO ROMANO

1. EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA ROMANA

La familia romana se constituía en torno a la idea de la *patria potestas*. Estaba integrada por un grupo de personas y un patrimonio sometidos al poder del *paterfamilias*¹. Era, por tanto, una familia agnaticia, basada en la sumisión al poder de uno de sus miembros, y no en la existencia de vínculos de sangre, como sucede en la cognaticia. No obstante, la familia irá evolucionando y, con el tiempo, el vínculo de cognación adquirirá mayor importancia que el agnaticio².

La familia tenía su origen en el matrimonio, que además era el medio por el que generalmente aumentaban los miembros que la componían³. Se trataba de un matrimonio que, en todas las etapas de la historia de Roma, tuvo una estructura monogámica⁴. La *pudicitia* y la *fides* eran dos ideales a los que aspiraban los romanos y que servían para legitimar la monogamia.

¹ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo y familia. Una Historia del Derecho Privado español», en *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola. I. Economía. Sociedad*, Madrid, 1988, p. 439; C. M.^a ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, Pamplona, 1990, p. 106; F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio. La Ley de 2 de marzo de 1932. Antecedentes, discusión parlamentaria, comentarios, doctrina, jurisprudencia, formularios para su aplicación*, Madrid, 1932, p. 16.

² M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium (origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada, 1987, p. 33.

³ Sin embargo, no es el nacimiento el único procedimiento, también se admitía jurídicamente la adopción y la legitimación. *Vid.* A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 433.

⁴ Sobre el principio monogámico al que estuvo sometido siempre el matrimonio romano: *vid.* T. MOMMSEN: *Derecho Penal Romano*, trad. de P. Dorado Montero, II, Madrid, p. 160; P. BONFANTE: *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, p. 268; A. D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, p. 285; E. VOLTERRA: *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1972, p. 644; P. VOCI: *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, p. 471; B. BIONDI: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1956, p. 581; J. IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1993, p. 484.

No obstante, tanto el vulgo romano como los moralistas latinos reconocían la clara desigualdad entre los cónyuges a la hora de exigirles castidad y fidelidad en su matrimonio⁵.

Como señalaba Mommsen, mientras la mujer libre romana no debía tener, antes de casarse, ninguna relación carnal y, después de su matrimonio, mantenerlas sólo con su marido; el hombre gozaba de más libertad: se admitía que pudiera tener contactos sexuales siempre y cuando no causaran una ofensa a la honestidad de una virgen o de la esposa de otro hombre⁶. Indudablemente, la sociedad romana, dominada por el hombre, otorgaba un valor fundamental a la castidad de la mujer. Esta cualidad se consideraba «signo de honorabilidad, no sólo de la mujer que la practicaba, sino, también del hombre al que ésta estaba vinculada, ya fuese padre, marido o, incluso, suegro»⁷.

Tampoco la fidelidad se exigía de la misma manera en los cónyuges. La sociedad romana aceptaba el divorcio, las segundas nupcias y el adulterio del marido. Sólo la mujer estaba obligada a ser fiel, pues este deber se fundaba esencialmente en el ideal de castidad femenina⁸.

En la época clásica debían concurrir dos requisitos esenciales en el matrimonio romano: el *consensus* o consentimiento inicial y la *affectio maritalis* o convivencia matrimonial.

Los que realmente concertaban y consentían las uniones matrimoniales eran los *paterfamilias*. Sólo el hijo emancipado podía prescindir de la voluntad paterna y decidir libremente con quien quería casarse⁹.

No obstante, esta situación comenzó a cambiar a comienzos del Principado. Augusto, a través del *caput 35* de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, permitió a los hijos, varones o mujeres, cuyo padre rechazara sin motivo su matrimonio, la posibilidad de acudir al pretor para que lo indujera a prestar el consentimiento¹⁰.

Marciano, además de sostener lo señalado por la mencionada ley para el caso de la *filia in potestate* cuyo padre se hubiese opuesto al *consensus* ya prestado por ella, mantuvo la misma solución para el supuesto de que el padre,

⁵ A. M.^a VEGA GUTIÉRREZ: *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada, 1997, pp. 50 ss.

⁶ T. MOMMSEN: *Derecho Penal...*, cit., p. 160.

⁷ V. RODRÍGUEZ ORTIZ: *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Madrid, 1997, 37. Vid. P. RESINA SOLA: «La condición jurídica de la mujer en Roma», *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, pp. 101 ss.; G. DUBY y M. PERROT: *Historia de las mujeres en Occidente. Tomo I. La Antigüedad*, Madrid, 1991, p. 121; S. B. POMEROY: *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, trad. de Ricardo Lezcano Escudero, Madrid, 1987, pp. 171 ss.

⁸ A. M.^a VEGA GUTIÉRREZ: *La unidad...*, cit., p. 53.

⁹ Vid. Y. THOMAS: «Roma: padres ciudadanos y ciudad de los padres», en *Historia de la familia. I. Mundos lejanos, mundos antiguos*, Madrid, 1988, pp. 235 ss.; P. RESINA SOLA: *La condición...*, cit., p. 103; V. C. CORTÉS: «Alcance del *consensus* del *paterfamilias* en el matrimonio de su *filia in potestate*», en *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho romano, Universidad de Huelva, 2004, pp. 89 ss.

¹⁰ V. C. CORTÉS: *Alcance...*, cit., p. 97.

sin ninguna justificación, no se hubiera interesado por buscarle un marido adecuado o no le proporcionase dote¹¹.

Por otro lado, Marco Aurelio permitió que los hijos de los *mente capti* pudiesen contraer matrimonio sin en el consentimiento del padre. Posteriormente, Justiniano, haciendo alusión a la constitución del «divino Marco», estableció que eran legítimas las nupcias de los hijos que prescindieran del *consensus*, no sólo del demente, sino también del furioso¹².

Por consiguiente, en el caso del padre demente o furioso, llegó a eludirse su consentimiento, porque carecía de capacidad jurídica, y en el del padre que no prestase voluntariamente su consentimiento, no se prescindió del *consensus*, sino que, desde la ley augustea mencionada, se le indujo a darlo.

Algunos autores, como Astolfi, consideran que «ya en la segunda mitad del siglo segundo d. C. comienza a iniciarse un movimiento que permite al *filius-familias* casarse sin el consentimiento del paterfamilias»¹³.

Sin embargo, según Solazzi, en la época clásica el *paterfamilias* podía obligar a su hija a casarse sin y aun contra su voluntad¹⁴. Para el autor, será en el Derecho postclásico y justiniano, por influjo del cristianismo, cuando se otorgue valor al consentimiento de la *filiafamilias* y, paralelamente, se quite importancia al consentimiento del padre. Para Solazzi, no debe olvidarse que el consentimiento de los esposos en la doctrina teológico-canonista fue esencial y que el Derecho canónico prohibió la necesidad del consenso de los padres¹⁵.

No obstante, otros autores, como Franciosi¹⁶, sostienen que, en la época clásica, los dos consentimientos eran necesarios en la medida en que existen

¹¹ MARCIANO: *D. 23, 2, 19*: «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 proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare» (en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, 1889).

¹² *C. 5, 4, 25*: «Si furiosi parentis liberi, incuius potestate constituti sunt, nuptias possint contrahere, apud veteres agitabatur. Et quidem filiam furiosi marito posse copulari, omnes paene iuris antiqui conditores admiserunt; sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In filio autem familias dubitabatur. Et Ulpianus quidem retulit constitutionem Imperatoris Marci, quae de furioso non loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint, qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergentem, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplomente capti et furiosi filios adiuvante. His itaque dubitatis, tales ambiguitates decidentis sancimas, hoc repleti, quod divi Marci constitutioni deesse videtur, ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cuiuscunque sexus possint legitimas contrahere nuptias...» (en *Cuerpo del Derecho Civil Romano...*, cit.).

¹³ R. ASTOLFI: *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, p. 50.

¹⁴ S. SOLAZZI: «P. Mich. 508 e il matrimonio della figlia familias», in *Scritti di Diritto Romano*, Napoli, 1960, p. 529.

¹⁵ S. SOLAZZI: «Sul consenso al matrimonio della filiafamilias», in *Scritti di Diritto Romano*, Napoli, 1960, p. 408.

¹⁶ G. FRANCIOSI: *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'eta arcaica al Principato*, Torino, 1995, p. 163.

textos que así lo afirman. Por ejemplo, en *D. 23, 2, 2* se mantiene que las nupcias no pueden subsistir si no consintieran todos, es decir, los que se unen y aquellos bajo cuya potestad se encuentren¹⁷.

Como señala Daza Martínez, «en las fuentes jurídicas romanas encontramos normas que se refieren a dos tipos de matrimonios, que difieren no sólo por lo que se refieren a la concepción moral, religiosa y social, sino también por lo relativo a su estructura jurídica. Uno es el matrimonio de la época pagana, otro el nuevo matrimonio cristiano que, habiéndose ya afirmado en la sociedad de los siglos IV y V, fue introduciéndose gradualmente en la legislación imperial a través de normas particulares que muestran algunas veces la persistencia y la resistencia de las antiguas instituciones y las tendencias jurídicas contrapuestas propias de los últimos siglos del Imperio»¹⁸.

La jurisprudencia clásica transformó una concepción social del matrimonio en relación jurídica. La relación jurídica surgía cuando un hombre y una mujer libres, que poseían capacidad jurídica, *conubium*, y capacidad natural, edad preceptuada, manifestaban su voluntad efectiva y continua de estar unidos de forma estable. Cuando cesaba esa voluntad recíproca de permanecer juntos, es decir, la llamada *affectio maritalis*, el matrimonio se consideraba disuelto.

Esta concepción del matrimonio la encontramos en Modestino, que definía el matrimonio como una unión del varón y la mujer y su consorcio vital, de acuerdo con las normas divinas y humanas¹⁹. En el mismo sentido se pronunció Ulpiano, que consideraba el matrimonio como la unión del hombre y la mujer que suponía su coexistencia vital e indivisible²⁰.

Para cierto sector de la doctrina romanística, en el matrimonio pagano, sobre todo en las primeras etapas, existieron dos modalidades: el celebrado *cum manu* y el *sine manu*. El matrimonio *sine manu* acabó imponiéndose con el paso del tiempo.

La *manus*, según Serafini, constituía una relación similar a la patria potestad, concretamente, un poder que el marido tenía sobre la mujer. Se trataba de un poder eventual porque no todas las mujeres estaban sujetas al mismo, pues la *manus* no era necesaria para la existencia del matrimonio, que podía realizarse *sine manu* sin perder su esencia²¹.

La *conventio in manum* era una determinada forma de entrar la mujer casada en la familia del marido: dejaba de pertenecer a la familia paterna para

¹⁷ PAULO: *D. 23, 2, 2*: «Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt».

¹⁸ J. DAZA MARTÍNEZ: «La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio cristiano», en *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho romano, Universidad de Huelva, 2004, p. 109.

¹⁹ MODESTINO: *D. 23, 2, 1*: «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio».

²⁰ ULPIANO: *Instituta* 1, 9, 1: «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio vitae continens» (en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit.).

²¹ F. SERAFINI: *Instituciones de Derecho Romano*, tomo I, Madrid, 1927, p. 200.

incorporarse a la de aquél. Además, el matrimonio *cum manu*, como señalaba Serafini, colocaba a la mujer en una posición de inferioridad respecto del marido, quedando sometida a su potestad o *manus –in loco filiae–*, como si fuese su hija. La *conventio in manum* podía constituirse de tres maneras diferentes: *confarreatio*, *coemptio* y *usus*.

La *confarreatio*, de carácter religioso, en los primeros tiempos fue exclusiva de la clase patricia, pues ésta era la única que podía acceder al sacerdocio y para lograrlo se exigía precisamente haber nacido de un matrimonio de ese tipo. La *confarreatio* se celebraba ante el *pontifex maximus*, acompañado del *flamen dialis*, otros sacerdotes y diez testigos. La ceremonia religiosa consistía en la ofrenda a Júpiter de un pan de trigo. El pontífice pronunciaba determinadas palabras sacramentales y repartía el pan entre los esposos, que permanecían sentados en sillas unidas, teniendo las cabezas cubiertas con la piel de un animal sacrificado²².

El rito civil de la *coemptio* representaba la compra simbólica de la mujer, por medio de la fórmula civil de la *mancipatio*, por la que se transmitía el dominio. Se realizaba en presencia de cinco testigos y el *librepens*, portador de la balanza.

Finalmente, el *usus* permitía al marido conseguir la *manus* sobre la mujer. Consistía en la convivencia de una pareja que tuviese una condición social semejante durante un año. Una vez transcurrido ese año ininterrumpido el marido adquiría la *manus* de la mujer.

Estas tres maneras de constituirse la *conventio in manum* requerían unos ritos y ceremonias nupciales, algunos de los cuales pudieron darse también en el matrimonio libre o *sine manu*, pero, en este último caso, no fueron requisitos esenciales ya que sin los mismos podía constituirse un matrimonio legítimo²³.

El matrimonio *sine manu* permitía a la mujer conservar inalteradas sus relaciones jurídicas con la familia de origen, siendo considerada un miembro extraño en la familia del marido puesto que no ocupaba el lugar de *filia* dentro de la misma.

No obstante, sobre todo tras las reflexiones de Volterra, la mayoría de la doctrina romanística ha considerado que el matrimonio y la *conventio in manum* eran dos instituciones jurídicas diferentes. Para el mencionado autor, la *conventio in manum* se constituía a través de la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*, es decir, por medio de actos formales, mientras que el matrimonio no suponía, al menos en la época clásica, un acto inicial de voluntad, sino que se creaba por el simple consentimiento de los cónyuges, la *affectio maritalis*, manifestada de cualquier manera, siempre que fuesen púberes y estuviesen en posesión del *ius conubii*²⁴. Por tanto, el matrimonio existía mientras perdurase

²² Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio en España. Evolución histórica», *Historia* 16, 27 (1978), p. 21; A. DOMINGO AZNAR: *Evolución histórica de la separación de hecho, con especial referencia al Derecho español*, Madrid, 1996, p. 30.

²³ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 36-46; E. GACTO FERNÁNDEZ: *El divorcio...*, cit., p. 21; C. M.^a ENTRENA KLETT: *Matrimonio...*, cit., pp. 108 y 109; F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., pp. 18 y 19.

²⁴ E. VOLTERRA: *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia*, Pisa, 1931-32, pp. 184 ss.

la voluntad de vivir como marido y mujer, es decir, mientras persistiese la *affectio maritalis*.

El cristianismo, sobre todo a partir del *Edicto de Milán*, ejerció una poderosa influencia en la concepción del matrimonio, de manera que la concepción pagana de la institución fue dando paso a la cristiana. La doctrina cristiana reasumió la tradición humana relativa a la institución matrimonial otorgándole una dimensión sobrenatural «en virtud de una relación o nexo con el misterio de la unión de Cristo con la Iglesia. En virtud de esta relación queda enriquecida sin modificar su esencia»²⁵.

El enorme valor otorgado a la castidad hacía que los cristianos considerasen al matrimonio un obstáculo para la salvación del alma, pues no había matrimonio sin sexualidad²⁶. La doctrina cristiana, apoyándose en la filosofía griega, sobre todo en el estoicismo, defendía la castidad en general y, concretamente, la castidad dentro del matrimonio²⁷. En este sentido se pronunciaba San Jerónimo, basándose en Aristóteles, Plutarco y Séneca²⁸. Para San Agustín, una cualidad esencial del matrimonio era hacer «buen uso del mal», es decir, buen uso de la sexualidad²⁹.

Pero, por mucha templanza que tuviesen los esposos, el matrimonio en sí se consideraba algo propio de los incontinentes. Por este motivo se rechazaban las segundas nupcias, ya que los viudos, hombres y mujeres, que volvían a casarse daban muestra de una incontinencia condenable, pues habiendo ya cumplido con los fines del matrimonio, debían, tras la muerte del cónyuge, dedicar todas sus energías al servicio de la Iglesia. San Jerónimo aconsejaba a una viuda llamada Furia que guardase su castidad y se olvidase de las segundas nupcias, incluso a pesar de que del primer matrimonio no obtuvo hijos³⁰.

Además, las segundas nupcias suponían una amenaza para la unidad e indisolubilidad del vínculo creado con el primer matrimonio. No obstante, no existió unanimidad de criterios en la doctrina respecto de esta materia. El apóstol San Pablo consideró que, en ocasiones, pudiera ser incluso aconsejable que el viudo contrajera nuevas nupcias, evitando, de este modo, peligros para el alma³¹. Igualmente, San Agustín consideró lícitas las segundas nupcias, argu-

²⁵ J. HERVADA: *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona, 1987, p. 310. Esta misma idea la desarrolla también el mencionado autor en *Cuestiones sobre el matrimonio*, en *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho canónico y afines (1959-1991)*, II, Pamplona, 1991, p. 554.

²⁶ AGUSTÍN DE HIPONA: *Confesiones*, prólogo, traducción y notas de Pedro Rodríguez de Santidrián, Madrid, 1990, 8, 1.

²⁷ J. T. NOOMAN: *Contraception et mariage, évolution ou contradiction dans le pensée chrétienne*, Paris, 1969; P. VEYNE: «Les noces du couple romain», *L'Histoire*, 63 (1984), pp. 47-51.

²⁸ J.-L. FLANDRIN: *Un Temps pour embrasser. Aux origines de la morale sexuelle occidentale (VI-XI siècles)*, Paris, 1983, p. 83.

²⁹ AGUSTÍN DE HIPONA: *Contra Julianum*, 65, en *Patrologiae Cursus Completus*, ed. J. P. Migne, Paris, 1844 (tomo I), 45, 1084.

³⁰ JERÓNIMO: *A Furia, viuda romana*, en *Cartas espirituales*. Traducción, prólogo y notas del P. Germán Prado, benedictino, Sevilla, 1990, p. 39.

³¹ I Corintios 7, 9.

mentando que ni Jesucristo ni San Pablo las prohibieron, pero admitió que eran menos perfectas que el estado de viudez³². El mencionado autor alababa la virtud de su madre, Santa Mónica, que fue mujer de un solo marido³³.

2. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES CON PERMANENCIA DEL VÍNCULO

En Roma, aunque se admirase a los ciudadanos que contraían un solo matrimonio, volverse a casar después de enviudar o de divorciarse era algo habitual³⁴. Frecuentemente, los divorcios y los nuevos casamientos respondían a motivos de carácter político: estrategias aristocráticas, alianzas entre suegros y yernos o entre cuñados, en las que la mujer hacía el papel de puente entre unos y otros³⁵.

Por consiguiente, la concepción social y ética del vínculo matrimonial, basada en la *puclitia* y la *fides*, en la práctica, se distanciaba mucho de las construcciones jurídicas, que permitían la disolución del vínculo cuando uno de los cónyuges no deseaba prolongar la unión³⁶.

Inicialmente, la desigualdad entre hombre y mujer impedía que ella pudiera de manera unilateral pretender separarse. La ruptura matrimonial se producía, por tanto, a iniciativa del marido. No obstante, a finales de la República se fue abriendo camino la idea de que también la mujer podía decidir unilateralmente separarse de su cónyuge³⁷. Para la doctrina que mantiene la existencia de dos tipos de matrimonio en Roma, la disolución del vínculo se llevaba a cabo de una forma diferente dependiendo de si el matrimonio se había celebrado *cum manu* o *sine manu*. La disolución del primero, al igual que su constitución, requería de una serie de requisitos formales. Si se había constituido por medio de la *confarreatio*, su disolución sólo podía realizarse a través de la *diffarreatio*, que se llevaba a cabo mediante una ceremonia religiosa en la que también se utilizaba el pan *farreo*³⁸. Los cónyuges participaban en una ceremonia celebrada en su hogar ante un sacerdote y varios testigos. En esta ocasión, se les ofrecía una torta de trigo que rehusaban en lugar de compartirla. Por otro lado, pronunciaban ciertas frases de recíproco rechazo del consorte³⁹. No obstante, algunos autores como Landucci consideraron que el matrimonio por *confarreatio* fue indisoluble por su carácter religioso y señala-

³² AGUSTÍN DE HIPONA: *De bono viduitatis*, cap. 4, n. 6 y cap. 12, n. 15, en *Patrologiae* cit., pp. 40, 433 y 439. Vid. A. M.^a VEGA GUTIÉRREZ: *La unidad...*, cit., pp. 92-95.

³³ AGUSTÍN DE HIPONA: *Confesiones...*, cit., 9, 9 y 13.

³⁴ M. HUMBERT: *Le Remariage à Rome. Étude juridique et sociale*, Milán, 1972; M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: «La mujer romana ante el divorcio», *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, pp. 122 ss.

³⁵ Y. THOMAS: *Roma...*, cit., p. 227.

³⁶ A. M.^a VEGA GUTIÉRREZ: *La unidad...*, cit., p. 54.

³⁷ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 21.

³⁸ F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., pp. 18 y 19.

³⁹ A. DOMINGO AZNAR: *Evolución...*, cit., p. 31.

ron que junto a las fuentes que hacen mención a la *difarreatio* existen otras que se refieren a la indisolubilidad de ese matrimonio. Además, son de la opinión de que los textos que se refieren a la *difarreatio* aluden no a los tiempos antiguos sino a la época de Augusto, cuando la institución de la *confarreatio* se había transformado completamente, de manera que ya en tiempos de Domiciano no se conservaba más que el nombre, puesto que el mismo matrimonio *cum manu* había caído en desuso⁴⁰.

Si el matrimonio se había constituido a través de una *coemptio*, se utilizaba para su disolución el acto de la *remancipatio*. Mediante el mismo se simulaba la venta civil de la mujer a un tercero, que o bien la conservaba en su poder o bien la emancipaba, agotándose el derecho de propiedad que el marido había conseguido sobre ella.

Finalmente, si el matrimonio se había constituido por *usus* se disolvía por medio de la *usurpatio trinocitii*, que consistía en la ausencia de la mujer durante tres noches seguidas cada año, para interrumpir el *usus* y conseguir así no quedar sometida a la *manus* del marido⁴¹. Al regresar al hogar se iniciaba de nuevo el cómputo de un año de convivencia, que volvía a interrumpirse antes de que acabase⁴². No obstante, la interpretación doctrinal consideraba la *usurpatio trinocitii*, más que una forma de disolución del vínculo matrimonial, una manera de eludir la *manus*, ya que la interrupción del *usus* no impedía que el matrimonio siguiera siendo válido, simplemente pasaba a ser un matrimonio *sine manu*.

Por lo que se refiere al matrimonio *sine manu*, al tratarse éste de una *res facti* su disolución no requería ninguna solemnidad. Se realizaba a través del *repudium* o *divortium*, que con anterioridad a la legislación matrimonial de Augusto no revistió ninguna forma legal⁴³. La *lex Iulia de adulteriis* estableció una forma para el divorcio unilateral que consistía en el empleo de siete testigos ciudadanos romanos púberes y la participación de un liberto encargado de transmitir a la otra parte la voluntad de divorciarse⁴⁴.

Ya hemos indicado cómo a partir de Volterra la mayoría de la doctrina romanística ha descartado la existencia de dos tipos de matrimonio, admi-

⁴⁰ L. LANDUCCI: «Indisolubilidad del matrimonio confarreato», *AG*, 57 (1896), pp. 3 ss.

⁴¹ GAYO: *Inst.* 1, 111: «... Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinocitio abesset atque eo modo cuius que anni (usum) interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est».

⁴² E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 22.

⁴³ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 48-55; F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., p. 19.

⁴⁴ *D.* 24, 2, 9: «Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius, qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui a patre, avo, proavo, et ceteris susum versum manumissus sit.»; 48, 5, 44 (43): «Si ex lege repudium missum non sit, et idcirco mulier adhuc nucta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit; idque Salvius Iulianus respondit, quia adulterium, inquit, sine dolo malo non committitur; quamquam dicendum, ne is, qui sciret, eam ex lege repudiatam non esse, dolo malo committat».

tiendo que la *conventio in manum* y el matrimonio constituyen dos instituciones completamente diferenciadas. Desde este punto de vista doctrinal, hay que referirse por separado a la constitución y a la disolución de cada una de estas instituciones. Respecto a la disolución, la *conventio in manum* desaparecía a través de los ya mencionados actos formales de la *diffarreatio*, la *remancipatio* y la *usurpatio trinocitii*; mientras que el matrimonio dejaba de existir, además de por la pérdida del *conubium*, porque había cesado la *affectio maritalis* entre los cónyuges⁴⁵.

No obstante, en una primera etapa, en la que las esferas del *ius* y del *fas* no aparecen claramente diferenciadas, la disolución matrimonial se llevaba a cabo a través del *repudium*-sanción⁴⁶. Con el mismo se trataba de rechazar determinados comportamientos que eran contrarios a las normas jurídico-religiosas del matrimonio y del grupo familiar. De modo que, en esta época, el *repudium* no suponía la ruptura del vínculo matrimonial por el cese de la *affectio maritalis*, como ocurrió en etapas posteriores, sino que se trataba de una institución cuyo fin era subsanar mediante un sacrificio (*piaculum*) unas conductas determinadas, ya que, de no proceder así, dichas conductas podían afectar a la *pax deorum*, es decir, la buena relación que unía al pueblo romano con sus dioses, que hacía que éstos lo protegiesen de las posibles desgracias que pudieran afectarle. En esta etapa, que podría coincidir con la Monarquía y principios de la República, sólo el marido, bien por decisión propia o bien forzado por el *paterfamilias*, estaba legitimado para repudiar a su mujer, no pudiendo ésta hacerlo por los malos comportamientos de su cónyuge⁴⁷.

Las fuentes literarias, en particular Dionisio de Halicarnaso y Plutarco, cuando se refieren a esta primera forma de disolver el vínculo matrimonial en Roma, aluden a las llamadas *leges regiae*⁴⁸, que lo regulaban y que fueron

⁴⁵ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 56 y 57.

⁴⁶ Vid. J. REQUEJO SAN ROMÁN: *Historia de la repudiación o repudium en Derecho romano*, Madrid, 1914.

⁴⁷ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: «La mujer...», cit., pp. 123-125; *Repudium-divortium...*, cit., pp. 223 ss.

⁴⁸ DIONISIO DE HALICARNASO: II, 25: «Pero Rómulo, sin conceder al marido la posibilidad de acusación contra su mujer por adulterio o por dejar injustamente el hogar, ni a la mujer casada acusar a su marido por malos tratos o abandono injusto, sin establecer leyes de devolución o recuperación de la dote, y sin fijar ninguna otra norma semejante, sino con imponer una sola ley válida para todo lo anterior, como los mismos hechos demostraron, llevó a las mujeres a la modestia y a gran decoro. La ley era como sigue: que una mujer casada que se unía a su marido con un matrimonio sagrado era partícipe de todos sus bienes y ritos. Los antiguos a los matrimonios sagrados y legales los llamaban en latín *farreati*, tomando la denominación por la tenencia en común de *far*, que nosotros llamamos espelta. Éste era el alimento antiguo y habitual durante mucho tiempo para todos ellos; la tierra romana produce mucha y buena espelta. Y al igual que nosotros los griegos imaginamos la cebada como el fruto más antiguo y empezamos los sacrificios con granos de cebada que llamamos *ulaí*, también los romanos consideran que la espelta es el fruto más digno y primitivo y con ella comienzan todo sacrificio de fuego. Esta costumbre se conserva aún y no se ha convertido en ofrenda de primicias muy ricas. Por ser las mujeres partícipes con sus maridos de la fiesta sagrada y del primer alimento, y unirse para toda fortuna, recibía la denominación de comunidad de espelta, y llevaba a una unión forzosa de parentesco indisoluble, y no era posible anular estos matrimonios. Esta ley obligó a las mujeres casadas, pues

reunidas en una colección, tras la caída de la Monarquía, por el *pontifex maximus*, Gayo Papirio. Esta fuente fue conocida con posterioridad como *ius Papirianum*⁴⁹. Aunque su autenticidad es dudosa, lo cierto es que, en todo caso, recogen los *mores maiorum*, normas consuetudinarias impregnadas de religión a las que se sometería el *paterfamilias*, a pesar de que su poder desde el punto de vista jurídico fuese ilimitado⁵⁰.

Plutarco se refiere concretamente a una ley de Rómulo en la que el monarca no permitía a la mujer divorciarse de su marido, pero sí admitía que éste pudiese hacerlo por unas determinadas causas, siendo objeto de sanciones los que lo hicieran por otros motivos⁵¹. Este texto ha sido considerado por gran parte de la doctrina romanística una falsificación histórica posterior⁵². Sin embargo, para Fernández Baquero debe ser tomado en cuenta su contenido porque se adecua a los factores imperantes en la época a la que alude. En concreto, para la autora habría que admitir que el matrimonio pudo disolverse en este momento histórico, pues en el mismo predominaba el carácter agnaticio en la familia romana, pudiendo el *paterfamilias* admitir o expulsar a cualquier miembro de aquella. De aquí se deduce que junto a las formas de constituir la

no tenían ningún otro escape, a vivir de acuerdo con el carácter de su marido, y a los hombres a conservar a su mujer como una posesión necesaria y segura. Al ser así modesta y obedecer en todo a su marido, la mujer era de esta manera señora de su casa, como el hombre, y si moría su marido se convertía en heredera de sus bienes, como una hija de su padre; si él no tenía hijos y moría sin testamento ella era dueña de todo lo que dejara, y si tenía descendencia quedaba a partes iguales con los hijos. Si ella cometía algún delito, tomaba como juez al perjudicado que fijaba la gravedad del castigo. Pero en los siguientes casos la juzgaban los parientes del marido: cuando había adulterio y, lo que parecería a los griegos una falta mínima, si se descubría que una mujer había bebido vino. Rómulo permitió castigar estas dos faltas con la muerte, como los más graves de los delitos femeninos, por considerar el adulterio principio de locura temeraria, y a la borrachera de adulterio. Y durante mucho tiempo siguieron recibiendo en Roma un castigo inflexible. Y el largo tiempo es testigo de que esta ley sobre las mujeres era acertada, pues se reconoce que durante quinientos veinte años ningún matrimonio se disolvió en Roma; sin embargo, en la CXXXVII Olimpiada (231 a.C.), bajo el consulado de Marco Pomponio y de Cayo Papirio, se dice que Espurio Carvilio, hombre ilustre, el primero en divorciarse de su esposa, fue obligado por los censores a jurar que se había casado con su mujer para tener hijos (su mujer era estéril), y por este hecho, que se produjo por necesidad, vivió hasta el final odiado por el pueblo» (*Historia Antigua de Roma*, Introducción de Domingo Plácido. Traducción y notas de Elvira Jiménez y Ester Sánchez, tomos I-III, Madrid, 1984, pp. 187-189).

⁴⁹ Vid. D. 1, 2, 2, 2.

⁵⁰ P. VOCI: «Diritto sacro romano in età arcaica», *SDHI*, 19 (1953), p. 46.

⁵¹ PLUTARCO: *Vidas, Rómulo*. XXII: «... Promulgó también algunas leyes, de las cuales muy dura es la que no permite a la mujer abandonar al marido, concediendo a éste repudiar a la mujer por tentativa de envenenamiento y suposición de hijos, por falsear las llaves y por cometer adulterio. Si por otra causa alguna la despedía, ordenábase que la mitad de su hacienda fuese para la mujer y la otra mitad para el templo de Ceres, y que el que así la repudiase hubiera de sacrificar a los dioses infernales...» (*Vidas paralelas. Teseo y Rómulo, Solón y Públicola, Temístocles y Camilo, Aristides y Marco Catón, Cimón y Lúculo, Pericles y Fabio Máximo, Nicias y Craso, Cayo Marcio Coriolano y Alcibíades, Demóstenes y Cicerón*, edición, introducción y notas de José Alsina, trad. de Antonio Ranz Romanillos, Barcelona, 1990).

⁵² Son de esta opinión BONFANTE (*Corso di diritto romano*, vol. I, Torino, 1926, pp. 64 ss.) y VOLTERRA [*«Divorzio»*, *NNDI*, 6 (1968), pp. 62 ss.].

conventio in manum sobre la mujer debieron existir unas formas determinadas para disolverla. De la misma manera, la institución matrimonial, distinta de la *conventio in manum*, como ya se ha señalado, podría disolverse por el marido si se daban determinadas conductas en la mujer contrarias a los *mores*. El *repudium* debía llevarse a cabo para evitar, de ese modo, que el mal comportamiento de la mujer pudiera afectar a todo el grupo familiar y gentilicio al romperse la *pax deorum*. Por tanto, las noticias que nos proporciona Plutarco deben ser tenidas en cuenta⁵³.

La importancia del factor religioso junto al poder que en aquella época tenía el *paterfamilias* explican que en el texto de Plutarco sólo se admitiesen determinadas causas para que el *repudium* se considerase justificado, es decir, como una respuesta a los principios jurídico-religiosos que inspiraban tanto los comportamientos públicos como los privados y que, por tanto, afectaban a la esfera externa e interna del grupo familiar. No obstante, las limitaciones que sufría la autoridad del *paterfamilias* no impedían que su poder pudiera ser calificado de absoluto, pues aunque el marido que repudiaba a su mujer sin motivo legítimo era sancionado, el *repudium* seguía siendo válido.

En cuanto a las causas que se consideraban justas para repudiar, según Plutarco eran las siguientes: el envenenamiento de un niño no nacido aún, es decir, el aborto provocado por un remedio, filtro o bebida mágica; la substracción o falsificación de llaves —que según la mayor parte de la doctrina debe relacionarse con la prohibición de beber vino, a la que estaba sometida la mujer, según las costumbres romanas; y el adulterio⁵⁴. Este último era considerado el delito más grave que la mujer podía cometer ya que afectaba al resto del grupo familiar en la medida en que introducía en él sangre extraña y, por tanto, resultaban ineficaces los sacrificios ofrecidos al culto de los antepasados (*manes*)⁵⁵.

El *repudium* en esta época tenía, por tanto, un carácter de *repudium*-sanción, puesto que el motivo que justificaba el mismo o bien era un mal comportamiento de la mujer que, de no ser subsanado, podía romper la *pax deorum* o bien se debía a un abuso injustificado del marido, que asumía las consecuencias de las sanciones religiosas previstas para dicha conducta. Ambas causas, por tanto, obedecían a factores religiosos cuya importancia jurídica en la época era fundamental debido a la confusión existente entre el *ius* y el *fas*.

⁵³ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 234 y 235.

⁵⁴ Según Valerio Máximo, Egnacio Meceno, en el reinado de Rómulo, mató a su esposa a bastonazos porque la vio beber vino (VALERIO MÁXIMO: *Los nueve libros de hechos y dichos memorables*, «De la severidad de los romanos», 6, 3, 9, ed. Fernando Martín Acera, Madrid, 1988). El autor consideraba que si antiguamente las mujeres tenían prohibido el vino era para que en el estado de embriaguez no se vieran obligadas a cometer algún acto indecoroso, «porque no suele haber más que un paso entre la incontinencia y el placer prohibido, y aquélla tiene su origen en el padre Baco» (VALERIO MÁXIMO: *Los nueve...*, cit., «Sobre las ceremonias del matrimonio y los deberes para con los parientes», 2, 1, 5).

⁵⁵ A. ESMEIN: «Le délit d'adultère à Rome», *NRHDFr*, 12 (1878), pp. 1 ss.; E. OSABA GARCÍA: *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997, p. 31; P. GIUNTI: *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990.

Conforme el *ius* se va distinguiendo del *fas*, el *repudium* se desprenderá de su inicial carácter religioso y, como consecuencia, el repudio-sanción pasa a convertirse en un modo más de disolver el matrimonio, cuya causa más importante se encuentra en el cese de la *affectio maritalis*. En un principio, se produce a iniciativa del marido –repudio-marital– pero paulatinamente también será por decisión de la mujer, o bien de común acuerdo –*divortium*–⁵⁶.

Hasta la época de Augusto no conocemos una legislación escrita sobre la disolución matrimonial, siendo la costumbre (*mos*) la principal fuente de Derecho. Esta costumbre llega hasta nosotros a través de autores que, en su mayor parte, no eran juristas ni vivieron en la etapa histórica sobre la que escriben. De ahí, que, en este período, el investigador se encuentre con la dificultad añadida de intentar separar la verdad de la leyenda que se entremezclan en estos relatos.

No obstante, sí puede afirmarse que, según los testimonios de la época, desde finales de la República, los divorcios fueron muy frecuentes⁵⁷. No se conocen las causas específicas que podían provocarlos ni la forma determinada en que se llevaban a cabo⁵⁸. La *lex XII Tabularum*⁵⁹, que plasma por escrito un conjunto de *mores maiorum* existentes con anterioridad, no regulaba las causas, forma y efectos de la disolución del matrimonio, dejando todas estas cuestiones a los *mores maiorum* que seguirían siendo, por mucho tiempo, la fuente que disciplinase al grupo familiar⁶⁰.

El *divortium* de Espurio Carvilio Ruga sería el primer *repudium-divortium* cuya causa tenía su origen en el cese de la *affectio maritalis* por parte del marido, alcanzando el reconocimiento de la censura, sin ser objeto de ninguna sanción. Valerio Máximo se refería a este hecho afirmando que «Espurio Carvilio fue el primero que repudió a su mujer a causa de su esterilidad. Éste, aunque parecía obrar por un motivo respetable, fue duramente criticado porque se tenía la idea de que ni siquiera el deseo de tener hijos debía anteponerse a la fidelidad conyugal»⁶¹. Aunque el motivo que Carvilio empleó para divorciarse de su mujer era la esterilidad de ésta, la mayoría de la doctrina romanística, que aceptan la interpretación de Savigny⁶², consideran que la causa de divorcio alegada no era sino un pretexto para ocultar la verdadera razón: el cese de la *affectio maritalis*.

El divorcio de Carvilio supone, por tanto, la aparición de una institución nueva en Roma, ya que por vez primera la disolución del vínculo matrimonial

⁵⁶ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 225-258 y 295.

⁵⁷ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 23.

⁵⁸ M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO: «La mujer romana...», cit., p. 126.

⁵⁹ *Lex XII Tabularum*, 4, 3: «Illam suam suas res sibi habere iussit ex XII tabulis claves ademit, exegit» (en S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRÍNI, J. FURLANI y V. ARANGIO-RUIZ, *FIRA*, Pars prima, p. 36).

⁶⁰ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 305 y 306.

⁶¹ VALERIO MÁXIMO: *Los nueve...*, cit., «Sobre las ceremonias del matrimonio y los deberes para con los parientes», 2, 1, 4.

⁶² F. SAVIGNY: *Ragionamenti storici di diritto. Sul primo divorzio in Roma*, vol. I, trad. Turchierulo, Napoli, 1952.

tiene como causa el cese de la *affectio maritalis* –aunque todavía fuese con carácter unilateral, es decir, a iniciativa exclusivamente del marido–, causa que es admitida jurídicamente por parte de un organismo de la *civitas*. A partir de entonces aparece en las fuentes el término *divortium* junto al de *repudium*, que se utiliza de una manera distinta a como se empleó en tiempos precedentes – *repudium*-sanción– pues o bien es sinónimo de *divortium*, o bien alude al *repudium* marital con carácter unilateral que, con el tiempo, se utilizará también para expresar el *repudium* por iniciativa de la mujer⁶³.

Después del divorcio de Espurio Carvilio Ruga las disoluciones matrimoniales por medio del *divortium* comienzan a ser frecuentes, según nos informan las fuentes literarias. Los *mores* que regulaban esta materia habían evolucionado con el tiempo, de manera que las antiguas causas por las que se podía repudiar cayeron en desuso, utilizándose unos nuevos motivos que se relacionaban con el cese de la *affectio maritalis*.

Según Valerio Máximo, C. Sulpicio Galo repudió a su mujer por salir a la calle con el cabello descubierto⁶⁴. Es cierto que la causa alegada por C. Sulpicio Galo, a diferencia de la de Espurio Carvilio Ruga, podía incluirse dentro de aquellas que se deben a un mal comportamiento de la mujer regulado por los *boni mores*⁶⁵, pero también es cierto que dicha causa no estaba contenida en las que mencionaba Plutarco⁶⁶ correspondientes al *repudium*-sanción de la primera etapa de la historia del Derecho romano. Por otra parte, Quinto Antiscio Vetere repudió a su mujer porque la vio hablar en la calle con una liberta de malas costumbres. Según Valerio Máximo, la decisión de repudiarla no se basó en la culpa de su esposa, pues nadie sabía de qué y para qué habló con aquella mujer, sino en la idea de que de aquel hecho podía nacer un delito⁶⁷. Motivo éste que tampoco se incluía entre los mencionados por Plutarco.

Según afirmaba Tertuliano, la sociedad romana había cambiado su concepto del matrimonio: ya no se consideraba una unión permanente sino que «el repudio se busca como fruto del matrimonio: el deseo del casado no es el hijo,

⁶³ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *Repudium-divortium...*, cit., pp. 312-342. Vid. R. VÁZQUEZ DE MARCOS: *El divorcio en Roma y en España*, Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Romano, leída en 1980; M.^a I. NÚÑEZ PAZ: *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988; E. RUIZ FERNÁNDEZ: *El divorcio en Roma*, Madrid, 1992.

⁶⁴ VALERIO MÁXIMO: *Los nueve...*, cit., «Sobre la severidad de los romanos», 6, 3, 10.

⁶⁵ Si la mujer era honorable debía salir a la calle evitando llamar la atención. Por este motivo, debía cubrir la cabeza con un velo o un mantón, tanto en Roma como en el Oriente griego. Así pues, salir con la cabeza descubierta constituía un comportamiento reprochable, un indicio de intemperancia, de culpabilidad: la mujer buscaba llamar la atención, quería provocar a los hombres, luego se disponía a ser infiel.

⁶⁶ Vid. A. MORDECHAI RABELLO: «Divorce of Jews in the Roman Empire», *The Jewish Law Annual*, 4 (1981), pp. 79-102; P. L. GATIER: «Aspects de la vie religieuse des femmes dans l'Orient paléochrétien: ascétisme et monachisme», en *La femme dans le monde méditerranéen, Travaux de la Maison de l'Orient*, 10, Lyon, 1985, pp. 165-183; R. PALMER: «Roman Shrines of female chastity from the last struggle to the papacy of Innocent I», *Rivista Storica dell'Antichità*, 4 (1974), pp. 113-159.

⁶⁷ VALERIO MÁXIMO: *Los nueve...*, cit., «Sobre la severidad de los romanos», 6, 3, 11.

sino la división; hallóse ya que el camino para hacer divorcio sin culpa es hacer culpa para divorciarse»⁶⁸.

Desde finales del siglo III a.C., se aprecia la evolución de los *mores* en una serie de normas que, sin aludir al tema del divorcio, sí hacen referencia a la concepción de la familia, del matrimonio y de la posición social y jurídica de la mujer. En concreto, surgieron disposiciones tendentes a favorecer los vínculos cognaticios frente a los agnaticios⁶⁹. Por otra parte, algunas disposiciones se referían a la limitación del lujo y del patrimonio de la mujer, lo que significa que ésta cada vez era más independiente del grupo familiar⁷⁰. Incluso se dieron ciertas disposiciones que trataban de reprimir los comportamientos disolutos de las matronas romanas⁷¹.

El respeto a los primitivos *mores maiorum* estaba entrando, por tanto, en un proceso de profunda crisis. La inestabilidad matrimonial aumentó considerablemente a finales de la República, incrementándose el número de divorcios a partir del siglo I a.C., que, en este momento histórico, podían también realizarse por iniciativa de la mujer.

Precisamente el deterioro de las costumbres existente en el siglo I. a.C. sirvió de fundamento para que Augusto impulsara, ya en la época clásica, su legislación matrimonial. Mientras que en el último siglo de la República se mantuvo una concepción preclásica del divorcio —en la medida en que se regulaba aún por la costumbre—, la legislación augustea ofrecía una concepción clásica, existiendo ya junto a la costumbre o, incluso, por encima de ella unas disposiciones escritas que, por una parte, ordenaban la materia y, por otra, restablecían la eficacia de algunas costumbres que a finales de la República habían caído en desuso.

⁶⁸ TERTULIANO: Cap. 6, *Apología contra los gentiles*, trad. y notas por Fr. Pedro Manero, Buenos Aires, 1947, p. 31.

⁶⁹ Por ejemplo, la *lex Cincia de donis et numeribus* (204 a. C.), que prohibía la realización de ciertas donaciones, *de donis et numeribus*, según Cicerón (*De orat.* 2, 71, 286, en MARCO TULLIO CICERÓN: *Acerca del orador*, 2 tomos, ed. bilingüe de Amparo Gaos Schmidt, México, 1995). Sin embargo, la *lex* recogía algunas excepciones como era que para algunas personas sí se considerasen lícitas, entre las que se encontraban aquellas cuyo grado de parentesco agnaticio o cognaticio hasta el quinto o sexto grado, es decir, respecto al *sobrinus* o la *sobrigna*. Por otra parte, la *lex Furia testamentaria*, probablemente posterior a la anteriormente mencionada, prohibía hacer legados superiores a 1.000 ases, salvo a una serie de personas entre las que se encontraban los parientes cognados entre el sexto y el séptimo grado. Vid. G. ROTONDI: *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, reimp. Hildesheim, 1962, pp. 261 ss., 282 y 283.

⁷⁰ Prueba de ello la encontramos en la *lex Oppia sumptuaria*, del 215 o 214 a. C., por la que se trataba de frenar el desmesurado lujo del que se rodeaban las mujeres. Vid. VALERIO MÁXIMO: *Los nueve...*, cit., «Sobre el amor al lujo y a los placeres entre los romanos», 9, 1, 3.

⁷¹ Rotondi hace referencia a una posible *lex de stupro matronarum*, que quizás se diera alrededor del 331 o 339 a. C. (G. ROTONDI: *Leges publicae...*, cit., p. 229). Otra prueba del ambiente de relajación de las costumbres de los romanos eran los ritos de las Bacanales, en los que las gentes celebraban banquetes que servían para ritualizar la sociabilidad y el placer de beber. Se alcanzaba en esas reuniones un estado de éxtasis en el que muchos dejaban de comportarse como socialmente estaba permitido. Vid. Valerio Máximo: *Los nueve...*, cit., «Sobre la severidad de los romanos», 6, 3, 7; P. VEYNE: «El Imperio romano», *Historia de la vida privada. I. Del Imperio romano al año mil*, Barcelona, 1993, pp. 190-193, 216, 217, 227 y 356.

En la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 a. C.) el delito de adulterio obligaba al marido a repudiar a su mujer si la había sorprendido *in fraganti*, pues, en caso contrario, sería acusado del crimen de lenocinio⁷². Y es que la *lex Iulia* no permitía que el marido permaneciese con la mujer acusada de adulterio⁷³. Por otra parte, a partir de esta legislación también el varón podía ser acusado de adulterio, distinguiéndose de este delito los de estupro e incesto⁷⁴. También se atribuye a Augusto la fijación de una forma determinada para realizar el divorcio que consistía en la comunicación al otro cónyuge, de manera oral o escrita, de tener intención de divorciarse, actuando a través de un liberto y ante la presencia de siete ciudadanos romanos púberes⁷⁵. No obstante, esta forma sólo se estableció a efectos penales, en concreto, para liberar al marido de la acusación de lenocinio⁷⁶ y para determinar el momento exacto en que debía realizarse la acusación de adulterio contra la mujer⁷⁷. En la *Lex Iulia et Papia Poppaea* (9 d. C.)⁷⁸ el divorcio seguía siendo libre, es decir, se producía cuando cesaba la *affectio maritalis*.

En la época clásica, aparte del *divortium*, se admitían diversas causas que generaban la disolución del matrimonio: muerte de uno de los cónyuges; *capitis deminutio maxima*, que se producía cuando el ciudadano romano caía prisionero del enemigo, convirtiéndose en esclavo; *capitis deminutio media*, como ocurría en el supuesto de la *deportatio*, que conllevaba la pérdida de la

⁷² D. 48, 5, 2, 2: «Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio prehensam retinuerit». Vid. E. OSABA GARCÍA: *El adulterio...*, cit., pp. 39 ss.

⁷³ D. 48, 5, 12 (11), 13: «Rem adulterii uxorem duxi: eam damnatam mox repudiavi. Quaero, an causam te discindii praestisse videor. Respondit: cum per legem Iuliam huiusmodi uxorem retinere prohibearis, non videri causam te discindii praestitisse palam est. Quare ita ius tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio».

⁷⁴ El adulterio se realizaba con la mujer casada; el estupro con la doncella o la no casada; y el incesto con la pariente. D. 48, 5, 6, 1: «Lex stuprum et adulterium promiscue et abusive aliquantum appellat; sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine, stuprum vero in virginem viduam committitur, quod Graeci corruptionem appellant».

⁷⁵ Vid. M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO: *La mujer romana...*, cit., p. 128; E. MONTERO Y GUTIÉRREZ: *El matrimonio y las causas matrimoniales. Disciplina de la Iglesia y de los principales Estados, especialmente España, y jurisprudencia de la S. Rota romana, con las normas de la S. congregación de sacramentos regulando la dispensa «super matrimonio rato et non consummato» y el procedimiento en las causas matrimoniales*, Madrid, 1954, pp. 391 y 392.

⁷⁶ D. 48, 5, 2, 2: «Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteriis praescriptum est, quum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit; item in eum, qui in adulterium prehensam retinuerit».

⁷⁷ Dicha acusación se reservaba durante sesenta días al marido o al padre y, sucesivamente, a cualquier otra persona. D. 24, 2, 9: «Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius, qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui a patre, avo, proavo, et ceteris susum versum manumissus sit.»; 24, 1, 35: «Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, quum non videatur solutum matrimonium»; 48, 5, 44 (43): «Si ex lege repudium missum non sit...».

⁷⁸ En la que se integraron las disposiciones de la *lex Iulia de maritalibus ordinibus* (18 a. C.), posiblemente anterior a la *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

ciudadanía romana; y *capitis deminutio minima*, cuando el padre de uno de los cónyuges adoptaba al yerno o a la nuera, pues en ese caso los casados se convertían en hermanos.

Como ya indicamos, en la época postclásica, la influencia del cristianismo afectará a la regulación jurídica del matrimonio. Para el cristianismo el matrimonio es indisoluble. Se mantiene que éste debe surgir del consentimiento de las partes pero, al hacerse a imagen y semejanza de la unión de Cristo con su Iglesia, una vez que se crea, el consentimiento deja de ser su base y razón de ser, haciéndose la institución indisoluble. A esta postura del cristianismo contribuye la llamada tendencia ascética de la Iglesia, que limita las relaciones sexuales y cuyas formulaciones maximalistas están representadas por los autores que consideraban que ni siquiera la muerte rompía el vínculo matrimonial, por lo que prohibían las segundas nupcias. De esta opinión eran Atenágoras⁷⁹ y Tertuliano⁸⁰.

También el Derecho romano rechazará, en cierta manera, las segundas nupcias, pues si bien no las prohíbe, sí establece un tiempo de luto –*tempus lugendi*– en el que la mujer no podía casarse de nuevo. Ese plazo, que en un principio fue de diez meses, se amplió a un año en una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio del 381⁸¹.

San Agustín reafirmará la corriente dominante dentro del pensamiento cristiano en relación al tema del vínculo matrimonial: legitimidad de la separación en el supuesto de infidelidad, pero condena de las segundas nupcias porque el vínculo matrimonial es indisoluble⁸². Para el mencionado autor, el matrimonio, desde Adán y Eva, simbolizaba la unión de Cristo con la Iglesia y, por tanto, no podía disolverse⁸³. La Iglesia sólo admitía dos causas de disolución del matrimonio: antes de ser consumado podía disolverse por dispensa del Papa, debidamente justificada, o para que uno de los contrayentes profesara en religión; después de consumarse, sólo podía disolverse a través del llamado *Privilegio paulino*, contenido en una epístola de San Pablo (*I Corintios* 7, 12-13):

⁷⁹ ATENÁGORAS: *Legación en favor de los cristianos*, 33, 4-6, en B. POUDERON (ed.) «Athénagore. Supplique au sujet des chrétiens et Sur la résurrection des morts», *Sourceesnes*, 379, Paris, 1992, pp. 198-199.

⁸⁰ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 440; «Uniones matrimoniales y afines en el Derecho histórico español», en *Revista de Derecho Notarial*, 85-86 (1974), p. 78, n. 15; E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 23.

⁸¹ *CTh.* 3, 8, 1, en *Codex Theodosianus Libri XVI cum constitvitionibvs sirmondianis edidit adsympto apparatv P. Krvegeri Th. Mommsen, volyminis I, pars posterior, textvs cum apparatv, apud Weidmannos*, 1971: «Si qua ex feminis perditio marito intra anni spatium alteri festinarit innubere parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus probrosis inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat et sciat nec de nostro beneficio vel adnotatione sperandum sibi esse subsidium». Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975, p. 12.

⁸² AGUSTÍN DE HIPONA: *Confesiones...*, cit., 9, 9.

⁸³ AGUSTÍN DE HIPONA, *De nuptiis et concupiscentia*, cap. 21, n. 23, en *Patrologiae...*, cit., 44, p. 427. Vid. A. M.^a VEGA GUTIÉRREZ: *La unidad...*, cit., p. 90.

cuando el matrimonio era contraído entre infieles, éste se extinguía si uno de los cónyuges se convertía al cristianismo y el otro se negaba a vivir pacíficamente con él sin hacer peligrar su fe⁸⁴.

La Iglesia no pretendía excluir a sus fieles de la legislación matrimonial romana, pero la misma sólo era aceptada si no contradecía la ley de Dios. Los Padres de la Iglesia declararon que las leyes imperiales, en ocasiones, permitían cosas contrarias al derecho divino. En concreto, San Agustín señalaba que el matrimonio del divorciado era considerado adulterio en la jurisprudencia del cielo, aunque no lo fuese en la jurisprudencia civil: «adulteria sunt ista coniugia, non iure fori, sed iure coeli». Y San Ambrosio se refería al divorcio de la siguiente manera: «et putas tibi licere, quia lex humana non prohibet? Sed prohibet lex divina». La Iglesia, por tanto, se atribuía potestad sobre el matrimonio, de manera que la institución se reguló tanto por normas seculares como por normas canónicas, que ni siquiera a partir de la época de los emperadores cristianos coincidieron plenamente⁸⁵.

No obstante, a pesar de ello, las influencias entre ambos órdenes normativos fueron recíprocas y se aproximaron en el terreno práctico. Bajo el influjo de las ideas cristianas, entró en crisis la idea de *conubium*, convirtiéndose el matrimonio en una institución abierta a todos, salvo que existiera alguna prohibición⁸⁶. Por otra parte, en el Imperio oriental el divorcio terminó aceptándose en el ámbito del Derecho canónico, que incluyó en sus normas determinadas causas de divorcio. En el Imperio de Occidente, sin embargo, la Iglesia siguió condenando el divorcio, aunque, en la esfera práctica, adoptó, en ocasiones, una postura tolerante, condicionada tal vez por su misión salvadora. Valga de ejemplo la norma contenida en el Concilio de Elvira (siglo IV), incluida posteriormente en el *Penitencial Silense*, que permitía administrar la comunión, en caso de enfermedad, a la mujer que hubiese contraído segundas nupcias después de abandonar al marido adúltero. Por otra parte, la Iglesia intentó aceptar las causas de divorcio convirtiéndolas en causas de separación. En este sentido, condenó las segundas nupcias mientras el otro cónyuge continuase con vida, pero admitió el derecho a suspender la convivencia, no sólo en los casos de divorcio, sino también si existía una enfermedad grave, como la lepra, la posesión demoníaca, etc.⁸⁷.

Como ya señalamos, el Derecho romano se vio afectado por la concepción cristiana del matrimonio a partir del *Edicto de Milán*. Ello tuvo como consecuencia el aumento de la dificultad del divorcio, determinando legalmente cuáles debían ser las causas que lo legitimasen. Así pues, se llegan a elaborar catálogos cerrados de *iustae causae*, tratándose, de esta manera, de eliminar los divorcios en los que sólo bastase el mutuo consentimiento. Esta influencia

⁸⁴ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., 23; E. MONTERO Y GUTIÉRREZ: *El matrimonio...*, cit., pp. 400 y 401.

⁸⁵ A. MOSTAZA: «La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento», en *Ius Populi Dei*, 3 (Roma, 1972), pp. 289-293.

⁸⁶ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 441.

⁸⁷ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 24.

del cristianismo en la regulación del matrimonio se aprecia claramente en Constantino (306-337), que prohibió el divorcio acordado por los cónyuges si no había motivos suficientes y limitó el número de éstos. En concreto, el marido sólo podía divorciarse de su mujer si ella fuese envenenadora, alcahueta, adúltera o hubiese abandonado el domicilio conyugal; la mujer sólo podía hacerlo si el marido había intentado acabar con su vida o fuese violador de sepulcros⁸⁸. Además, esas causas debían ser alegadas ante los tribunales. El divorcio que se basaba en causas legalmente no predeterminadas, era válido, pero se sancionaba con penas económicas al culpable: pérdida de la dote y, en caso de que fuese la mujer, además deportación⁸⁹.

Honorio y Constancio II, en el año 421, establecían como *iustae causae* de divorcio unilateral una distinción entre los *magna crimina* o *graves causae* de los *morum vitia* o *mediocres causae*. Si uno de los cónyuges cometía alguno de los *magna crimina*, el otro podía divorciarse libremente sin incurrir por ello en pena. Sin embargo, en las *mediocres causae* se diferenciaba entre el hombre y la mujer. La mujer que se divorciaba por *mediocris causa* perdía la dote y la donación nupcial y se le impedía que pudiera contraer un nuevo matrimonio; si se divorciaba *sine causa*, era castigada con las mismas penas pero, además, se la condenaba a la deportación perpetua. El varón que se divorciaba por una *mediocris causa* debía restituir la dote, pero conservaba la donación nupcial y podía volver a casarse si esperaba dos años; si se divorciaba *sine causa*, perdía tanto la dote como la donación nupcial y se le castigaba con el celibato perpetuo⁹⁰.

⁸⁸ *CTh.*, 3, 16, 1: «Placet muliere non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quas-cumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarum vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moechan vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata».

⁸⁹ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., pp. 24-25.

⁹⁰ *CTh.*, 3, 16, 2: «Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciiis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus. Sin vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dotem viro donationem refundat, nullius umquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem sturpi procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit quae recedit, dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id execratione quam alieni adpetitione fecisse. Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrum. Si vero morum est culpa, non criminum, donationem recipiat, dotem relinquat, aliam post biennium ducturus uxorem. Quod si matrimonium solo maluerit

Teodosio II, en el año 436, derogó las normas de los emperadores anteriores⁹¹. En el año 449, Teodosio y Valentiniano volvieron a poner en vigor el sistema de Constantino y aumentaron a catorce las causas justas para pedir el divorcio unilateral. En concreto, la mujer podía repudiar a su marido si fuese adúltero, homicida, envenenador, si atentase contra el Imperio, si fuese condenado por el crimen de falsedad, violase sepulcros, sustrajera alguna cosa de edificios sagrados, si fuese ladrón o encubridor de ladrones, cuatrero, plagiaro, se reuniese con mujeres impúdicas, si hubiese atentado contra ella con veneno, con un puñal o de cualquier otra manera que hiciese peligrar su vida o si la azotaba. Asimismo, el marido podía repudiar a su mujer por las siguientes causas legítimas: si fuese adúltera; homicida; envenenadora; plagiaría; profanadora de sepulcros; sustrajese objetos de los edificios sagrados; encubridora de ladrones; asistiese a festines con hombres extraños, sin saberlo o si quererlo el marido; pernocrase sin una causa admisible fuera del domicilio conyugal y contra la voluntad del marido; se divirtiese, sin consentimiento del marido, en los juegos del circo, en teatros o espectáculos en la arena; atentase contra la vida del cónyuge con veneno, puñal o de cualquier otro modo; interviniese en el crimen de falsedad o levantase las manos contra el marido⁹². En

separare dissensu nullisque vitii peccatisque gravetur exclusa, et donationem vir perdat et dotem ac perpetuo caelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis maerore sustineat, mulieri post anni metas nubtiarum potestate concessa. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus cauta servari».

⁹¹ *Nov. Th.*, en *Codex Theodosianus Libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes. Consilio et auctoritate academiae litterarum regiae borussicae, ediderunt Th. Mommsen et Paulus M. Meyer*, volumen II, apud Weidmannos, 1971, 12: «Consensu licita matrimonia posse con trahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat leberorum. Sed in repudio mettendo culpaque divortii perquirenda durm est veterum legum moderamen excedere. Ideo constitutionibus abrogatis, quae nunc maritum, nunc mulierem matrimonio soluto praecipunt poenis gravissimis coerceri, hac constitutione repudii culpas culpantumque coercionis ad veteres leges responsaque prudentium revocare censemus, Florenti p(arens) k(arissime) a(tque) a(mantissime). Inlustris itaque et magnifica auctoritas tua quae providentissime constituta sunt edictis propositis publicari praecipiat».

⁹² *CJ.*, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de la principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildelfonso L. García del Corral, Barcelona, 1889, 5, 17, 8, 1: «... Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus...»; 2: «... Si qua igitur maritum suum adulterum, aut homicidam, vel veneticum, vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem, vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulcrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem, vel latronum susceptorem, vel abactorem, aut plagiarium, vel ad contemtum sui, domi suae ipsa inspicente, cum impudicis mulieribus... coetum ineuntem, si suae si vitae veneno aut gladio aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ingenuis aliena sunt, afficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem, et causas discidii legibus comprobare...»; 3: «Vir quoque pari fine claudetur, nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat, nisi adulteram, vel veneficam, aut homicidam, aut plagiariam, aut sepulcrorum dissolutricem, aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem, aut latronum fautricem, aut extraneorum virorum, se ignorante vel nolente, convivia appetentem, aut ipso invito sine iusta aut probabili causa foris scilicet pernocrantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel

caso de divorciarse por otros motivos, los cónyuges incurrían en las siguientes penas: la mujer era castigada con la pérdida de la dote y la donación nupcial, y se le prohibía volver a casarse antes de que transcurriesen cinco años; el hombre era condenado a perder la dote y la donación nupcial, pero no se le imponía un plazo en el que no podía contraer nuevo matrimonio⁹³.

Valentiniano III (425-455) continuó en Occidente la política de Constantino. Distinguió entre causas graves y causas leves de ruptura matrimonial. Entre las primeras se incluían el ser un cónyuge reo de delitos contra el poder público, atentar contra la vida del otro y ausentarse del domicilio conyugal durante un período de tiempo superior a cinco años. Valentiniano también reconocía, dentro de estas causas graves, aquellas que específicamente podía utilizar el marido para divorciarse de su cónyuge: el adulterio de la mujer, que frecuentara los baños públicos, que permaneciera fuera del hogar o asistiera a juegos o espectáculos sin su consentimiento. También la mujer podía divorciarse del marido por determinadas causas graves, como el que la indujera a cometer adulterio, que atentara indignamente contra su castidad, que instalara en su casa a una concubina con menosprecio de ella o que la mantuviera fuera de su domicilio, pero públicamente –siempre que reiteradamente hubiera sido instado a abandonarla y no lo hiciese–, que la hubiese acusado falsamente de adulterio o que fuera impotente. Estas causas graves eran las únicas que producían de forma inmediata la ruptura del vínculo matrimonial. El marido inocente podía volver a casarse de inmediato; la mujer, después de un año, para evitar los problemas de la *commixtio sanguinis*, que impidiera determinar la paternidad de un hijo que fuese concebido en ese período. Las causas leves permitían a la mujer separarse de su marido, pero no se le concedía la facultad de contraer nuevas nupcias. Sin embargo, el marido que se separase de su cónyuge por alguna causa leve sí estaba autorizado para casarse de nuevo, una vez que transcurriese un plazo de dos años⁹⁴.

Los que se divorciasen por causas diferentes a las que la ley determinaba se exponían a ser recluidos en un monasterio; además, la mujer perdía la dote –debía dejar todos sus bienes en casa del marido–, y era deportada, con lo que se le impedía contraer otro matrimonio legal; el marido debía restituir la dote y, si contraía un nuevo matrimonio, la primera mujer podía invadir la casa y adueñarse de la dote de la segunda⁹⁵.

arenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sibi veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem...».

⁹³ *CJ.* 5, 17, 8, 4: «... Nam mulier, si contemta lege repudium mittendum esse tentaverit, suam dotem et ante nuptias donationem amittat, nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem...»; 5: «... Sin autem aliter uxori suae renuntiare voluerit, dotem redhibeat et ante nuptias donationem amittat».

⁹⁴ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 25.

⁹⁵ *Vid.* M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO: «La mujer romana...», cit., p. 129, n. 14.

Anastasio, en el año 497, afirmaba que el divorcio consentido por ambos cónyuges era libre, pero establecía la obligación de esperar un año antes de volver a casarse⁹⁶.

En Oriente, Justiniano (527-565), en el año 533, añadía a las disposiciones de Teodosio y Valentiniano nuevas justas causas en favor del marido. En concreto, que la mujer hubiese abortado, que fuese lujuriosa y se bañase con hombres o que, en vida de su marido, intentase casarse con otro⁹⁷. Por otra parte, incorporaba la figura del *divortium bona gratia* que, a diferencia del divorcio bilateral de la época clásica, tenía un nuevo significado: con él se aludía al divorcio unilateral que se llevaba a cabo por una causa que no suponía una pena para ninguno de los dos cónyuges. En concreto, establecía seis causas: la incapacidad de engendrar⁹⁸; la prisión de guerra de un cónyuge, prolongada durante cinco años⁹⁹; la ausencia del marido soldado durante un año desde que aquel bajo el cual servía en la milicia prestó juramento de dicho fallecimiento –Constantino exigía cuatro años de ausencia sin dar noticias–¹⁰⁰; la locura furiosa¹⁰¹; la elección de la vida claustral o el voto de castidad; y,

⁹⁶ *CJ.* 5, 17, 9: «Si constante matrimonio communi consensu tam mariti quam mulieris repudium sit missum, quo nulla causa continetur, quae consultissimae constitutioni divae memoriae Theodosii et Valentiniani inserta est, licebit mulieri non quinquennium exspectare, sed post annum ad secundas nuptias convolare».

⁹⁷ *CJ.* 5, 17, 11, 2: «Inter culpas autem uxoris constitutionibus enumeratas et has adiicimus, si forte uxor sua ope vel ex industria abortum fecerit, vel ita luxuriosa est, ut commune lavacrum cum viris libidinis causa habere audeat, vel, dum est in matrimonio, alium maritum sibi fieri conata fuerint...».

⁹⁸ *CJ.* 5, 17, 10: «... si maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos computandos coire minime propter naturalem imbecillitatem valeat, possit mulier vel eius parentes sine periculo dotis amittendae repudium marito mittere, ita tamen, ut ante nuptias donatio eidem marito servetur».

⁹⁹ *D.* 24, 2, 6: «Uxores eorum, qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est, maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, am vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, tunc, quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium et unusquisque suum ius habeat imminutum; eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando».

¹⁰⁰ *Nov.* 117, 11: «Et iubemus, quantoscunque annos in expeditione manserint, sustinere eorum uxores, licet nec litteras nec responsum aliquod a suis maritis susceperint. Si qua vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit esse mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias sinimus, nisi prius accesserit mulier aut per se, aut per suos parentes, aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri chartularios, in quo huius modi maritus militabat, et eos, seu tribunalum, si tamen adest, interrogaverit, si pro veritate mortuus est eius coniux, ut illi sacris evangeliiis propositis sub gestis monumentorum deponant, si pro veritate vir mortuus est. Et postquam haec gesta monumentorum confecta mulier pro suo testimonio perceperit, etiam post aec iubemus manere eam per unius anni spatium, ut etiam post hunc decursum liceat legitimis contrahere nuptias...».

¹⁰¹ *D.* 24, 3, 22, 7: «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

finalmente, la reducción a la esclavitud del cónyuge liberto o hijo de liberto como consecuencia de una sentencia. En la Novela 22, del año 535, se repite lo establecido en el Código, si bien no aparece la locura furiosa. En concreto, se recogen las siguientes causas: elección de vida claustral; impotencia del marido durante dos años desde las nupcias; el cautiverio de uno de los cónyuges, fuera de la República, sólo si el cónyuge pasa cinco años en poder de los enemigos, presuponiéndose su muerte; reducción a esclavitud del liberto o hijo del liberto, la ausencia del marido soldado, ocupado en actos de guerra, durante diez años –se amplía el plazo, pues Constantino sólo exigía el transcurso de cuatro años–¹⁰². Por otra parte, se recogen causas que podía utilizar el marido

his, qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium; sciente ea persona, quae, quum compos mentis esset, et ita furenti, quemadmodum diximus, nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremtas. 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 sobolis cupidine tenta est, licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum, neque in damnum alterutra pars incidat».

¹⁰² *Nov. 22, 5* (en *Corpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Tercera Parte, Barcelona, 1898): «Secundum occasionem itaque inculpabilem, quando conversationem altera eligit pars, ad meliorem migrans vitam, et sub castitate conversationem concupiscens; tunc enim lex et alia nostra dicit, licentiam esse viro et mulieri ad meliora migranti transigere matrimonium, et abscedere, quodam brevi dimisso ei8, qui relinquitur, solatio. Quodcunque enim pacti fuerint contrahentes ex morte fieri lucrum, hoc habere oportet eum, qui dimittitur ab altero, sive vir, sive mulier sit, eo quod et, iste, quantum ad matrimonium, videtur mori, aliud pro alio vitae eligens iter»; 6: «Per occasionem quoque necessariam et non irrationabilem distrahitur matrimonium, quando aliquis impotens fueri coire mulieri et agere, quae a natura viris data sunt, si biennium quidem secundum de hoc a nobis pridem scriptam legem transcurrat ex nuptiarum tempore...»; 7: «Sed etiam captivitatis casus talis est, quale est bona gratia distrahere matrimonium. Sive enim contingat 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 inaequilatas aequilitem 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, illam vero dotis. Si vero incertum sit, utrum superest an non; quae ad hostes persona devenit, tunc quinquennium expectandum est sive a viro, sive a muliere, post quod, sive manifestum de morte...»; 9: «Si vero decretum iudiciale libertum aut libertam aut horum filios in servitute redigat, constat quidem ab initio matrimonium, postea vero apparens servitus separatur eos ab invicem, tanquam morte secuta, quoniam praecedentes nos dicunt, supervenientem servitute non procul a morte differre...»; 14: «Novimus autem, et huius nostrae felicissimae civitatis conditorem (divinae memoriae dicimus Constantinum) scripsisse legem, secundum quam, si quis in expeditione fuerit, et tacuerit ad uxorem per quadriennium, et nullum ei fiat ab illo signum eius circa eam affectus, tunc licentia sit mulieri ad secundas nuptias veniendi, offerenti prius libellum militiae principi, et hoc ipsum testificanti, et si hoc fiat inculpabiliter mulier ad virum alterum transiet, et non damnificabitur quidem dote, non tamen antenuptialem donationem lucrabitur. Hoc itaque sacratissimus Constantinus. Vehementer autem nobis immature habere illa constitutio videtur; actibus enim bellicis occupato marito uxoris privationem inferre

o la mujer en contra del otro cónyuge y que le ocasionaban al culpable la pérdida de la dote o de la donación por causa de las nupcias. En el caso de la mujer que repudiaba al marido, debía probar que el marido era delincuente por adulterio, reo de homicidio, se había ocupado en envenenamientos o en sediciones, maquinó alguna cosa contra el Imperio, fue condenado por falsedad, violó sepulcros, robó en alguna casa sagrada, hizo la vida de latrocinio, acogió a ladrones, fue cuatrero, plagiaro, vivió lujuriosamente, atentó contra la vida de la mujer con venenos, armas o de cualquier otra manera o la azotó¹⁰³. El marido podía repudiar a su mujer si fuese adúltera; envenenadora; homicida; plagiaría; violadora de sepulcros; sacrílega; encubridora de ladrones; asistiera a convites de otros que no tuviesen relación de parentesco con ella, no sabiéndolo su marido o aun prohibiéndoselo; pernoscata fuera de su casa sin causa razonable, contra la voluntad de su marido; se divertiese en los juegos del circo, asistiese a espectáculos o teatros, sin la voluntad de aquél; atentase contra la vida del marido con venenos, armas o de cualquier otra manera; cómplice de los que meditan tiranía o reo de falsedad¹⁰⁴.

En la Novela 117, del año 542, Justiniano vuelve a hacer referencia a las causas legítimas por la que se puede pedir el repudio del cónyuge. En concreto, para el marido: las conspiraciones de la mujer contra el emperador o el conocimiento de las mismas sin hacérselas saber al marido; el adulterio; atentar contra la vida del marido, o no comunicarle que conocía las intenciones de otros de tratar de quitarle la vida; haber ido a banquetes o a los baños con hombres extraños, contra la prohibición de su marido; abandonar el domicilio conyugal, sin hacérselo saber al marido, para ir a un lugar distinto del domici-

non minor est poena, quam ab hostibus capi. Ideoque non prius ad virum veniat secundum huiusmodi mulier, quam legislator iste proposuit, quam etiam decenni transeat tempus...».

¹⁰³ Nov. 22, 15, 1: «Si igitur secundum Theodosii pie memorie constitutionem valuerit mulier ostendere maritum aut adulterio delinquentem, aut reum homicidii, aut veneficiis aut seditioibus occupatum, aut quod pessimum omnium peccatorum est, communicantem delicto (dicimus autem machinatum aliquid contra ipsum imperium), aut condemnatum falsitatis, aut sepulcra effodientem, aut ex aliqua sacrarum domum aliquid rapuisse, aut latrocinii sectantem vitam, aut latrocinantes suscipientem, aut unum eorum, qui apellantur abigei, quibus est cura alienis insidiari animalibus aut iumentis, et ea transponere alibi, aut probet plagiarum esse, aut ita luxuriose viventem, et inspiciente uxori cum aliis corrumpatur (quod maxime mulieres utpote circa cubile stimulatatas, exasperat, et praecipue castas) aut si insidias se passam a viro probet circa ipsam salutem aut venenis, aut gladio, aut per alium aliquem talem modum (multae namque hominibus ad malitiam viae sunt), aut etiam si flagellis super ea utatur, si igitur mulier tale aliquid ostendere potuerit, licentiam ei dat lex repudio uti, et nuptiis abstinere, dotemque percipere et antenuptialem donationem totam, non solum si omnes simul probaverit causas, sed etiam si secundum se unam».

¹⁰⁴ Nov. 22, 15, 2: «Et rursum licentiam dat viro mulierem abiicere, si adulteram inveniatur, aut veneficam, aut delinquentem homicidium, aut plagiariam, aut sepulcrum violatricem, aut sacrilegam existentem, aut faventem latronibus, aut viro nesciente vel etiam prohibente gaudentem conviviis aliorum nihil sibi competentium, vel etiam invito viro citra rationabilem causam foris pernoscata, aut extra eius voluntatem circensibus congaudentem, et spectaculis inhaerentem, aut theatris advenientem... aut insidias sibi facientem ex venenis, aut gladio, aut alio factas modo, ex quibus circa vitam periculum est, aut etiam consciam tyrannidem meditantibus, aut falsitatis ream constitutam...».

lio de sus padres; ir al circo o al teatro prohibiéndoselo el marido o sin saberlo éste¹⁰⁵. Por lo que se refiere a la mujer: la conspiración del marido contra el Imperio o el conocimiento de la misma no revelada; el atentado contra la vida de la mujer o la no revelación de intentos por parte de otras personas; haber sido incitada por el marido al adulterio o a las malas costumbres; la falsa acusación de adulterio realizada por el marido contra la mujer y la relación del marido con otras mujeres, que constituyese una injuria contra ella¹⁰⁶.

Por otra parte, Justiniano restablecía la norma de Constantino que prohibía el divorcio por mutuo disenso, salvo en el supuesto de que se comprobase la impotencia del marido, después de tres años de convivencia, o que ambos cónyuges decidiesen dedicarse al servicio de Dios guardando la castidad. Al margen de estos dos casos, el divorcio acordado por los cónyuges era castigado

¹⁰⁵ *Nov. 117, 8*: «... Nunc autem causas, ex quibus maritus repudium mittere sine periculo potest, et dotem uxoris lucrari, servato in ea dominio ex eodem matrimonio filiis aut filiabus, quibus non exstantibus frui etiam proprietate, has esse disponimus: 1. Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier, aut etiam viro suo non indicet. Si autem vir hoc a muliere denunciatum tacuerit liceat mulieri per quacunque personam hoc declarare imperio, ut vir nullam ex hac causa repudii inveniatur occasionem. 2. Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterium, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem, et ad hoc, si filios non habeat, tantum accipere ex alia uxoris substantia, quantum dotis tertia pars esse cognoscitur, ut eius proprietati et dos, et a nobis definita poena applicetur... 3. Si quolibet modo mulier vitae viri fuerit insidiata, aut aliis hoc facientibus conscia, viro non indicaverit. 4. Si cum viris extraneis nolente marito convivatur, aut cum eis lavatur. 5. Si nolente viro foris domum manserit, nisi forsitan acud proprios parentes. 6. Si circensibus, aut theatris, aut amphitheatris interfuerit ad spectandum, ignorante aut prohibente viro. 7. Si vero contigerit aliquem citra unam praedictarum causarum uxorem suam a domo propria expellere, ut illa non habens parentes, apud quos possit manere, ex necessitate foris habitet nocte, iubemus, nullam esse marito licentiam propter causam hanc repudium mittere uxori, eo quod ipse huius rei auctor existat».

¹⁰⁶ *Nov. 117, 9*: «Causas autem, pro quibus rationabiliter potest viro a muliere mitti repudium...: 1. Si contra imperium aut ipse cogitaverit aliquid, aut cogitantibus consciis non indicaverit imperio aut per se, aut per quamcunque personam. 2. Si quolibet modo vir insidiatus fueris vitae mulieris, aut aliis hoc volentibus sciens non manifestaverit uxori, et studuerit secundum leges ulcisci. 3. Si maritus uxoris castitati insidiatus, aliis etiam eam adulterandam tentaverit tradere. 4. Si vir de adulterio inscripserit uxorem, et adulterium non probaverit, licere mulieri volenti etiam pro hac causa repudium destinare viro, et recipere quidem propriam dotem, lucrari autem et antenuptialem donationem, et pro huiusmodi calumnia si filios non habuerit ex eodem matrimonio, tantum secundum proprietatem accipere mulierem ex alia viri substantia, quantum antenuptialis donationis tertia pars esse cognoscitur... ut etiam propter illatam adulterii accusationem et non probatam, illis quoque maritus subdatur suppliciiis, quae esset passura mulier, si huiusmodi fuisset accusatio comprobata. 5. Si quis in sua domo, in qua cum sua coniuge commanet, contemnens eam, cum alia inveniatur in ea domo manens, aut in eadem civitate degens in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus aut per suos parentes, et aut per mulieris, et aut per alias aliquas fide dignas personas, huiusmodi luxuria non abstinuerit, licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium, et recipere datam dotem et antenuptialem donationem, et pro tali iniuria tertiam partem aestimationis, quam antenuptialis facit donatio, ex eius substantia percipere, ita tamen, ut, si filios habuerit, usu solo mulier potiatu rerum, quas ex antenuptiali donatione et poena tertiae portionis mariti substantiae acceperit, dominio communibus filiis conservando. Si autem filios non habuerit ex eodem matrimonio, habere eam talium rerum etiam proprietatem praecipimus».

duramente. En concreto, la Novela 117, c. 10, lo sancionaba con las mismas penas establecidas para el *repudium* al margen de las justas causas: la reclusión en un convento y la pérdida de todos los bienes¹⁰⁷. No obstante, el sucesor de Justiniano, Justino II, en una Novela del 566, derogaba esta norma y volvía a admitir el divorcio bilateral, denominándolo *divortium bona gratia*¹⁰⁸.

El Derecho romano, como ya indicamos anteriormente, condenaba la conducta de la viuda que contraía nuevas nupcias antes del transcurso del *tempus lugendi*, pero no parece que el matrimonio se anulase por ese motivo. El vínculo matrimonial subsistía pero la bñuba era sancionada con la pérdida de la mitad de sus bienes, que pasaban a los hijos del primer matrimonio o, si no había descendencia, a los otros herederos. Así se establecía en una constitución imperial del año 380 y también en el *C. J.* 6, 56, 4, que debió tomarse como base para la redacción de la *Novela 22*, 22 de Justiniano. En la misma se establece que la viuda que hubiese contraído matrimonio durante el año de luto fuese declarada infame. No obstante, el emperador podía librarla de esta pena. Si había hijos legítimos del anterior matrimonio, el perdón imperial sólo se otorgaba si les entregaba a ellos la mitad de su patrimonio¹⁰⁹.

Por lo que se refiere a Hispania, como sucedió en otras zonas del Imperio, tras la conquista, se multiplicaron las uniones estables, pero no legítimas, de ciudadanos romanos que se habían asentado en la Península como colonos, ex legionarios, negociantes, etc. con mujeres hispanas que no eran ciudadanas romanas. Tito Livio nos habla de este tipo de uniones y de los hijos que nacieron de las mismas al hacer referencia a la fundación de Carteia¹¹⁰. Roma, tra-

¹⁰⁷ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 25; F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., p. 22.

¹⁰⁸ *Nov.* 140, 1: «Haec igitur aliena nostris iudicantes temporibus, in praesenti sacram constituimus legem, per quam sancimus licere, ut antiquitus, consensu coniugum solutiones nuptiarum fieri, non ultra vero obtinere constitutas poenas constitutione nostri patris adversus eos, qui cum consensu coniugii faciunt solutionem. Si enim alterutrum adfectus nuptias solidat, merito contraria voluntas istas cum consensu dissolvit, adsignificantibus rebus, quae nuptias solvunt. Certum autem, ut omnia alia quantacunque legibus ac potissimum sacris constitutionibus nostri patris dicta sunt denuptiis et filiis occasionibusque, ex quibus praecipitur dissolvi nuptias (si et sine ratione non et cum communi consensu, secundum quod et praesens nostra constituit divinitas, hoc agentibus et disponentibus poenis interpositis) obtinere et ex praesenti nostra lege per omnia habere virtutem propriam».

¹⁰⁹ *Nov.* 22, 22: «... mulieribus autem solummodo imminet metus, ut non ante annale tempus ad secundum veniant matrimonium, aut sciant, quia, si quid tale gesserint, et immaturas contraxerint nuptias, subibunt poenas, alias quidem, si sine filiis ex prioribus sint matrimoniis, maiores autem, si etiam filii sint. Si enim non est soboles, infamia nox sequetur, et erit omnino mulier propter nuptiarum festinationem infamis...». Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: *La condición jurídica...*, cit., pp. 12 y 13; F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., pp. 23 y 24.

¹¹⁰ TITO LIVIO: *Ab urbe condita*, 43, 3: «... y de Hispania llegó otra embajada de un nuevo género de hombres. Recordando que ellos habían nacido de soldados romanos y de mujeres hispanas, con las que no existía connubio, por encima de los cuatro mil hombres, pedían que se les diera una ciudad en la que habitaran. El Senado deliberó decidir, no apenas declararan sus nombres ante L. Canuleio (...) que éstos fueran conducidos a Carteia, cerca del océano; que, quienes de los cartaienses quisieran permanecer en su ciudad, les sea concedida potestad, con tal de que fuesen en el número de los colonos, asignado el territorio. Que esta colonia sea latina y sea llamada de los libertos...».

tando de reproducir el sistema familiar romano, concedió la ciudadanía a estas mujeres, pudiéndose, de esta manera, legitimar las uniones de hecho que las vinculaban con los ciudadanos romanos¹¹¹.

En concreto, en la *Ley de Urso* se convalidaban los matrimonios peregrinos que muchos de los veteranos romanos, con los que César fundó la colonia, habían contraído con mujeres indígenas, concediendo a éstas la ciudadanía¹¹².

Igualmente, aunque la posición social de los personajes fuese diferente, la *Ley de Salpensa* concedía la ciudadanía a los ex magistrados locales, junto a sus padres, mujeres, hijos legítimos y nietos por línea masculina que estuvieran bajo la potestad de los ex magistrados¹¹³. En el mismo sentido se pronunciaba la *de Irni*¹¹⁴. Se pasaba, de este modo, de la condición de latino a la de ciudadano romano, consolidándose el modelo social romano y, por tanto, la familia y el matrimonio propios de Roma.

Así pues, en Hispania, la romanización, que llevó consigo la aceptación de la cultura, formas de vida y el Derecho romanos, trajo consigo la institución del matrimonio romano, que sustituyó al peregrino conforme los indígenas hispanos pasaban a ser ciudadanos romanos y, por consiguiente, también se impuso la legislación que regulaba la disolución del vínculo matrimonial.

DERECHO VISIGODO

1. EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA VISIGODA

En opinión de Iglesia, la familia visigoda «se configura como el estadio final de la familia romana, tras la desaparición de la *patria potestas*»¹¹⁵. En la evolución de la familia ha jugado un importante papel el cristianismo, para el que uno de los fines esenciales del matrimonio son los hijos. De esta manera, se va afianzando una familia basada en los lazos de sangre, en la que existe una mayor cohesión entre los miembros de misma. Crece el papel jurídico de la

¹¹¹ C. MARTÍNEZ LÓPEZ: «Influencia social de las mujeres en las ciudades de Hispania meridional», en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, p. 224.

¹¹² *Lex Ursonensis*, 133: «Qui col(oni) Gen(etivi) Iul(lienses) h(ac) l(ege) sunt erunt eorum omnium uxores, quae in c(olonia) G(enitiva) I(ulia) h(ac) l(ege) sunt, eae mulieres legibus c(oloniae) G(enitivae) I(uliae) vi(ri)que parento iuraque ex h(ac) l(ege), quaecumque in/hoc lege scripta sunt, omniu, rerum ex h(ac) l(ege) haben(to) s(ine) d(olo) m(alo)», en A. D'ORS: *Epigrafiya jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, pp. 278 y 279.

¹¹³ *Lex Salpensana*, 21: «... Qui iivir aed(ilis) ex h(ac) l(ege) factus erit, cives Romani sunt, cum post annum magistratu] abierint, cum parentibus coniugibus que <<h>>ac liber<<s>, qui legitumis nuptis quae / siti in potestatem parentum fuerint, item nepotibus ac neptibus filio / nat<<al>>is <natabus>, qui quaeque in potestate parentum fuerint; dum ne plures c(ives) R(omani) / sint, qua<m> quod ex h(ac) l(ege) magistratus creare oportet», en A. D'ORS: *Epigrafiya jurídica...*, cit., pp. 285-286.

¹¹⁴ *Lex Irnitana*, 21, en J. GONZÁLEZ: «The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law», *JRS*, LXXV (1986), pp. 147-243.

¹¹⁵ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 439.

madre y la idea de la *patria potestas* es sustituida por un deber de vigilancia y atención de los hijos, que recae sobre ambos cónyuges.

El matrimonio, origen de la familia, no recibía la misma valoración que la familia. Se apreciaba como una solución para el incontinente, pero también como algo impuro porque no podía mantenerse sin las relaciones sexuales de los cónyuges ya que, como hemos indicado, su fin esencial era la procreación. Leandro de Sevilla consideraba que la dote y los regalos que el marido entregaba a la mujer con motivo del matrimonio no eran más que una recompensa por la virginidad que ella iba a perder, de modo que más parecía que el marido había comprado que tomado esposa¹¹⁶.

La relación del matrimonio con la sexualidad hizo que la Iglesia de los siglos v-viii desconfiase de esta institución y pruebas de ello las encontramos en la valoración de los comportamientos ascéticos, las reflexiones de los doctores, que exaltaban la continencia, la ampliación de los impedimentos matrimoniales y las normas de los penitenciales relativas a los períodos de continencia¹¹⁷.

Gregorio el Grande, hacia el año 600, al referirse a la frase de San Pablo, «el que no tenga el don de la continencia, que se case»¹¹⁸, señaló que: «No pretendemos que el matrimonio sea culpable, pero esta unión conyugal lícita no puede tener lugar sin voluptuosidad carnal, y la voluptuosidad en sí de ninguna manera puede considerarse sin falta»¹¹⁹.

Isidoro de Sevilla admitía tres motivos que justificaban el matrimonio: tener descendencia, mencionando el pasaje del Génesis (1, 28) que dice: «Y los bendijo, diciéndoles: creced y multiplicaos»; la ayuda que la mujer proporcionaba a su marido, pues, según el Génesis (2, 18): «No es bueno que el hombre esté solo; proporcionémosle una ayuda que se le asemeje»; y la incontinencia, justificando este último motivo en base a la ya citada frase de San Pablo¹²⁰.

Por otro lado, el matrimonio se consideraba un asunto familiar y privado, que se realizaba a través de un consentimiento o pacto de los contrayentes y con una fuerte intervención de las familias de ambos, como sucedía también en el Derecho romano¹²¹. Para Delgado Iribarren, en el Derecho visigodo «el

¹¹⁶ LEANDRO: «Præfatio», 15: «... Solent ergo qui uxores ducunt dotes tribuere, conferre præmia et, ad uicem perdeni pudoris, sua tradere patrimonia, ut emisse potius quam duxisse uideant uxores» (*De la instrucción de las vírgenes y desprecio del mundo*. Traducción, estudio y notas de Jaime Velázquez, Madrid, 1979).

¹¹⁷ P. GUICHARD: «La Europa bárbara», en *Historia de la familia. 1. Mundos lejanos, mundos antiguos*, Madrid, 1988, pp. 298 y 300; J. GOODY: *La evolución de la familia y el matrimonio en Europa*, Barcelona, 1986, p. 96.

¹¹⁸ I Corintios, 7, 9.

¹¹⁹ Citado por J.-L. FLANDRIN: *Un Temps...*, cit., p. 83.

¹²⁰ ISIDORO: *Etimologías...*, cit., 9, 7, 27: «Tribus autem ob causis dicitur uxor: prima est causa prolis, de qua legitur in Genesi (1, 28): «Et benedixit eos», dicens: «Crescite et multiplicamini»; secunda causa adiutorii, de qua ibi in Genesi dicitur (2, 18): «Non est bonum esse hominem solum; faciamus ei adiutorium simile»; tertia causa incontinentiæ, unde dicit Apostolus, ut (1 Cor. 7, 9): «Qui se non continet, nubat» (ed. bilingüe de José Oroz Reta y Manuel-A. Marcos Casquero, Madrid, 1993).

¹²¹ F. R. AZNAR GIL: *La institución matrimonial en la Hispania cristiana (1215-1563)*, Salamanca, 1989, p. 19.

matrimonio se nos presenta con carácter civil, puesto que la intervención de la Iglesia era posterior a su celebración, y no se conoce ley ni acuerdo de los Concilios toledanos, que haga depender de aquella intervención la eficacia civil del matrimonio»¹²². En este sentido, Isidoro de Sevilla lo definía como un «contrato y estipulación justa de los contrayentes»¹²³.

El cristianismo seguía manteniendo las características de sacramentalidad y de indisolubilidad del matrimonio. El consentimiento habían de prestarlo los contrayentes, auténticos ministros del matrimonio, pero una vez contraído, se mantenía incluso en contra de su voluntad. No obstante, como ya hemos indicado, a pesar de tratarse de un matrimonio consensual, la celebración de éste estuvo muy condicionada por la intervención de las familias de los contrayentes, por medio de la *potestas de coniunctione*, que se ejercitaba escalonadamente. En primer lugar, la ejercía el padre. En defecto del padre, la potestad pasaba a la madre; si ambos habían fallecido, el derecho de desposar a las hermanas se atribuía a los hermanos mayores y, en su defecto, a los hermanos del padre, contando con el consejo y aprobación de los parientes próximos¹²⁴. No obstante, si los hermanos habían rechazado diversos pretendientes de la misma condición social de la familia, la hija podía casarse sin el consentimiento de aquéllos¹²⁵, pues el motivo que les llevó a los mismos a rechazar a los pretendientes de su hermana pudo ser de carácter económico: beneficiarse de la sanción patrimonial –pérdida de la herencia de los padres– que se le imponía a la hermana si se casaba contra la voluntad de ellos¹²⁶.

¹²² F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., p. 145.

¹²³ ISIDORO: *Etimologías*, 9, 7, 19: «Matrimonium est nubium iusta conventio et condicio».

¹²⁴ *Liber ant.* 3, 1, 7, en *MGH*, Legum sectio I, Legum nationum germanicorum, tomus I, Hannoverae et Lipsiae, in pensis Bibliopolii hahniani, MDCCCII: «Patre mortuo utriusque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat; matre vero mortua, aut si ad alias nuptias forte transierit, fratres eligant cui dignius puer vel puella iungatur. Quod si fratres eius etatis non fuerint ut eorum iudicio debeat germanus aut germana committi, tunc patruus de coniunctione eorum habeat potestatem. Certe, si germanus iam adulescentie habet etatem et proximorum renuit sollicitudinem, sit illi potestas condignam sibi coniunctionis querere copulam. De puella vero, si ad petitionem ipsius his qui natalibuseius videtur equalis acciserit petitor, tunc patruus sive fratres cum proximis parentibus conloquantur si velit suscipere petitoem ut aut communi voluntate iungantur aut omnium iudicio denegetur». Vid. A. D'ORS *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Roma-Madrid, 1960, pp. 133 y 134.

¹²⁵ No obstante, en ningún caso se admitía el matrimonio entre personas en las que mediara parentesco hasta un determinado grado. Concretamente, en el *Liber* 3, 5, 1, se recoge una prohibición general hasta el sexto grado de parentesco. Vid. R. FERNÁNDEZ ESPINAR: *Las prohibiciones de contraer matrimonio entre parientes en la época visigoda*, Granada, 2003.

¹²⁶ *Liber ant.* 3, 1, 8: «Si fratres nuptias puella sub ea conditione suspendant, ut ad maritum illa confugiens, iuxta legem portionem inter fratres suos de bonis parentum non possit accipere, et bis aut tertio removerit petitoem: puella, que, fratrum calliditate prespecta, maritum natalibus suis equalem crediderit expetendum, tunc integram a fratribus, que ei de parentum hereditate debetur, percipiat portionem. Quod si rursus nihil fratres contra sororem meditentur adversum et idcirco morentur, ut sorori provideant digniorem, et illa, honestatis sue oblita, persone sue non cogitans statum, ad inferiorem forte maritum devenerit, portionem suam, sive divisam sive non divisam, quam de facultate parentum fuerat consecutura, amittat. In fratrum vero et sororum vel aliorum parentum hereditatem ingrediendi ei concedimus potestatem».

2. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES CON PERMANENCIA DEL VÍNCULO

A pesar de la importancia del consentimiento familiar para contraer matrimonio, la ausencia de aquél no suponía la disolución del vínculo, aunque sí entrañaba un perjuicio económico, la desheredación, o pérdida de los derechos a la sucesión paterna¹²⁷.

Una causa de ruptura del vínculo matrimonial admitida por el Derecho visigodo era la muerte de uno de los cónyuges. Por este motivo se permitía a la viuda contraer segundas nupcias. No obstante, debía hacerlo después de transcurrido un año desde la muerte del marido, el ya mencionado *tempus lugendi*. Este plazo fue tomado del Derecho romano, en concreto, de la constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio, del año 381 (*CJ.* 5, 9, 2=*CTh.* 3, 8, 1), que lo introdujo en lugar del plazo de diez meses fijado anteriormente¹²⁸. Si no se respetaba este período de tiempo el enlace se equiparaba al estupro (llamado en la ley *adulterium*) y se privaba a la mujer de la mitad de sus bienes en beneficio de los hijos del primer matrimonio o de los parientes más cercanos¹²⁹. Ervigio exceptuará el supuesto de mandato del rey¹³⁰.

La *antiqua* 3, 2, 6 prohíbe a la mujer cuyo marido se haya ausentado contraer nuevas nupcias antes de haberse convencido de su muerte por indicios seguros. Si se casara sin haberse asegurado convenientemente, y regresara el marido, ella y el nuevo cónyuge pasarían a ser siervos de éste¹³¹. Zeumer

¹²⁷ *Liber ant.* 3, 2, 8.: «Si puella ingenua ad quemlibet ingenuum venerit in ea condicione, ut eum sibi maritum adquirat, prius cum puelle parentibus conloquatur; et si obtinuerit, ut eam uxorem habere possit, pretium dotis parentibus eius, ut iustum est, impleatur. Si vero hoc non poterit obtinere, puella in parentum potestate consistat. Quod si absque cognitione et consensu parentum eadem puella sponte fuerit viro coniuncta, et eam parentes in gratia recipere noluerint, mulier cum fratribus suis in facultate parentum non succedat, pro eo, quod sine voluntate parentum transierit prior ad maritum. Nam de rebus suis si aliquid ei parentes donare voluerit, habeant potestatem. Ipsa quoque de donatis et profligatis rebus faciendi quod voluerit libertatem habebit». *Vid.* A. D'ORS: *El Código...*, cit., p. 138.

¹²⁸ K. ZEUMER: *Historia de la Legislación Visigoda*, trad. del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944, p. 229.

¹²⁹ *Liber ant.* 3, 2, 1.: «Si post mortem mariti infra annum mulier nubat. - Si qua mulier post mortem mariti sui se alio infra annum coninxerit vel adulterium facerit, medietatem rerum suarum filii sui ex priore coniugio procreati aut si filii desunt, alii heredes per iudicis instantiam consequantur. Quam idcirco mulierem precipue huic volumus subiacere consequantur. Quam idcirco mulierem precipue huic volumus subiacere dispendio, ne hec, que a marito gravida relinquitur, dum immoderato desiderio ad secundi coniugii vota festinat vel adulterium perpetrat spem partus, prius quam nascatur, extinguat». *Vid.* A. D'ORS, *El Código...*, cit., p. 135; E. GACTO FERNÁNDEZ: *La condición...*, cit., pp. 11-14.

¹³⁰ La versión ervigiana agrega el siguiente añadido a *Liber ant.* 3, 2, 1: «Illas tamtundem a legis huius sententia iubemus manere indemnes, quas principalis auctoritas, infra tempus hac lege constitutum, cuilibet in coniugio decreverit copulandas».

¹³¹ *Liber* 3, 2, 6: «Nulla mulier viro suo absente alteri viro se presumat coniugere, usque dum de viro suo certis agnoscat indicia, si vere mortuus fuerit. Quod similiter et ille inquirat, qui eam sibi vult in coniugio copulare. Si vero hoc facere distulerint et sic se illicita presumptione coniunxerint, et postmodum prior maritus reversus fuerit, ambo ei in potestate tradantur, ut, quod de eis

afirma que esta disposición se tomó del Derecho romano. Concretamente, coincidía bastante con las medidas adoptadas por Justiniano para la mujer del soldado (Novela 117, c. 11= Juliano 108, c. 10). Ésta no podía contraer nuevas nupcias, cuando su marido estuviera ausente por causa de la guerra, si no había obtenido, por medio de un documento oficial, la seguridad absoluta de la muerte de su marido. En caso de que se casara sin conseguir esa prueba, se convertía, junto con el que se casara con ella, en reo de la pena de adulterio¹³².

También se aceptaba el divorcio. En concreto, en *Liber 3, 6, 1* se admite el divorcio unilateral o *repudium*. En esta ley, posiblemente euriciana, se permitía al marido abandonar a su mujer. No obstante, se requería el cumplimiento de ciertas formalidades, en concreto que lo hiciese públicamente, redactando un libelo de repudio o por medio de testigos¹³³, e incluso de forma tácita, pero irrefutable, contrayendo matrimonio con otra mujer. La mujer podía celebrar nuevas nupcias: si probaba el repudio con documentos (*libellus repudii*) o testigos; cuando su proceso de divorcio con el primer marido hubiese sido fallado a su favor; o si el primer marido se había casado con otra mujer. Si la separación era de hecho, el segundo matrimonio de la mujer se consideraba adulterio, y se castigaba con la entrega de los dos cónyuges como siervos al primer marido¹³⁴. Finalmente, la ley, en su último párrafo, tácitamente hace referencia a la existencia de unas causas legales de divorcio, señalando que el repudio realizado al margen de las mismas hacía que el marido perdiese la dote y los bienes de la mujer que retuviera o administrase¹³⁵.

facere voluerit, seu vindendi, seu quid aliut faciendi habeat potestatem». *Vid.*, A. D'ORS: *El Código...*, cit., p. 138.

¹³² Novela 117. *Vid.* K. ZEUMER: *Historia...*, cit., p. 237.

¹³³ Isidoro de Sevilla, en sus *Etimologías*, definía el repudio como la ruptura matrimonial que, basándose en el testimonio de testigos, se comunicaba a una persona presente o ausente (*Etimologías...*, cit., 9, 7, 24).

¹³⁴ F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., p. 145.

¹³⁵ *Liber 3, 6, 1*: «Mulier ingenuam a viro suo repudiatam nullus sibi in coniugio adsociare presumat, nisi aut scriptis aut coram testibus divortium inter eos fuisse factum evidenter agnoscat. Quod si aliter facere quicumque presumerit, mox comes civitatis vel vicarius aut territorii iudex tale nefas commissum agnoverit, si nobiles fuerint fortasse persone, quos iudex distringere aut separare non possit, nostris id auditibus confestim publicare non differant, ut severitatem legis, quam merentur, excipiat. Nam si minoris loci persone sunt, iudex eos continuo separare nequam moretur; ita ut tam mulier, que se alteri extra volumtatem mariti prioris in coniugium copulavit, quam etiam ille, qui eam sibi adsumere uxorem presumpsit, in potestate tradantur anterioris mariti, ut quod de eis facere voluerit sui sit incunctanter arbitrii; si tamen causam inter priorem maritum et uxorem adhuc inaudita manere constiterit, aut si hisdem maritus alteri se mulieri in matrimonio non coniunxerit. Certe si maritus uxorem iniuste reliquerit, et donationem dotis amittat, quam ei contulerat, eidem mulieri procul dubio profuturam; et de rebus eiusdem mulieris nihil se habiturum esse cognoscat. Sed quidquid etiam de facultatem mulieris vel alienasse vel defraudasse dinoscitur, ad integrum distringente iudice mulieri restituat. Quod si mulier sub metu viri consistens, quocumque argumento persuasa sive decepta, aliquam de suis rebus in nomine illius viri, qui eam reliquit, scripturam conscripserit, huiusmodi scriptura nullam omnimodo firmitatem habebit, sed universa, que per eandem scripturam mulier dederat, iuri suo perenniter vindicabit». *Vid.* E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., pp. 26 y 27; K. ZEUMER: *Historia...*, cit., pp. 270-272.

También la Iglesia castigaba al marido que se separaba de su mujer sin motivo justificado. En concreto, en el XII Concilio de Toledo del año 681, se señalaba que el Señor prohibía el abandono de la mujer, salvo en el caso de la adúltera, y castigaba al marido que lo hiciese con la excomunión. Era apartado de la comunidad eclesiástica hasta que volviese con su mujer y, en caso de que el obispo lo amonestase hasta tres veces para que cohabitase de nuevo con ella y él no lo hiciese, sería apartado del oficio de la dignidad palatina, perdiendo todos los derechos de su alta dignidad mientras permaneciese alejado de su mujer¹³⁶.

No obstante, a pesar del profundo influjo del cristianismo en la legislación matrimonial visigoda, no se llegó nunca a una total compenetración con las respectivas normas canónicas. Ni siquiera el *Liber Iudiciorum*, que se redactó bajo la directa influencia de la jerarquía eclesiástica, se ajustó completamente a las disposiciones canónicas sobre la materia, pues, como hemos visto, mantenía el divorcio vincular, de la misma manera que sucedía en las demás legislaciones bárbaras. Dicho divorcio se regula de una forma muy similar a la que existía en tiempos de Teodosio II y Valentiniano III¹³⁷.

Una ley de Chindasvinto¹³⁸, por tanto posterior a la que acabamos de mencionar, introdujo una nueva regulación más acorde con la doctrina cristiana,

¹³⁶ *Concilio de Toledo XII*, 8 (en *Concilios visigóticos e hispano-romanos*. Edición preparada por José Vives con la colaboración de Tomás Marín y Gonzalo Martínez, Barcelona-Madrid, 1963, p. 395): «Praeceptum Domini est ut excepta causa fornicationis uxor a viro dimitti non debeat. / Et ideo quicumque citra culpam criminis supradicti uxorem suam quaquumque occasione reliquerit, quia quod Deus iunxit ille separare disposuit, tandiu ad ecclesiastica communione privatus et coetu omnium christianorum maneat alienus, quamdiu et ad societatem relictæ coniugis redeat et partem sui corporis honesta lege coniugii sinceriter amplectatur et foveat. Hii tamen qui iam ammoti a sacerdote semel et bis terque ut corrigantur ad earum suæ coniugis noluerint redire consortium, ipsi se suis meritis et a palatinae dignitatis officio separabunt et insuper generosæ dignitatis testimonium, quamdiu in culpa fuerint, amisuri sunt, quia carnem suam discipii iugul "o" tradiderunt».

¹³⁷ A. MOSTAZA: «La competencia...», cit., pp. 293 y 294.

¹³⁸ *Liber 3*, 6, 2: «Si alienam coniugem violare res sine crimine non est, quanto magis illa contemnere, quam sponte sua unusquisque possidendam sortitus est? Quia ergo plerosque tam precipites habet vel rerum ambitio vel effrenata libido, ut quadam fraude, coniugibus suis spretis, alias videantur uxores adpetere, constitutionis huius est perenniter forma servanda: ut nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat et neque per testem neque per scripturam seu sub quocumque argumento facere divortium inter se et suam coniugem audeat. Sed si adulteram maritus dixerit fortasse redarguendam, iuxta legem aliam, eius publice scelere comprobato, a iudice sibi traditam, faciendi de ea quod voluerit sit illi potestas. Certe si conversationis ad Deum voluntas extiterit, communem adsensum viri scilicet et mulieris sacerdos evidenter agnoscat, ut nullam postmodum cuilibet eorum ad coniugalem aliam copulam revertendi excusatio intercedat. Quod si aliter quisque uxorem suam spernens quacumque calliditate scripturam ab ea, sibi suisque voluntatibus profuturam, exigerit, non solum talem vinculum quandoque reppertum nihil omnino firmitatis habebit, sed et eadem mulier tam facultatem suam quam dotem ab ipso viro acceptam sibi in omnibus vindicabit. Et si quid alii facultatis eiusdem pessimi viri fuerit, cunctis eorum filiis ad integrum pertinebit. Quod si aut communes filii aut eiusdem viri ex coniugio precedenti non fuerint, universam viri facultatem mulier, que per nequitiam illius a coniugio resoluta est, incunctanter poterit obtinere, et hanc accusationem, si mulier constiterit fortasse defunctam, eius filii in cuiuscumque voluerint proponendi iudicio

que ejercía, a través de los concilios nacionales y provinciales, una poderosa influencia en este tema. El régimen establecido en la ley se encontraba muy próximo al que Justiniano intentó implantar en Oriente, incluso es posible que la ley recibiera el influjo de la legislación bizantina. En caso de que no fuese así, el Derecho visigodo y el justiniano presentarían una evolución similar a partir de la tradición romana bajoimperial, marcada por las directrices de la Iglesia. En la ley se recogían una serie de causas que justificaban el divorcio, castigándose éste en el supuesto de que se utilizasen causas distintas de las legales. Concretamente, se prohibía al marido que hiciese redactar a su mujer un libelo de repudio, lo suscribiera él mismo, o se casara con otra sin mediar tal escrito. En caso de actuar así, se le sancionaba con doscientos azotes, la nota de infamia y el destierro perpetuo. Incluso podía convertirse en esclavo, si el rey así lo decidía. La segunda esposa, si se casó sabiendo que su marido ya estaba casado con otra mujer, se convertía en esclava de ésta, la cual podía hacer con ella lo que quisiera, salvo atentar contra su vida.

licentiam habituri sunt, ut, repperito tali crimine, vir utique huius sceleris stius legis multetur sententia. Et omnibus filiis, seu ex eodem pari coniugio, sive ex precedenti ipsius viri, ut diximus, procreatis, equaliter facultas eius obtinenda patescat. Certe si nec communes filii nec ex priori ipsius viri coniugio geniti suprestes extiterint, et ea forsitam mulier, que relicta est, ex priori digno coniugio filios videatur habere, ipsis procul dubio licitum erit maternam vocem adserere, ut, eorum instantia cum fuerit iusta presentem legem scelerati persona damnata, facultatem eius indubitanter obtineant. Iam vero, si predictarum personarum, vel viri vel mulieris, secundum prefatum ordinem filii deesse noscuntur, contemte mulieris hereditatem tunc recte propinquis eius capiendi licitum erit, si, despectum propinque vindicaturi, spernentis viri presumptionem legaliter condemnandam institerint. Maritus autem, qui vel divortii vel securitatis a coniuge scripturam quamlibet exegerit, seu fortasse non exigens, contemta tamen uxorem, aliam sibi uxorem adsumerit, ducentis publice verberibus flagellatus ac turpiterdecalvatione fedatus, aut perpetuo condemnatur exilio, aut si donare illum cuicumque principis potestas elegerit, in suo consistat arbitrio. Sed et mulier, que, sciens aut occasione qualibet agnoscens virum habere suprestem uxorem, eius vanitate consenserit, ut ipsi se in coniugio copulet, illi protinus mulieri tradenda est, que contemta ab eodem marito, quem illa sortitaest, esse dinoscitur; ita ut, vita tantum concessa, faciendi de ea quod elegerit sit illi libertas. Certe si post mulieris obitum filiorum eius adsertione tale nefas fuerit conprobatum, aut si filii desunt, a propinquis heredibus extiterit huius rei negotium prosecutum, ipsis similiter prevaricatrix mulier tradatur in potestatem, ut eodem iudicio, quo mulier contemta debuerat, de persona eius absque mortis interitum sententiam ferant. Sane quia per mulieres etiam huius rei interdum fieri solet scandalum, ut favorem regum vel iudicum viros proprios spernere videantur, ideo si quecumque mulier sive principis opem aut quocumque ingenio seu cuiuslibet auxilio intenderit inter se et virum suum divortium fieri, vel ad alterius viri coniugium transire consenserit, in eiusdem legitimi viri sui cum omnibus rebus suis potestate redacta, eadem qua superius maritum pena constringit vel que de rebus eorum est sententia constituta scelerate mulieris damnatur temeritas. Similis quoque et de viris forma servabitur, qui uxorem alterius vel sponsam sibi in coniugium sociare presumpserit; ea tantum condicione retenta, ut, si mulieris maritus masculorum concubitor adprobatur, aut eandem suam uxorem, ea nolente, adulteranda cuicumque viro dedisse vel permisisse convincitur, quia tale nefas fieri nequaquam inter christianos oportet, nubendi mulieri alteri viro, si voluntas eius extiterit, nullatenus illicitum erit. Nam si in coniugio positus, uxorem videlicet et marito, maritum forte constiterit iuste cuilibet servum addictum, si noluerit mulier manere illum in coniugali secum consortio, tam diu se noverit caste vite freno manere constrictam nec nubendi alteri viro concedi sibi licentiam, donec eius maritus, de quo dictum est, debitam extreme vite sortem exolvat». *Vid. E. OSABA GARCÍA: El adulterio...*, cit., pp, 164 y 165.

¿Cuáles eran las causas que según la ley permitían la ruptura del vínculo? En la ley se sancionaba a la mujer que se casaba con otro hombre estando con vida el primer marido con la reducción a la esclavitud, tanto de ella como de su nuevo marido, que eran entregados al primero. Pero si éste fuese homosexual o hubiese intentado corromperla, bien induciéndola a cometer adulterio, bien permitiendo que lo cometiese, no sería castigada por casarse de nuevo. Por tanto, la existencia de una causa criminal contra el marido por los delitos mencionados –sodomía y prostitución de la mujer– fallada positivamente se consideraba un motivo justo para la disolución del vínculo matrimonial, pudiendo la mujer volver a casarse con otro. Pero si lo hacía con anterioridad al fallo, se hacía reo de la pena de adulterio¹³⁹.

Por otro lado, en la ley se admitía la separación de los cónyuges en caso de que la mujer cometiese adulterio, aunque tampoco se especifica si el vínculo se disolvía o no. No obstante, en opinión de Zeumer, se trataba de una causa que permitía al hombre disolver el vínculo unilateralmente y de manera legal¹⁴⁰. La ley señala que la adúltera sería entregada como esclava al marido, para que hiciera con ella lo que quisiera, cabe pensar que incluso matarla, pues no se excluye expresamente esta posibilidad. Chindasvinto se basaba en la Biblia, en concreto en San Mateo 5, 32 –«excepta fornicationis causa»–. También, como ya vimos, en el Concilio XII de Toledo se admitía dicha causa, si bien la misma parecía no romper el vínculo, sino tratarse de una separación conyugal.

La ley reconoce otras dos causas de separación con permanencia del vínculo: el supuesto de caer uno de los cónyuges en esclavitud y el ingreso de uno de ellos o de ambos en religión, pero se advierte que el vínculo permanece intacto entre ellos pues se prohíben las segundas nupcias mientras el otro siguiese vivo.

DERECHO DE LA ALTA EDAD MEDIA

1. EL MATRIMONIO EN LA ALTA EDAD MEDIA

Al desaparecer el poder político visigodo, como consecuencia de la invasión musulmana, desapareció la autoridad encargada de solucionar los conflictos de intereses, y ello llevó a la población cristiana a refugiarse en otros ámbitos de seguridad como eran la aldea y la familia¹⁴¹. La familia adquirió, por tanto, una gran importancia y cohesión: los miembros que la integraban constituían un sólido grupo, que actuaba de manera conjunta si alguno de ellos

¹³⁹ K. ZEUMER: *Historia...*, cit., p. 272.

¹⁴⁰ *Ibidem*, *Historia...*, cit, p. 274.

¹⁴¹ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 458; E. MONTANOS FERRÍN: *La familia en la Alta Edad Media española*, Pamplona, 1980, pp. 81 ss.

era atacado¹⁴². Como señala Iglesia «desaparecida en la época visigoda la patria potestad, mal podría haber resurgido durante la Alta Edad Media, donde la cohesión familiar y las ideas cristianas confirmaban la familia como un núcleo de convivencia y de mutua ayuda entre sus miembros»¹⁴³.

Siguió tratándose de un matrimonio consensual, pero el Derecho secular exigió otros requisitos, aparte del acuerdo de los contrayentes: el consentimiento familiar y la entrega de bienes por parte del marido¹⁴⁴. No obstante, los matrimonios contraídos sin estos requisitos siguieron considerándose válidos, aunque fuesen castigados con perjuicios económicos, como la desheredación, e, incluso, con la declaración de enemistad¹⁴⁵. Por tanto, se admitían dos formas de matrimonio: «el *solemne*, que se celebraba en la parroquia de uno de los contrayentes, mediando la bendición de los desposados y del tálamo y arras y solemnizándose la unión con fiestas y comidas familiares; y el llamado matrimonio *a yuras*, verdadero contrato de amistad seguido de la convivencia marital, sin otra solemnidad ni publicidad y que, no obstante, producía plenos efectos civiles»¹⁴⁶.

El consentimiento debía otorgarse bien por los padres, bien por la parentela o círculo de parientes, bien conjuntamente por padres y parentela¹⁴⁷. Para García González, «en León y Castilla –como en todas partes– la facultad de casar es ejercida en común por ambos cónyuges, como reconoce Hinojosa, y en el Poema (del Cid) sólo se da la intervención al padre»¹⁴⁸. En el *Fuero de Sepúlveda* se exige para el matrimonio de la hija doncella el consentimiento del padre y, en su defecto, de la madre, contando siempre con los parientes del que falte¹⁴⁹. En el de *Coria* el acuerdo entre unos y otros parientes no sólo era conveniente sino indispensable pues si la mujer se casaba con el consentimiento de la familia materna o de la paterna, los que la casaron se convertían en enemigos de los otros¹⁵⁰. En el mismo sentido se pronuncia el *Fuero de*

¹⁴² S. M. BELMARTINO: «Estructura de la familia y edades sociales en la aristocracia de León y Castilla, según las fuentes literarias e historiográficas (ss. X-XIII)», en *Cuadernos de Historia de España*, 47-48 (1968), pp. 260 y 261.

¹⁴³ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 465.

¹⁴⁴ R. GIBERT: «El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español (Notas para su estudio)», *AHDE*, 18 (1947), pp. 706-761; J. A. LÓPEZ NEVOT: *La aportación marital en la Historia del Derecho castellano*, Almería, 1998, pp. 41 ss.; F. R. AZNAR GIL: *La institución...*, cit., p. 25.

¹⁴⁵ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 466.

¹⁴⁶ F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., p. 146.

¹⁴⁷ E. MONTAÑOS FERRÍN: *La familia...*, cit., p. 32.

¹⁴⁸ J. GARCÍA GONZÁLEZ: «El matrimonio de las hijas del Cid», *AHDE*, 31 (1961), p. 541.

¹⁴⁹ *Fuero de Sepúlveda*, ed. E. Sáez, R. Gibert, M. Albar, A. C. Ruiz-Zorrilla y P. Marín Pérez, Los Fueros de Sepúlveda, Segovia, 1953, p. 55: «Otrossi, toda muger virgen que a casar ovriere assi case; si padre non ovriere, la madre non aya poder de casarla a menos de los parientes del padre que la avrien de heredar. Et si non ovriere madre, el padre non aya poder de casarla a menos de parientes de la madre que la avrien de heredar. Et si non ovriere padre ni madre, los parientes de la una parte a de la otra, que la ovieren de heredar, la casen».

¹⁵⁰ *Fuero de Coria*, ed. J. Maldonado y Fernández del Torco, *El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1949, p. 62: «... si los parientes

*Usagre*¹⁵¹. Así pues, a la mujer doncella se le negaba toda posible intervención en su futuro matrimonio. Sin embargo, la situación de la viuda era distinta: en los fueros de *Coria*, *Usagre*, *Castello Melhor*, *Castell-Rodrigo* y *Alfayates* se admitía su participación en la elección del marido, pero contando con sus parientes¹⁵².

Entre la familias pertenecientes a las clases privilegiadas, el consentimiento podía otorgarse por el monarca, el cual hacía de esta facultad un instrumento político concertando alianzas matrimoniales que le favoreciesen. Alfonso VI eligió por dos veces maridos para doña Elvira y doña Sol, si bien hizo depender dichos enlaces de la voluntad del padre, don Rodrigo. No obstante, como señala Carlé, «más allá de la consulta cortés se imponía el deseo del rey»¹⁵³. También los magnates podían acordar matrimonios para recompensar, asegurar fidelidades o establecer alianzas. El condestable Miguel Lucas de Iranzo quiso honrar al alcaide de Andújar, Pedro de Escavias, por los servicios prestados, casando a una hija de éste con su primo, Fernando Lucas¹⁵⁴.

2. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES CON PERMANENCIA DEL VÍNCULO

Para la doctrina cristiana un elemento clave que sella la indisolubilidad del matrimonio es la unión carnal. Así lo señalaba, en el siglo XI, Hincmaro, obispo de Reims, que diferenciaba entre matrimonio consumado y no consumado. Sólo del primero, en el que se había realizado la *unitas carnis*, nacía la sacramentalidad y la indisolubilidad, identificándose totalmente con la unión de Cristo con su Iglesia. El matrimonio no consumado tendía hacia la indisolubilidad, pero podía ser disuelto por determinadas causas, como el voto de castidad, el cautiverio o el segundo matrimonio consumado¹⁵⁵.

de una parte la casaren, los que la casaren salgan por enemigos, e pechen el coto a los otros parientes, como si la matasen».

¹⁵¹ *Fuero de Usagre*, ed. R. Ureña y Smenjaud, y A. Bonilla San Martín, Fuero de Usagre (s. XIII). Anotado con las variantes del de Cáceres, Madrid, 1907, 68.

¹⁵² *Fuero de Coria*, 61: «Biuda tome marido qual se quisier con sus parientes»; *Fuero de Usagre*, 67: «... Vidua accipiat virum qualem voluerit cum suis parentes»; *Fuero de Castello Melhor*, (en *Costumes e foros de Castel-Rodrigo, Portugalia Monumenta Historica. Leges y Consuetudines*, Lisboa, 1856), 133: «... Viuda tome marido qual se quesier con sus parientes»; *Fuero de Castell-Rodrigo*, (en *Costumes e foros de Castel-Rodrigo, Portugalia Monumenta Historica. Leges y Consuetudines*, Lisboa, 1856), 41: «... Vibda tome marido qual se quesser con seus parentes»; *Fuero de Alfaiates*, (en *Costumes e foros de Castel-Rodrigo, Portugalia Monumenta Historica. Leges y Consuetudines*, Lisboa, 1856), 45: «Vidua accipiat maritum qualem voluerit cum suis parentibus, et si ita non fecerint, X morabetinos que acceperit eam parentibus illius». Vid. E. MONTANOS FERRÍN: *La familia* cit., 45 y 46.

¹⁵³ M.^a C. CARLÉ: «Apuntes sobre el matrimonio en la Edad Media española», en *Cuadernos de Historia de España*, 63-64 (1980), p. 132.

¹⁵⁴ *Hechos del Condestable Lucas de Iranzo*, 406, cit. por M.^a C. CARLÉ: «Apuntes...». cit., p. 134, n. 56.

¹⁵⁵ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 28; E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales», en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, 3, Romae (1936), p. 340; F. R. AZNAR GIL: *La institución...*, cit., p. 14.

Graciano consolidó esta doctrina en el siglo XII, ratificando la indisolubilidad del matrimonio consumado, con las salvedades del caso que contempla el Privilegio paulino y de la muerte de uno de los cónyuges. El matrimonio rato y no consumado podía disolverse por un acto de gracia del Sumo Pontífice, a petición de ambos consortes o unilateralmente; por el voto de castidad solemnemente emitido por uno de ellos; cuando uno de los dos hubiese cometido un delito de adulterio o de magia; cuando estuviera en prisión o afectado de una enfermedad grave o contagiosa. Así pues, para Graciano y los canonistas de la Escuela de Bolonia, existían dos momentos en la formación del matrimonio: la iniciación (*matrimonium iniciatum*), cuando ambas partes intercambiaban su consentimiento; y la consumación del matrimonio (*matrimonium perfectum*), cuando tuvo lugar la cópula conyugal, que transformaba la unión en sacramento y lo hacía indisoluble¹⁵⁶.

Frente a la solución de la escuela boloñesa, la francesa, afirmada por los teólogos de la escuela de París, cuya obra principal la constituyen las *Sentencias* de Pedro Lombardo, ponía el acento en el consentimiento, distinguiendo entre esponsales por *verba de praesenti* y por *verba de futuro*. Los primeros, en cuanto dirigidos a contraer matrimonio inmediato, originaban esa consecuencia, tras la declaración del mutuo consentimiento; los segundos, quedaban como una simple promesa, que la cópula carnal convertía en matrimonio. Los esponsales por *verba de praesenti*, sin cópula, eran considerados verdadero matrimonio, con carácter sacramental e indisoluble¹⁵⁷. No obstante, Pedro Lombardo consideraba que el vínculo o sacramento podía desaparecer en el matrimonio consumado si se probase que no había sido *legitimum*, pero, en este caso, más que romperse el matrimonio se admitía que éste nunca había existido, es decir, sería un caso de matrimonio nulo. También aceptaba como salvedad el ya indicado supuesto del *Privilegio paulino*. Por otra parte, para Lombardo, podía aceptarse, en determinados supuestos, la separación de los cuerpos, que denominaba *divortium*, permaneciendo el vínculo matrimonial. Esta separación podía tener lugar de mutuo acuerdo por voto de castidad, ingreso en religión de los cónyuges o de uno sólo, o por una causa justificada, que conllevara la culpabilidad de uno de los cónyuges: adulterio, herejía o apostasía y malos tratos. Todos estos supuestos tenían como efectos el cese del débito conyugal, la convivencia y las obligaciones que se derivaban de ella. No obstante, el cónyuge inocente no estaba legitimado para iniciar los trámites de la separación, sino que intervenía judicialmente el obispo o el sínodo, que debían aprobarlo. Como ya hemos indicado, en estos supuestos el vínculo persistía, no pudiendo contraer nuevas nupcias, mientras viviesen los cónyuges¹⁵⁸.

¹⁵⁶ J. GARCÍA GONZÁLEZ: «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho español», *AHDE*, 23 (1953), p. 626; F. R. AZNAR GIL: *La institución...*, cit., pp. 14 y 15.

¹⁵⁷ E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., pp. 340 y 341.

¹⁵⁸ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 28.

Finalmente, la postura que acabó imponiéndose en la teoría y en la práctica de la Iglesia fue la de la escuela media, iniciada por Rolando, después Alejandro III (1110-1181). Para la misma, el matrimonio rato era verdadero matrimonio, aunque no absolutamente indisoluble¹⁵⁹.

Las tres escuelas sostenían la indisolubilidad absoluta del matrimonio rato y consumado; indisolubilidad tanto intrínseca –no podía romperse por disenso de las partes ni por ninguna causa, salvo la muerte– como extrínseca –no podía disolverse ni siquiera por la autoridad del Sumo Pontífice–. Las dificultades se planteaban, como hemos visto, en el matrimonio rato no consumado. Según la escuela de Bolonia, no poseía ni la indisolubilidad intrínseca ni la extrínseca; para la escuela de París, tenía ambas; por último, para la escuela media, gozaba de indisolubilidad intrínseca pero no extrínseca, pues, si concurrían causas graves, podía ser disuelto por el Papa¹⁶⁰. En concreto, esas causas graves eran las siguientes: impotencia sexual de uno o de ambos cónyuges, la denominada *affinitas superveniens* contraída por uno de los cónyuges, la entrada en religión de uno de los miembros de la pareja y la larga ausencia de uno de los cónyuges que hacía suponer su fallecimiento.

A través de los *Libros penitenciales* –colecciones de Derecho canónico que recogían los pecados más frecuentes o graves y sus correspondientes sanciones espirituales–, nos llegan algunas referencias a las prácticas del divorcio. Aunque, como hemos indicado, la Iglesia mantenía la indisolubilidad del matrimonio rato y consumado, con la únicas excepciones de muerte de uno de los cónyuges o el supuesto contemplado en el Privilegio paulino, la realidad social debió ser otra y ello llegó incluso a afectar al Derecho canónico. En concreto, el *Penitencial de Silos*, de finales del siglo X, admitía que el marido pudiera divorciarse de su mujer si ésta cometía adulterio, y tomar otra; sin embargo, siguiendo la tradición romana-visigoda, la mujer no podía abandonar al marido adúltero. Ya en el Concilio de Elvira, de principios del siglo IV, se señalaba que la mujer cristiana que abandonara a su marido adúltero, también cristiano, no debía tomar otro marido en vida de aquél; si lo tomaba se le prohibía la comunión a no ser por enfermedad, o después de muerto el primer marido»¹⁶¹.

Sólo se admitía en el texto *Silense* que la mujer se separese si era para ingresar en un monasterio o si el marido era homosexual¹⁶². No obstante, el ingreso en religión no disolvía el vínculo, sólo prohibía hacer uso del matrimonio. Se enlazaba nuevamente con la tradición visigoda, pues en el III Concilio de Toledo, del año 589, si el marido entraba en religión, se prohibía a los cónyuges que viviesen en el mismo techo y mantuviesen relaciones sexuales, pero

¹⁵⁹ F. R. AZNAR GIL: *La institución...*, cit., p. 16; E. MONTERO Y GUTIÉRREZ: *El matrimonio...*, cit., p. 392.

¹⁶⁰ E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...» cit., p. 341.

¹⁶¹ *Concilio de Elvira*, 9 (en *Concilios visigóticos* cit., 3): «Item femina fidelis, quae adulterum maritum reliquerit fidelem et alterum ducit, prohibeatur ne ducat. Si duxerit, non prius accipiat communionem, nisi quem reliquit de saeculo exierit; nisi forsitan necessitas infirmitatis dare compulerit».

¹⁶² E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...» cit., p. 29.

reconociéndose que entre ellos persistía el vínculo conyugal y que, por ese motivo, debían siempre ayudarse mutuamente¹⁶³.

Por otra parte, tanto el *Penitencial de Silos* como el posterior *Albeldense*, reconocen una nueva causa de divorcio en favor de la mujer: si el marido se convirtiese en esclavo como pena por cometer hurto o fornicación. La servidumbre del marido fue expresamente prohibida por el Derecho visigodo como causa de disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, esta práctica debió mantenerse, a pesar de la legislación de Recesvinto, llegando a estar tan arraigada en la época medieval que incluso los *Libros Penitenciales* llegaron a admitirla, permitiendo a la mujer del siervo poder contraer nuevas nupcias¹⁶⁴.

Sólo a fines del siglo XII y principios del siglo XIII empieza a recibirse en España la doctrina canónica de Graciano y de Pedro Lombardo. Desde el año 711 la característica esencial del derecho, incluido el canónico, era su rudimentarismo: la sociedad, debido a la ausencia de una autoridad fuerte, se autorregulaba, acudiendo a soluciones primitivas.

El *Liber Iudiciorum*, en su versión romanceada –*Fuero Juzgo*–, se seguía utilizando, pero el hecho de que nadie velase por su exacta observancia, hacía que el uso popular lo deformase, surgiendo diferentes versiones del mismo. A pesar de ello, la tradición visigoda persistía, de modo que se respetaban las mismas causas de disolución del matrimonio que se recogen en el *Liber*, tal vez ampliadas, ya que la monarquía visigoda intentaba, a través del *Liber*, controlar una práctica abusiva, a la que en esta época ya nadie se opondría¹⁶⁵.

¹⁶³ Vid. A. IGLESIA FERREIRÓS: «Uniones matrimoniales...» cit., p. 104; *Concilio de Toledo III, 5* (en *Concilios visigóticos...*, cit., p. 126): «... ut no liceat eis vivere libidinosa societate, sed manente inter eos fide coniugali comunem utilitatem habeant, et non sub uno conclavi maneant, vel certe si suffragat virtus in aliam domum suam uxorem faciat habitare, ut castitas et apud Deum et homines habeat testimonium bonum...».

¹⁶⁴ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 29.

¹⁶⁵ *Fuero Juzgo* 3, 6, 1: «La mugier que fuere dexada del marido, ninguno non se case con ella, si non sopiere que la lexó certamiente por escripto ó por testimonio, é si lo fiziere, el senyor de la cibdad, ó el vicario, ó el iuez, depues que lo sopiere, si fueren personas que non puedan constrennir que se departan, fágalo saber al rey; é si fueren personas de menor guisa, fágalos partir luego; assí que la mulier que se casó contra su voluntad del primero marido en adulterio, é aquel que la tomó por mugier, seyan metidos en poder del primero marido, é faga dellos lo que quisiere, todavía en tal manera si non eran partidos por iudizio, ó si el marido primero non se casó con otra. E si el marido la lexa la mulier con tuerto, deve la mulier aver las arras quel diera, y él non deve aver nada de las cosas de la mugier; é si alguna cosa le avie tomado ó aienado, todo lo entregue á la mulier. E si la mulier, seyendo en poder del marido, por enganno ó por arte le diere la quarta parte dun dinero al marido que la lexó, non le vala aunquel ge lo dé por escripto; mas quanto diera la mulier por aquel escripto, todo deve tornar a ella»; 3, 6, 2: «Si pecado es yazer con la mulier aiena, mayormiente es pecado en lezar la suya con la que se casó por su grado. E porque son algunos que por cobdicia ó por luxuria lezan las sus mulieres, é van casar con las aienas, fazemos esta constitucion, que ninguno omne non lexe su mugier si non por adulterio, nin se parte della por escriptura, ni por testimonias, nin por otra manera; mas si el marido pudiere provar el adulterio á la mulier, el iuez la deve meter en su poder, que faga della lo que quisiere; é si quisier tomar orden, el sacerdote sepa la voluntad dámos; é si amos quisieren, ninguno dellos non se pueda casar de aquí adelante con otri, é si alguno se partiere de otra manera de su mulier, y ende fiziere escripto, non vala este escripto, é la mulier aya las arras quel diera el marido, é toda su buena quita. E si demas ovriere de las arras, ayan los sus fiios legitimos; é si non ovriere fiios

Desde el punto de vista de los fueros municipales, la disolución del matrimonio aparece regulada de una forma confusa, no indicándose claramente si las causas que permiten la separación de los cónyuges suponen también la ruptura del vínculo matrimonial. En el *Fuero de Béjar* el hombre o la mujer que, estando casados, contraen matrimonio con otra persona, en vida de su primer cónyuge, eran castigados con la muerte, en concreto, el despeñamiento para el varón y la hoguera, para la mujer¹⁶⁶. En este mismo fuero se admitía una causa de separación conyugal, pero no se aclaraba si el vínculo perduraría o no. Se trata de la sospecha del marido de que su mujer lo engaña: en este supuesto, en caso de no existir pruebas en contra de la mujer, pero tampoco conseguir ésta que doce mujeres vecinas afirmen su inocencia, el marido podía abandonarla sin tener que pagar calaña¹⁶⁷. Cabe, por tanto, interpretar que el abandono conyugal por parte del marido, sin motivo que lo justificase, se castigase con pena pecuniaria. También, en el mismo fuero, se regula el caso del adulterio de la mujer sorprendida *in fraganti*: el marido podía matar a los dos adúlteros, pero no acabar con él y dejarla viva a ella¹⁶⁸. Gacto Fernández dis-

daquella mulier, ó de otro casamiento, la mugier aya la buena de su marido. E si la mulier muriese ante que la demandase, los fijos la pueden demandar. E si la mugier y el marido non an fijos deste casamiento, los fijos que oviere la mugier de otro casamiento deven aver la buena si pudiere mostrar el fecho. E si nenguno delos non oviere fijos deste casamiento nin de otro, los propincos della lo deven aver, segun cuemo es de susodicho, si acusaren al marido deste mal fecho. Y el marido que fizier fazer á la mugier escripto de tal partimiento, ó que la dexar sin escripto é se casare con otra, deve recibir CC. Azotes, é seer sennalado laydamientre, y echado de la tierra por siempre; é si el príncipe lo quisiere dar á alguno, délo á quien se quisiere; é la mulier que se casare con él, sabiédolo que a otra muier, aquesta deve seer metida en poder de la primera muier, que faga della lo que quisiere, fueras muerte. E si los fijos provaren este pecado al padre despues de la muerte de la madre, ó los mas propinquos parientes si fijos non han, esta muier pecador sea metuda en poder dellos, que fagan della lo que quisieren, si non muerte. E porque las muieres suelen dexar los maridos mas á menudo con amor de los reyes ó de los grandes omnes, por ende mandamos que si alguna muier por ayuda del príncipe, ó del algun omne, ó por algun enganno se quissiere partir de su marido, é casar con otri, sea tornada en poder del primero marido, é aya aquella pena la qual dixiemos de suso del marido, é otrosí de sus cosas, cuemo es de suso dicho. Todavía si el marido es tal que yaze con los barónes, ó si quisier que faga su muier adulterio con otri, non querendo ella, ó si lo permió; porque los cristianos non deven sufrir tal pecado, mandamos que la muier pueda casar con otro si se quisiere. Mas si por aventura el marido seyendo con la muier fuere dado por siervo á alguno, si la muier se quisiere partir dél, deve la muier guardar castidad, é non se casar con nenguno fasta que aquel marido sea muerto». *Vid.* E. GACTO FERNÁNDEZ, «El divorcio...», cit., pp. 26 y 27.

¹⁶⁶ *Fuero de Béjar*, ed. de A. Martín Lázaro, *Fuero castellano de Béjar*, Madrid, 1926, p. 332: «Qvi ouier muger uelada en otra tierra e, aquela seiendo biua, se uelar con otra, sea despennado»; 333: «Et otrosi, si muger ouier su marido otro iubre, e tomar otro, quemarla, el marido biuo seiendo».

¹⁶⁷ *Fuero de Béjar*, 353: «Si él ouier sospecha assu muger, que iaze con otro, e non pudier prouar uerdad de la cosa, cumplale la muger con XII vezinas mugeres e sea creída. Si non cumplier, puede la lexar sin callonna».

¹⁶⁸ *Fuero de Béjar*, 322: «Qvi fallar su mugier con otro, si la matare, no peche nada ni exca enemigo, si matar otrosi a elle o escapare ferido o lagado. Si en otra guisa la matare, peche las callonnas e exca por enemigo. Otrosi si la lagare, o matare al adultero, la muger no peche las callonnas».

tingue las siguientes sanciones que, en relación al adulterio, recogían los fueros municipales: la pena económica, acompañada, en ocasiones, con penas infamantes (pérdida de los vestidos, recorrer desnuda —la adúltera— las calles); la pena capital, que alcanzaba, incluso, a los que le prestaron ayuda; dejar al arbitrio del marido la pena que debía aplicársele a la mujer infiel; finalmente, un menor número de fueros contemplaban el adulterio del varón, castigándolo sólo con pena pecuniaria¹⁶⁹, pues en la época se consideraba que el adulterio del marido era menos grave, de acuerdo al principio de que el mismo no producía deshonor para la mujer. Sin embargo, nada se dice en los fueros municipales de la permanecía o no de la relación conyugal, tras la comisión del delito de adulterio. Pero, en caso de no romperse el vínculo, sí daría lugar a la separación conyugal, salvo si el marido decidía perdonarla. Según Córdoba de la Llave, estos perdones no eran infrecuentes y, en estos casos, el matrimonio continuaba conviviendo¹⁷⁰.

Entre los monarcas, la imposibilidad de tener descendencia tenía incidencia sobre la permanencia del vínculo pues, como señala Carlé, «la falta de herederos no afectaba al hombre sino al rey, y a través de él, al reino todo». Esta causa legitimaba la disolución del matrimonio y la celebración de uno nuevo que permitiese al monarca dejar un sucesor al trono. Las causas del rompimiento del vínculo en las familias regias podían también ser de carácter político, como lo habían sido las del casamiento, pero no eran éstas las que se aducían. Solía acudir a los impedimentos de parentesco: por ejemplo, la condición de primos de los contrayentes, que no había impedido el matrimonio entre ellos, servía, más tarde, para deshacerlo. Así sucedió en el matrimonio del Batallador y Urraca¹⁷¹.

Por otra parte, en numerosos fueros de León y Castilla, como sucedía en el Derecho visigodo, se prohibía a la viuda contraer nuevo matrimonio antes de que transcurriese un año desde la muerte de su marido¹⁷². No obstante, el incumplimiento del mandato no anulaba el matrimonio contraído, sino que, como en etapas anteriores, suponía la imposición de una sanción, generalmente de carácter pecuniario¹⁷³.

¹⁶⁹ E. GACTO FERNÁNDEZ: «La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español», *AHDE*, 41 (1971), pp. 909-917.

¹⁷⁰ R. CÓRDOBA DE LA LLAVE: «Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajomedieval», en *Anuario de Estudios Medievales*, 16 (1986), p. 586.

¹⁷¹ M.^a C. CARLÉ: «Apuntes...», cit., p. 154.

¹⁷² Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: *La condición jurídica*, pp. 24-32.

¹⁷³ *Fuero de Salamanca*, ed. de A. de Castro y F. de Onís, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid, 1916, p. 213: «De vilda que casar ante de ano. La vilda que ante dano tomar marido, peche .II. moravedis, e metan los en lavor del muro; e pierda la manda que le feziersu marido»; *Fuero de Ledesma*, ed. de A. de Castro y F. de Onís, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid, 1916, 212: «Toda mugier que viuda fur e senor non ovier en villa, de .II. moravis en huesas apalacio; e se anno conprir, sea suelta»; *Fuero de Zamora*, 34: «Que la viuda non case fasta un anno. Viobda non tome marido nin se pleytee nin se espose ata que non cunpla so anno, mays faga por so marido el meyor bien que podier. Esese esposar ose pleytear omarido tomar, peche .C. mr., Ese non ovier onde peche elos .C. mr., peche ela meatade de quanto oviere a los parientes propincuos que ovier

La realidad social muchas veces no se ajustaba a lo dispuesto en el Derecho canónico y en el secular. De hecho, cuando el marido cometía adulterio, la mujer solía separarse de él. Por otra parte, el anónimo autor del *Poema del Mío Cid* narra que las hijas del héroe contraían, en vida de los infantes de Carrión, nuevas nupcias. El autor castellano del siglo XII relataba este hecho con gran naturalidad, sin darle mayor importancia, reflejando que esta práctica era algo aceptado por la sociedad de la época¹⁷⁴. Cuando son repudiadas, doña Elvira y doña Sol por sus maridos, tras haberlas maltratado y deshonrado, el Cid consideró el matrimonio disuelto, declarando que las casaría nuevamente. Tal acto no habría estado legitimado ni desde el punto de vista canónico ni desde el secular. Sin embargo, en el Poema no aparece descrito como algo ilícito, sino como algo natural y corriente. Podría pensarse que el Poema desvirtúa la realidad institucional, pero, según Hinojosa, esta actuación del Cid «está en armonía con las tradiciones y prácticas de la época», pues «reinaban a la sazón ideas y costumbres muy laxas en punto a las relaciones matrimoniales»¹⁷⁵. Desgraciadamente esas prácticas relativas a la vida matrimonial de este momento histórico se conocen muy escasamente y sólo en relación a personajes de cierto relieve histórico. Por ejemplo, la hija de Fernán González tuvo tres maridos sin haber enviudado nunca¹⁷⁶.

DERECHO DE LA BAJA EDAD MEDIA

1. EL MATRIMONIO EN LA BAJA EDAD MEDIA

En la Baja Edad Media, el origen de la familia sigue siendo el matrimonio y aparece nuevamente la idea de *patria potestas*, recibida del Derecho justinianeo. Como señala Iglesia, «la Recepción tuvo que hacer frente a una tarea importante: encuadrar la tradición altomedieval dentro del derecho de la

el morto, fora ende sos fiyos»; *Fuero de Usagre*, 83: «Mugier qui ante de anno tomar marido, pectet IIIor. moravetis .a los alcaldes de germanitate. Et si con mandado de alcaldes casare, como se con ellos aviniere, et si mulier pregnata acceperit virum, sit desheredada, et tomen la meaad de so aver, tam de mobile quam radice, los parientes del morto; et aliam medietatem accipiat concilium per al castiello; et qui acceperit eam pregnantem, si infans mortuus fuerit, pectet la calonna parentibus murtui, et exeat inimicus», etc.

¹⁷⁴ En el capítulo 152 del Poema, en el título, se habla del «nuevo matrimonio» de las hijas del Cid, y en voz del héroe se afirma: «Sin vergüença las casaré o a qui pese o a qui non». Andieron en pleytos los de Navarra e Aragón, ovieron su ajunta con Alfonso el de León. Fizieron sus casamientos con don Elvira e con doña Sol; Los primeros fueron grandes, mas aquestos son mijores; a mayor ondra las casa que lo que primero fue. Ved qual ondra creçe al que en buen ora nació, quando señoras son sus fijas de Navarra e de Aragón...» (*Poema de Mio Cid*, edición, introducción y notas de José Jesús de Bustos Tovar, Madrid, 1983, p. 206).

¹⁷⁵ E. HINOJOSA: «El Derecho en el Poema del Cid», en *Homenaje a Menéndez Pelayo en el año vigésimo de su profesorado*, Madrid, 1899, p. 214.

¹⁷⁶ J. GARCÍA GONZÁLEZ: «El matrimonio...», cit., pp. 566 y 567.

Recepción. Para valorar exactamente la estructura familiar aportada por la Recepción debe tenerse presente que el derecho justinianeo pretendía restaurar, sin conseguirlo, el derecho romano clásico»¹⁷⁷. No obstante, esa *patria potestas* difiere de la romana clásica, pues ya no se trata de una unión política que vincula los miembros de la familia al *paterfamilias*, sino de un lazo de sujeción y de sangre. Se trataba, ante todo, de un deber de cura, que correspondía al padre, pues se tiende a excluir a la madre. No obstante, una vez muerto el padre ésta podía ejercer la tutela de los hijos¹⁷⁸.

A partir del siglo XIII penetró en la Península la doctrina canónica relativa al matrimonio. La obra legislativa de Alfonso X el Sabio representa la perfecta combinación entre el ordenamiento laico y el canónico, al acoger el *Fuero Real* y las *Partidas* las teorías de la Iglesia. En concreto, en la Partida IV, que contiene la regulación del matrimonio, se sigue fielmente el libro cuarto de las Decretales de Gregorio IX, y la *Summa de matrimonio* de Raimundo de Peñafort¹⁷⁹. Según las *Partidas*, «consentimiento solo, con voluntad de casar, faze matrimonio, entre el varon, e la muger... Porque maguer sean dichas las palabras segund deven, para el casamiento, si la voluntad de aquellos que las dizen non consienten con las palabras, non vale el matrimonio»¹⁸⁰. Acogiendo la tesis de Alejandro III, en las *Partidas* se mantiene que el matrimonio rato es verdadero matrimonio «porque el consentimiento tan solamente que se faze por palabras de presente abunda para valer el casamiento»¹⁸¹. Alfonso XI insistía en la necesidad de que existiese el consentimiento de la mujer para su matrimonio, declarando nulas las cartas reales expedidas para que una mujer –doncella o viuda– contrayese matrimonio contra su voluntad¹⁸². Enrique II en 1373, y Juan I en 1385, prohibieron que los grandes y señores de vasallos apremiasen a ninguna mujer o a sus padres para que se casara contra su deseo¹⁸³. Se produjo así, en la Baja Edad Media, una verdadera consagración

¹⁷⁷ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 491.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 492.

¹⁷⁹ E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., pp. 340 y 341; E. MARTÍNEZ MARCOS: *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio*, Salamanca, 1966, pp. 31 ss.

¹⁸⁰ P., ed. Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, I, Madrid, 1847. 4, 2, 5.

¹⁸¹ P. 4, 1, 4: «Diferencia, nin departimiento, ninguno non ha, para ser el matrimonio valadero, entre aquel que se faze por palabras de presente, e el otro que es acabado, ayuntandose carnalmente el marido con la muger. E esto es porque el consentimiento tan solamente que se faze por palabras de presente abunda para valer el casamiento...».

¹⁸² En N. R. 5, 1, 10 = Nov. R. 10, 2, 2: «Si acaescier, que por importunidad Nòs mandaremos dar alguna carta, ò mandamiento, para que alguna donzella, ò viuda, ò otra qualquier, aya de casar con alguno contra su voluntad, y sin su consentimiento, Mandamos que la tal carta no vala, y el que por ella fuere emplaçado, que no sea tenuto de parecer ante Nos: y por no parecer no incurra en pena alguna».

¹⁸³ N. R. 5, 1, 11 = Nov. R. 10, 2, 3: «Mandamos, que ninguno de los Grandes de nuestros Reynos, ni personas que tengan vassallos apremien à ninguna dueña, ni donzella à que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni assi mismo apremien à los padres, y madres de las tales mugeres para que se hagan los tales casamientos, so pena de la nuestra merced: Y mandamos que sobre ello se den nuestras cartas à quien quiera que las pidiere para el cumplimiento dello».

del principio consensual: era necesario y suficiente el consentimiento para que el matrimonio se considerase válido¹⁸⁴.

No obstante, también en la Baja Edad Media se siguió exigiendo el consentimiento paterno o familiar para que, sobre todo la mujer, pudiera contraer matrimonio. El *Fuero Real*, siguiendo la tradición visigoda, estableció tal requisito¹⁸⁵, castigando la infracción con la desheredación¹⁸⁶. Las *Partidas*, realizaron una síntesis entre la legislación eclesiástica y la secular: al no encontrar formulada la exigencia del consentimiento familiar o paterno en la legislación eclesiástica para la validez del matrimonio, equipararon la falta de este consentimiento a los matrimonios ocultos o clandestinos, penalizando severamente esta celebración matrimonial, pues los matrimonios clandestinos sí estaban sancionados por la Iglesia¹⁸⁷.

2. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES CON PERMANENCIA DEL VÍNCULO

El matrimonio era considerado un sacramento y una unión monogámica e indisoluble¹⁸⁸. En el *Fuero Real* se señala que «Ningun ome pues que fuer otorgado derechamente por marido con alguna muger, non sea osado de casar con otra mientre aquella viviere... Et esto mismo mandamos de la muger que fuer otorgada con alguno»¹⁸⁹. Por su parte, las *Partidas* afirman que: «E el otro bien del Sacramento es, que nunca se deven partir en su vida; e pues Dios los ayunto, non es derecho que ome los departa...»¹⁹⁰.

¹⁸⁴ E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., pp. 341 y 342; C. RODRÍGUEZ-ARANGO DÍAZ: «El matrimonio clandestino en la novela cervantina», *AHDE*, 25 (1955), p. 737.

¹⁸⁵ J. A. CABALLERO GEA: *La ley del divorcio, 1981. Antecedentes histórico-jurídicos próximos, debate parlamentario: interpretación auténtica, y comentarios de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, Pamplona, 1982, p. 38.

¹⁸⁶ *F. R.*, ed. Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, I, Madrid, 1847, 3, 1, 5: «Si la manceba de cabellos casare sin consentimiento de su padre e de su madre, non parta con sus hermanos en la buena del padre nin de la madre, fueras ende si el padre o la madre la perdonaren. Et si el uno la perdonare e el otro non seyendo amos bivovos, aya su parte en la buena daquel que la perdono. Et si el uno fuer bivo e el otro non al tiempo que casare, e aquel que es bivo la perdonare, parta en los bienes de amos», 3, 1, 6: «Si el padre o la madre, o hermanos o otros parientes tovieren en su poder manceba en cabellos, e non la casaren fasta XXV annos e ella despues casare sin su mandado, non aya pena por ende, casando ella con ome quel conviniere»; 3, 1, 14: «Ninguno non sea osado de casar con manceba en cabellos sin placer de su padre o de su madre si los ovriere, si non, de los hermanos o de los parientes que la tovieren en poder; e aquel que lo ficiere peche C maravedis, la meytad al rey e la meytad al padre o a la madre si los ovriere, si non, a quien la tiene en su poder, e sea enemigo de sus parientes».

¹⁸⁷ *P. 4*, 3, 1: «Ascondidos son llamados los casamientos en tres maneras. La .ij. es, quando los fazen ante algunos, mas non demandan la nouia a su padre, o a su madre, o a los otros parientes que la han en guarda nin le dan sus arras ante ellos, nin les fazen las otras onrras que manda santa elesia...». *Vid. F. R. AZNAR GIL: La institución...*, cit., p. 56.

¹⁸⁸ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 31.

¹⁸⁹ *F. R.*, 3, 1, 8.

¹⁹⁰ *P. 4*, 2, 3.

Tanto el *Fuero Real* como las *Partidas* recogen la distinción de Graciano entre matrimonio consumado y no consumado, otorgándole diferente solidez al vínculo en uno y otro caso. El *Fuero Real* admite la disolución del matrimonio antes de ser consumado, cuando uno de los cónyuges ingresa en religión, permitiendo que el otro cónyuge pueda contraer nuevo matrimonio¹⁹¹. Por su parte, en las *Partidas*, se afirma que el «ayuntamiento carnal» hace el vínculo matrimonial indisoluble, de forma que no puede deshacerse por ninguna causa, a excepción de la muerte, es decir, ni por voluntad de los cónyuges ni por la autoridad Pontificia¹⁹². La indisolubilidad del matrimonio rato y consumado vuelve a aparecer en *Partidas* 4, 10, 5, cuando se advierte que si los cónyuges se «ayuntasen carnalmente», el adulterio de uno de ellos podría separar sus cuerpos pero no rompería el vínculo matrimonial¹⁹³. El adulterio, por tanto, no rompía el vínculo matrimonial pero sí permitía al cónyuge inocente pedir la separación en virtud de sentencia decretada por un tribunal eclesiástico¹⁹⁴. No obstante, en el *Fuero Real*¹⁹⁵ y en las *Partidas* se reconoce que el marido podía perdonar a la mujer adúltera y seguir conviviendo con ella, decisión ésta que debía ser respetada por los demás¹⁹⁶.

¹⁹¹ *F. R.* 3, 1, 9: «Si algunos se otorgaren por marido e por muger, e ante que ayan de veer uno con otro, amos o el uno dellos quisieren tomar orden, puedanlo facer, e si el uno fincare al sieglo, pueda casar sin pena».

¹⁹² *P.* 4, 2, 7: «... seyendo allegados en uno carnalmente el marido e la muger, non a poder ninguno dellos en su cuerpo, nin para entrar en órden, nin para fazer ninguún otro voto, nin para guardar castidad sin voluntad del otro». *Vid.* E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., p. 369.

¹⁹³ *P.* 4, 10, 5: «E rescibe el matrimonio firmedumbre, e acabamiento, quando el marido e la muger, se ayuntan carnalmente, de manera que siempre finca firme el casamiento, maguer acaesciese que los oviessen a departir, por razón de adulterio...».

¹⁹⁴ *P.* 7, 17, 3: «Cuydarian algunos, que despues que el casamiento fuesse partido por juycio de Santa Iglesia, que non podria el marido acusar a la muger del adulterio que ouiesse fecho quando biuiesse con ella. E porende dezimos, que non es assi. Ca bien la puede acusar, para le fazer dar pena de adulterio, desde el dia que el fue partido della por juyzio, fasta sesenta dias...». *Vid.* M.^a J. COLLANTES DE TERÁN: «El delito de adulterio en el Derecho general de Castilla», *AHDE*, 66 (1996), p. 206.

¹⁹⁵ *F. R.* 4, 7, 3: «Quando alguna muger casada, ò desposada ficiere adulterio con otro, todo home la pueda acusar: è si el marido no la quisiere acusar, ni quiere que otro la acuse, ninguno no se rescebido por acusador en tal fecho como éste: ca pues que él quiere perdonar à su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse, ni gelo demande por malquerencia, ni de otra guisa»; 4, 7, 5: «... et defendemos que el marido despues que sopiere que su muger fizo adulterio non la tenga a su mesa nin en su lecho, et el que lo ficiere non la pueda despues acusar».

¹⁹⁶ *P.* 7, 17, 2: «Muger casada faziendo adulterio mientras que el marido la touiesse por su muger, e que el casamiento no fuesse partido, non la puede ninguno acusar, si non su marido, o su padre della, o su hermano, o su tio, hermano de su padre, o de su madre; porque non deue ser denostado el casamiento de tal muger por acusacion de ome estranno, pues que el marido, e los otros parientes sobredichos della, quieren sufrir, e callar su deshonorra...»; 7, 17, 8: «... Otrosi dezimos, que si despues que la muger ha fecho el adulterio, la recibe el marido en su lecho a sabiendas, o la tiene en su casa como a su muger, que del yerro que ouiesse fecho en ante que la acogiesse, non la podria despues acusar, e maguer la acusasse, non seria tenuta de responder a la acusacion, poniendo ante si tal defension como esta. Ca, pues que asii la acojio en su casa, entiendese que la perdone, e non le peso del yerro que fizo».

No obstante, en el matrimonio consumado contraído entre infieles, se permitía el divorcio vincular en un supuesto: se trataba del ya mencionado *Privilegio paulino*¹⁹⁷:

Por el contrario, al matrimonio no consumado, siguiendo la tesis de la escuela media, se le reconocía indisolubilidad intrínseca, no pudiendo disolverse por voluntad de los cónyuges, pero se le negaba la extrínseca, pues el Papa podía disolverlo por causas graves. En concreto, la única causa reconocida era la profesión religiosa solemne de uno de los cónyuges¹⁹⁸. En *Partidas* 4, 2, 1, en este supuesto, se permitía al otro miembro de la pareja contraer nuevas nupcias¹⁹⁹.

También se aceptaba en las *Partidas* la doctrina de Pedro Lombardo acerca de la separación de los cuerpos con la persistencia del vínculo, que era denominada *divortium*²⁰⁰. En cuanto a las causas legítimas que justificaban la separación de los cónyuges, las *Partidas* mencionan dos: la entrada en religión y el adulterio. Si, una vez consumado el matrimonio, uno de ellos cometía adulterio o entraba en orden con el consentimiento del otro, los cuerpos se separaban, no viviendo en lo sucesivo juntos, pero el matrimonio persistía, y por este motivo no podían contraer nuevas nupcias mientras viviese el otro miembro de la pareja. En concreto, en *Partidas* 4, 2, 3 se señala que «...Pero con todo esto, bien se podrian departir, si alguno dellos fiziesse pecado de adulterio: o entrasse en orden, con otorgamiento del otro, despues que se oviessen ayuntado carnalmente. E como quier, que se departen, para non bivir en uno, por alguna destas maneras, non se departe por esso el matrimonio». En *Partidas* 4, 10, 2 se recogen las mencionadas causas de separación, señalándose que el adulterio puede ser de dos tipos: adulterio carnal y adulterio espiritual, cuando

¹⁹⁷ P. 4, 10, 3: «... si algunos que fuessen moros, o judios seyendo ya casados segund su ley, se fiziesse alguno dellos christiano, e el otro queriendo fincar en su ley non quisiere morar con el o si quisiesse morar con el, denostasse, antel muchas vezes a dios, e a nuestra fe: O se travasse con el cada día, que dexasse la fe de los christianos, e se tornasse a aquella que avia dexado. Ca por qualquier destas tres razones el christiano, o la christiana: puede se partir del otro, non demandando licencia a ninguno: e puede casar con otro, o con otra, si quisiere». Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 23; E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., pp. 370 y 371; E. MARTÍNEZ MARCOS: *Las causas...*, cit., p. 73.

¹⁹⁸ Vid. E. MONTERO Y GUTIÉRREZ: *El matrimonio...*, cit., p. 398.

¹⁹⁹ P. 4, 2, 1: «ca si alguno dellos quissiese entrar en orden, ante que se ayuntassen carnalmente, poderlo ya fazer, maguer el otro contradixiesse: e despues que fuesse este atal entrado en orden, e oviessse fecho profesion, puede el otro casar si quisiere. Mas si el matrimonio fuesse acabado, ayuntándose carnalmente, non podria ninguno dellos entrar en orden, contradiziéndolo el otro».

²⁰⁰ P. 4, 10, 1: «Diuortium en latin, tanto quiere dezir en romance, como departimiento. E es cosa que de parte la muger del marido: e el marido de la muger, por embargo que ha entrellos, quando es prouado en juyzio derechamente. E quien de otra guisa esto fiziesse, departiendo los por fuerça, o contra derecho, faria contra lo que dize Iesu christo, nuestro señor enel evangelio, alos que Dios ayunta, non los departa ome. Mas seyendo departidos por derecho: non se entiende que los departe estonce el ome, mas el derecho escrito, e el embargo que es entrellos. E diuorcio tomo este nombre, e del departimiento delas voluntades del ome, e dela muger. Que son contrarios enel departimiento, de quales fueron, o eran, quando se ayuntaron».

uno de los cónyuges se hace hereje, moro o judío²⁰¹. Aunque en el título 10 sólo se hace referencia al adulterio de la mujer que permite al marido separarse de ella, en el título anterior se aclaraba que también ella podía acusar al marido de cometer adulterio y conseguir, por este motivo, la separación conyugal²⁰². En *Partidas* 4, 9, 2 se señala que dicha acusación la realizaban los cónyuges por sí mismos o a través de procurador –personero– ante el Obispo o ante su oficial. Se advertía, asimismo, que pecaba mortalmente el marido que viendo que su mujer era adúltera y no se apartaba del pecado, no la acusase. Sin embargo, si ella se arrepintiese, dejase la mala vida e hiciese penitencia, el marido podía perdonarla y seguir conviviendo con ella. Pero si la mujer persistía en su pecado y el cónyuge no quería acusarla, los parientes más cercanos de ella o, incluso, cualquiera del pueblo, si los anteriores no lo hacían, podía acusarla. Finalmente, la ley señala que todo lo que se ha establecido respecto de la acusación de la mujer adúltera por parte del marido y sobre la separación conyugal por esta causa se mantiene para el marido adúltero²⁰³.

Por otra parte, se admite la compensación de los adulterios carnales, ya que en *Partidas* 4, 10, 6 se advierte que si, después de la separación por adulterio,

²⁰¹ P. 4, 10, 2: «Propiamente son dos razones, e dos maneras de departimiento, aque pertenesce este nome de diuorcio, como quier que sean muchas razones, porque departen aquellos que semejan que sean casados e no lo son, por algun embargo, que ha entre ellos. E destas dos, es la vna religion la otra pecado de fornicio, e por la religion se faze diuorcio en esta guisa: ca si algunos que son casados con derecho, non auiedo entre ellos ninguno delos embargos, porque se deue departir el matrimonio, si alguno dellos, despues que fuessen ayuntados carnalmente, le viniessen en voluntad de entrar en orden, e gelo otorgasse el otro prometiendo el que fincaua al siglo, de guardar castidad, seyendo tan viejo que non pueden sos pechar contra el, que fara pecado de fornicio. E entrando el otro en la orden. Desta manera se faze el departimiento para ser llamado propriamente diuorcio. Pero deue ser fecho por mandado del obispo, o de alguno delos otros perlados de santa elesia, que han poder delo mandar. Otrosi faziendo la muger contra su marido pecado de fornicio, o de adulterio, es la otra razon que diximos, porque se faze propriamente el diuorcio, seyendo fecha la acusacion delante del juez de santa elesia e prouando el fornicio o el adulterio, segund dize enel titulo ante deste. E esso mismo seria, del que fiziesse fornicio espiritualmente, tornandose hereje o moro, o judio, si non quisiere fazer emienda de su maldad. E la razon por quel departimiento que es fecho sobre alguna destas dos cosas de religion, e fornicio, es propriamente llamado diuorcio: mas que el departimiento que se faze por razon de otros embargos, es porque maguer departelos que estouieren casados, segund dize en esta ley, e en la de ante della: siempre tiene el matrimonio assi que non puede casar ninguno dellos, mientras que biuieren: fueras ende, enel departimiento que fuesse fecho por razon de adulterio ca podria casar el que fincasse biuo despues que muriesse el otro». *Vid.* E. MARTÍNEZ MARCOS: *Las causas...*, cit., pp. 73 y 74.

²⁰² E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., pp. 372 y 373.

²⁰³ P. 4, 9, 2: «Acusar se pueden avn en otra manera, sin las que diximos en la ley ante desta, el marido, e la muger. E esta es por razon de adulterio, e si la acusacion fuesse fecha para departir los, que non biuan en vno, ni se ayuntan carnalmente, por tal razon, non los puede otro ninguno acusar, si non ellos mismos, vno a otro, e tal acusacion, como esta, pueden la fazer tambien por si mesmos, como por personero, e deue ser fecha, ante el obispo, o ante su oficial. E todo ome que sopiere que su muger le faze adulterio, tenuto es dela acusar, si entendiere que se non quiere partir del pecado, e que quiere vsar del, e si lo non faze peca mortalmente, Pero si entendiere que se parte del pecado, e que faze penitencia del, estonce si la non quisiere acusar non peca. E a vn touo por bien santa elesia: que si alguno fuesse partido de su muger por razon

el marido «fiziessse fornicio (...) con otra muger», la mujer adúltera podría exigir la reintegración del matrimonio²⁰⁴. No obstante, la ley 1.^a, título 21 del *Ordenamiento de Alcalá* suprimió esta excepción²⁰⁵, que se recogió, más tarde, en el *Ordenamiento de Montalvo*, de donde pasó a la *Nueva Recopilación* y a la *Novísima*²⁰⁶.

En *Partidas* 4, 10, 4, insistiendo en el tema de la permanencia del ligamen del matrimonio rato y consumado, se afirma que el divorcio o separación de los cuerpos no rompe el vínculo que contrajeron los cónyuges al casarse, que no podrán, por tanto, volver a hacerlo mientras viva el otro²⁰⁷.

El vínculo se disolvía por muerte de uno de los cónyuges. Ello permitía al sobreviviente contraer segundas nupcias. Sin embargo, las mismas sólo se permitían si se comprobaba que el marido o la mujer del que deseaba contraerlas había fallecido, sin ningún género de duda²⁰⁸. Por otra parte, si el fallecido era el varón, la viuda debía respetar el *tempus lugendi* antes de volver a casarse. El *Fuero Real* recoge la herencia de la tradición jurídica romano-visigoda, castigando a la viuda que contrae nuevas nupcias sin respetar el plazo de luto

de adulterio, de manera que non ouiesse a beuir en vno: que si despues desto la quisiessse perdonar el marido, que lo puede fazer. E que biuan en vno, e se ayuntan carnalmente tan bien como si non fuesen departidos. Mas si la quisiessse el marido acusar para quel diessen pena, segund mandan las leyes de los legos. Estonce puedelo otroso fazer, ante el juez seglar. E si por aventura el marido, non la quisiessse acusar, e ella non se quisiessse partir de aquel mal fecho. Estonce pueden la acusar sus parientes della, los mas propincos, o otro qualquier del pueblo, si ellos non lo quisiessse fazer: Ca touo por bien santa Egleſia, que a la muger que tal pecado fiziessse, que todo ome la pueda acusar. Ca assi como es defendido a todos comunalmente que ninguno non faga adulterio, assi el que lo faze, yerra contra el derecho que tanne a todos. En todas estas maneras sobredichas en estas dos leyes, que puede acusar el marido a la muger, puede segund santa Egleſia, acusar ella otrosi a el, si quisiere e deue ser oyda, tan bien como el».

²⁰⁴ P. 4, 10, 6: «Aviniendo que acusasse alguno a su muger, que fiziera adulterio, de manera que lo prouasse, segun dize en el titulo ante deste, e que diessen sentencia de diuorcio contra ella, si despues desto fiziessse fornicio el marido con otra muger: por tal razon como esta, puede lo demandar la muger, que torne a ella, e deue la Egleſia apremiar que lo faga, e non se puede escusar que non torne a ella, maguer diga que fueron departidos por juyzio de santa egleſia. E esto es porque cayendo en semejante pecado de aquel que fizo su muger, entiende se que renuncio la sentencia, que era dada por el». Vid. M.^a J. COLLANTES DE TERÁN: «El delito...», cit., p. 214.

²⁰⁵ O. A., 21, 1: «... et que la mugier non se pueda escusar de responder à la acusación del Marido, ò del Esposo, por decir que quiere probar, que el Marido, ò el Esposo cometìò adulterio».

²⁰⁶ O. de Montalvo 8, 15, 2; N. R. 8, 20, 3; Nov. Recop. 12, 28, 2. Vid. M.^a J. COLLANTES DE TERÁN: «El delito...» cit., p. 214.

²⁰⁷ P. 4, 10, 4: «Ca segund sancta egleſia manda nunca el casamiento se destruye, pues que es fecho derechamente, maguer venga y divorcio. Mas siempre tiene en vida daquellos que fizieron, e nunca puede casar ninguno dellos, mientras que biviere el otro».

²⁰⁸ F. R. 3, 1, 11: «Ninguna muger que oviere marido fuera de la tierra non sea osada de casar con otro fasta que sea cierta de muerte de su marido: et otrosi aquel que con ella quisiere casar trabaiessse quanto pudiere de saber verdat de la muerte o de la vida daquel su marido, e dotra guisa non sea osado de casar con ella, et qualquier que contra esto ficiere si despues el marido primero viniere, sean amos metidos en su poder, e puedalos vender o facer dellos lo que quisiere de muerte en fuera: et esto mismosea de las mugeres que casaren con maridos agenos».

y «sin mandato del Rey». En concreto, la mitad de su patrimonio era confiscado y la otra mitad debía ser entregada a sus hijos o a los parientes del primer marido. No obstante, aun sufriendo esta pena de carácter económico, el segundo matrimonio se consideraba válido²⁰⁹.

DERECHO DE LA EDAD MODERNA

1. EL MATRIMONIO EN LA EDAD MODERNA

En la Edad Moderna, siguió vigente el esquema de relaciones familiares articulado durante el período bajomedieval, el cual, como consecuencia del renacimiento del Derecho romano justiniano, giraba en torno a la figura del padre de familia. No obstante, la idea de patria potestad se encontraba alejada de la existente en la época clásica de Roma, pues en este nuevo período la autoridad paterna se cifra en los deberes de cura y protección de los hijos, del mismo modo que en la etapa anterior²¹⁰.

En Castilla, la estructura normativa sobre la que se asentaban las relaciones familiares estaba marcada por las Partidas, en las que se inspira todo el Derecho de familia hasta la Codificación, al reproducirse el orden de prelación de fuentes en las Recopilaciones de 1567 y 1805. No obstante, dentro de la tendencia a la estabilidad normativa, propia de esta época, se introducen determinadas reformas, a través de la legislación de Cortes y, sobre todo, por medio de Pragmáticas.

La familia tiene su origen en el matrimonio, cuya regulación sufre innovaciones, como consecuencia del creciente intervencionismo eclesiástico y estatal en el ámbito privado. Hasta mediados del siglo XVI, el matrimonio nacía del simple consentimiento, al consagrar las Partidas el principio consensual, quedando abierta la puerta en Castilla para la celebración de los matrimonios clandestinos o *a juras*²¹¹. No era necesaria, para la validez del matrimonio, ninguna ceremonia (testigos, celebración, bendiciones sacerdotales...), bastando el «consentimiento solo, con voluntad de casar...». Por tanto, era suficiente, para que se crease el vínculo matrimonial, que un hombre y una mujer se comunicasen recíprocamente el deseo de ser marido y mujer. Si, además, se producía la consumación carnal, el vínculo se hacía indisoluble, como hemos visto. Como consecuencia de ello, se creó una gran inseguridad jurídica, que se derivaba de las uniones matrimoniales no constituidas «in facie Ecclesiae»,

²⁰⁹ F. R. 3, 1, 13: «Ninguna muger biuda no case del día que muriere su marido, fasta un año cumplido: e si ante casare sin mandado del Rey, pierda la meytad de quanto hobiere; e lo que quedare hayanlo sus fijos, o nietos del marido que fuere muerto: e si los no hobiere, hayanlo los parientes del marido muerto mas propinquos». Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: *La condición...*, cit., pp. 28 y 29.

²¹⁰ A. IGLESIA FERREIRÓS: «Individuo...», cit., p. 516.

²¹¹ P. MERA: «En tomo do casamento de juras», en *Estudos do direito hispânico medieval*, 1 (Coimbra, 1952), pp. 151 ss.

puesto que, resultando válidas en el ámbito canónico y civil, sólo obligaban en la medida en que pudieran probarse. Según las *Partidas*, los matrimonios clandestinos (*ascondidos*) podían ser de tres clases: sin testigos; sin pedir la novia al padre o madre o parientes, en cuyo poder se encontrase; sin proclamas²¹². Por lo que se refiere a la prueba de estos tipos de matrimonio, solía ser difícil, ya que acudían a este procedimiento aquellos que, por los motivos que fuese —no contar con el consenso familiar o social por pertenecer a diferentes estratos sociales o por alguna otra causa, afectarles algún impedimento, etc.—, no querían o no podían dar publicidad a su unión. No existiendo testigos ni testimonio escrito del acto, cada uno de los miembros de la pareja podía volver a casarse, incurriendo en una situación de bigamia, que sólo sería conocida por los afectados y, por tanto, no podía perseguirse. La situación se agravaba si era sólo uno de los cónyuges quien pretendía disolver la relación matrimonial, en contra de la voluntad del otro, que carecía entonces de medios para oponerse, pues no podía demostrar la existencia del vínculo matrimonial²¹³. De ahí que el Derecho prohibiese los matrimonios clandestinos. En la introducción del título 3 de la cuarta *Partida* se señala lo siguiente: «Asman e sospechan los omes que las mas de las cosas que son fechas en encubierto, que non son tan buenas, como las otras que se fazen paladinamente. E por esso dixo Salomon, que quien mal faze, aborrece la luz, porque los omes non sepan las sus obras: e esto mismo dize nuestro sennor jesu Christo... E por que este encubrimiento cae alas vezes en fecho delos desposorios, e delos casamientos, por ende defendio santa elesia que lo non fiziessen. Lo vno por que es sacramento que establecio por si nuestro sennor, assi como dicho auemos. Lo al por que vienen ende muchos males». En *Partidas* 4, 3, 3, 4 y 5 se recogen las sanciones establecidas para dichos matrimonios. En concreto, en *Partidas* 4, 3, 3 se declaran ilegítimos los hijos del matrimonio clandestino si resultase nulo por la existencia de algún impedimento, aunque los padres ignorasen la existencia del mismo, pues se considera que si optaron por casarse de ese modo es porque sabían que existía tal impedimento o no quisieron enterarse de ello. En *Partidas* 4, 3, 4 se deja en manos del Obispo el castigo de los cónyuges que se casaron clandestinamente, concurriese o no impedimento matrimonial. Finalmente, en *Partidas*

²¹² P. 4, 3, 1: «Ascondidos son llamados los casamientos en tres maneras. La primera es, quando los fazen encubiertamente, e sin testigos, de guisa que se non puedan prouar. La .ij. es, quando los fazen ante algunos, mas non demandan la nouia a su padre, o a su madre, o a los otros parientes que la han en guarda nin le dan sus arras ante ellos, nin les fazen las otras onrras que manda santa elesia. La .iij. es, quando non lo fazen saber concejaramente en aquella elesia onde son perrochanos. Ca para non ser el casamiento fecho encubiertamente ha menester que ante que los desposen, diga el clerigo en la elesia, ante todos lo que y estouieren, como tal ome quiere casar con tal muger, nonbrando los por sus nomes, e que amonesta a todos quanto y estan, que si saben, si ay algun embargo entrellos, por que non deuen casar en vno, que lo diga fasta algun dia e que lo nombre sennaladamente. E a vn con todo estolos clerigos deuen se trabajar entre tanto, de saber quanto pudieren, si ha algun embargo entrellos: e si fallaren algunas sennales de embargo, deuen vedar que non casen, fasta que sepan si es tal cosa, que se pueda por ende embargar el casamiento, o non...». Vid. F. R. AZNAR GIL: *La institución...*, cit., pp. 200 ss.

²¹³ E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., pp. 32 y 33.

4, 3, 5, el Rey añade que «el casamiento es tan santa cosa, e tan buena, que siempre deue del nacer bien, e amor, entre los omes, e non mal, nin enemistad...», por este motivo, prohíbe el matrimonio clandestino, del que nacen «muy grandes enemistades, e muertes de omes, e muy grandes feridas: e muy grandes despensas, e dannos: porque los parientes dellos, se tienen por desonrrados: porque por su liuiandad, casan con tales omes que las non merecian auer por mugeres: e a vn despues que son casados con ellas, destruyen les quanto que han: e desamparan las assi que tales y ha dellas, que con la pobreza han de ser malas mugeres. E a vn nasce ende otro mal, ca muchos caen en perjuro porque en tales cosas son aduchos muchas vegadas falsos testigos, e testimonios». El marido que fuese en contra de lo dispuesto en esta ley era sancionado con una grave pena: se convertiría en el siervo de los parientes de la mujer, a los que quedaría sometido de por vida, y, en caso de que «auer non lo pudieren», se entregaría toda su hacienda a dichos familiares²¹⁴. Asimismo,

²¹⁴ P. 4, 3, 3: «Encubiertamente casando se algunos si embargo ouiesse entresi, como de parentesco: o de otra manera qualquier, porque non podiessen ser marido, e muger: aurian esta pena, que los fijos que fizessen de so vno, non serian legitimos, nin se podrian excusar, por dezir que su padre, nin su madre, non sabian aquel embargo, quando casaron. E esto es, porque casando se encubierto, semeja que sabian que alguno embargo auia entrellos porque lo non deuián fazer, o alo menos que lo non quisieron saber. Otrosi casando se algunos concejamente, sabiendo ellos mesmos que auian entre si tal embargo, porque non lo deuián fazer, los fijos que ouiesen non serian legitimos: mas si el vno dellos lo sopiesse, e non ambos, en tal manera serian los fijos legitimos. Ca el non saber del vno, les escusa que les non puedan dezir que non son fijos de derecho»; 4, 3, 4: «Despreciando algund clerigo parrochial, o otro qualquier defender que non casassen algunos, de que ouiesen oydo, que auian tal embargo entre si, porque non lo deuián fazer si non lo defendiessen o los casassen encubiertamente o ante muchos, o si estuuiesse do los casassen, deue ser vedado del perlado, de aquel lugar do acaeciére por tres annos, que non vse del officio dela orden quel ouiere. E a vn de mas desto, puedel, poner mayor pena, si entendiére que la merece, e non tan solamente deuen auer la pena sobredicha, los clerigos que son de suso nonbrados: mas qualquier clerigo religioso que contra esto fiziesse. E aquellos que se casassen encubiertamente contra defendimiento de la santa iglesia: maguer non ouiesse y embargo ninguno que gelo vedase: deuen les poner penitencia, segund touiere por bien su perlado. E si alguno quisiere embargar maliciosamente a algunos que non casasen, diziendo contra ellos algund embargo, que non pudiesse prouar, deue auer pena segund touiere por bien su juez»; 4, 3, 5: «El casamiento es tan santa cosa, e tan buena, que siempre deue del nacer bien, e amor, entre los omes, e non mal, nin enemistad. E porque del casamiento naciesse bien, e amor, e non el contrario, touo por bien santa iglesia que fuesse fecho paladinamente, e non en ascondido. Ca sabida cosa es, que los omes que fazen los casamientos a furto sin sabiduria de los parientes de aquellos con quien casan, mala entencion les mueue a fazer lo. E todas las mas vegadas se sigue endemas mal que bien. Ca alas vegadas nacen de tales casamientos muy grandes enemistades, e muertes de omes, e muy grandes feridas: e muy grandes despensas, e dannos: porque los parientes dellos, se tienen por desonrrados: porque por su liuiandad, casan con tales omes que las non merecian auer por mugeres: e a vn despues que son casados con ellas, destruyen les quanto que han: e desamparan las assi que tales y ha dellas, que con la pobreza han de ser malas mugeres. E a vn nasce ende otro mal, ca muchos caen en perjuro porque en tales cosas son aduchos muchas vegadas falsos testigos, e testimonios. Onde nos porque auemos voluntad que lo que santa iglesia manda: que sea guardado: Otrosi por desuiar todos estos males, e otros muchos que podrian nacer ende: defendemos que ninguno non sea osado de casar a furto, nin ascondidamente. Mas apaladinas, e con sabiduria del padre, e de la madre de aquella, con quien quiere casar si los ouiere, si non, de los otros parientes mas cercanos. E si alguno contra esto fiziere, mandamos que sea metido en poder de los parientes

la ley 49 de *Toro* prohibía estos matrimonios, castigando al marido, a los testigos y, en general, a todos los que en ellos intervinieren, con la pena de confiscación de todos los bienes, que serían para la Cámara, y con el destierro del reino, al que no podrían entrar so pena de muerte. A su vez, la hija podría ser desheredada por los padres, siempre que éstos quisieran acusarla²¹⁵.

En cualquier caso, el matrimonio contraído sin las solemnidades eclesiásticas siguió siendo válido hasta la legislación del Concilio de Trento, y en particular, hasta la aprobación del *Decretum de reformatione Matrimonii* o Decreto *Tametsi* en la Sesión 24 del Concilio (11 de noviembre de 1563, Pfo IV). Concretamente, el Decreto *Tametsi* declaraba nulo el matrimonio que se celebrase sin la presencia del párroco de los contrayentes y de dos o tres testigos²¹⁶.

Fray Luis de León mantenía que, teniendo en cuenta que los hombres con frecuencia no son buenos y abusan de los bienes del matrimonio, es necesario que el matrimonio se celebrase solemnemente, con testigos y párroco, y que se hiciese en la Iglesia con bendiciones y habiendo tenido antes las amonestaciones²¹⁷.

Pradilla señalaba que «por los muchos inconuenientes, y daños, que de tales matrimonios secretos, y escondidos se seguian justissimamente el santo Concilio Tridentino, ses. 24. de refor. matrim. cap. I. ordena, y manda, que todos los matrimonios sean nullos, y inualidos, no se haziendo en presencia de dos, o tres testigos, y del Cura, y Vicario propio, o otro Sacerdote de su licencia. ¶ A lo qual el Derecho del Reyno ayuda, poniendo pena a tales contrayentes, y a los terceros, y testigos, de que pierdan todos sus bienes, aplicados para el Fisco, y sean desterrados destos Reynos, y con pena de muerte, si quebrantaren tal destierro, y que sea nueua, y justa causa para ser desheredados de sus padres, l. 49 de Tor. que es l. I. tit. I. lib. 5. Recop.»²¹⁸.

mas cercanos de aquella, con quien a si casare, con todo lo que ouiere. Pero defendemos, que non lo maten: nin lisién, nile fagan otro mal: fueras ende que se siruan del mientras biuiere. Ca guisada cosa es, pues que tal deshorra fizo a ella: e sus parientes, que reciba porende esta pena, porque siempre finque deshonorado, E si auer non lo pudieren, mandamos que le tomen todo quanto ouiere, e apoderen dello a los parientes della».

²¹⁵ *Leyes de Toro*, 49: « Mandamos que el que contragere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho el y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados á nuestra Camara, y sean desterrados destos nuestros reynos, en los quales no entren sopena de muerte: y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar si quisieren á sus hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo qual otro ninguno non pueda acusar sino el padre, y la madre muerto el padre» (*Leyes de Toro*, Valladolid, 1981).

²¹⁶ *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento*, traducido al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala, nueva edición, París, 1860.

²¹⁷ FRAY LUIS DE LEÓN: 6, 18. «At vero si consideremus homines in quantum, ut in plurimum sunt perfidi et abuti solent matrimonii bonis, supposita hac conditione necessarium est ut matrimonium cum solemnitate contrahatur, id igitur est de iure gentium ut matrimonium solemniter contrahatur, scilicet adhibitis testibus, et parochio, et quod fiat in ecclesia cum benedictionibus et prius factis admonitionibus» (*De Legibus ó Tratado de las Leyes. 1571*. Introducción y edición crítica bilingüe por Luciano Peña, Madrid, 1963).

²¹⁸ F. PRADILLA Y BARNUEVO: 1, 44, 1-3 (*Suma de las Leyes penales. Y adicionado por el Licenciado don Francisco de la Barreda. Y ahora de nuevo añadido por el Licenciado don Iuan Calderon, Abogado de los Reales Consejos*, Madrid, 1639).

Jordán de Asso y Manuel y Rodríguez, en sus *Instituciones del Derecho civil de Castilla* (1, 6, 1), consideraban el matrimonio como «contrato que se celebra entre los desposados, y de quien toma su fuerza, y valor; pero autorizado por la Iglesia, que le dió digno lugar entre sus Sacramentos por razon de su dignidad, mystica significacion, y sus fines: l. 5. tit. 1. part. 4. ll. 3. y 4. tit. 2. part. 4»²¹⁹. Los autores, partiendo de la definición de matrimonio recogida en P. 4, 2, 1²²⁰, señalaron que «los casamientos ocultos estan prohibidos por las justas razones, que expresan las ll. 1. y 6. tit. 3. part. 4. Y son los que se celebran sin testigos, sin licencia de padre, madre, ó parientes, á quienes esté encomendada la novia; ó sin participarlo á la Parroquia de donde los contrayentes son parroquianos»²²¹.

Así pues, a partir de Trento, triunfó el formalismo en la celebración del matrimonio. No se modificó la causa del matrimonio, que sólo podía radicar en el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes; sin embargo, la validez jurídica del matrimonio canónico se hizo depender de que aquel consentimiento se manifestase en presencia del párroco y los testigos.

2. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES CON PERMANENCIA DEL VÍNCULO

El Concilio de Trento ratificó la indisolubilidad y sacramentalidad del matrimonio²²². Sólo admitió la disolución vincular en el caso del matrimonio rato y no consumado, por los votos solemnes de religión de uno de los cónyuges (supuesto admitido en el Fuero Real)²²³. El Concilio de Trento, por consiguiente, confirmó la doctrina tradicional de la Iglesia, afirmando que el matrimonio rato y consumado era indisoluble, con la salvedad de muerte de uno de los cónyuges. Expresamente se rechazó la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por causas tales como la herejía, la cohabitación molesta o la ausencia afectada del consorte²²⁴.

²¹⁹ I. JORDÁN DE ASSO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: *Instituciones del Derecho civil de Castilla, edicion quinta, corregida notablemente, y aumentada la parte histórica que comprende la introduccion*, Madrid, MDCCXCII. (1.ª ed., 1771).

²²⁰ P. 4, 2, 1 : «Matrimonio es ayuntamiento de marido, e muger, fecho con tal entencion de beuir siempreen vno, e de non se departir guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon, a otra muger, nin ella, a otro varon biuiendo ambos a dos».

²²¹ I. JORDÁN DE ASSO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: *Instituciones...*, cit., 1, 6, 2.

²²² *Concilio de Trento*, 1: «Si quis dixerit, Matrimonium non esse verè, et propriè unum ex septem legis Evangelicae Sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum; neque gratiam conferre; anathema sit» (en *El Sacrosanto...*, cit., p. 302).

²²³ *Concilio de Trento*, 6: «Si quis dixerit, Matrimonium ratum, non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non dirimi; anathema sit» (en *El Sacrosanto...*, cit., p. 303).

²²⁴ *Concilio de Trento*, 5: «Si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam à conyuge, dissolvi posse Matrimonii vinculum; anathema sit» (en *El Sacrosanto...*, cit., p. 303).

También se rechazó el adulterio de uno de los cónyuges como causa de ruptura del vínculo. Se opuso, de esta manera, a las opiniones de algunos teólogos protestantes que defendían el carácter civil del matrimonio y consideraban el adulterio como causa suficiente para disolver el vínculo matrimonial, apoyándose en la práctica cristiana de los primeros siglos y en la doctrina de algunos Santos Padres de la Iglesia, pero sobre todo de San Mateo, quien rechazaba el repudio de la mujer, salvo en el caso del adulterio: «También se ha dicho: el que repudiare a su mujer déla libelo de repudio. Pero yo os digo que quien repudia a su mujer –excepto el caso de fornicación– la expone al adulterio y el que se casa con la repudiada comete adulterio» (5, 31-32). Asimismo señalaba: «Y yo digo que quien repudia a su mujer (salvo caso de adulterio) y se casa con otra, adultera» (19, 9). Sin embargo, tras un largo debate no exento de polémica, se aprobó el canon 7 de la sesión 24, en el que se trató de justificar la postura de la Iglesia sin llegar a condenar directamente el divorcio, para evitar un enfrentamiento con la Iglesia griega de rito oriental que mantenía la legitimidad, en ciertos casos, de la separación vincular. Concretamente, se dispuso que el adulterio de uno de los consortes no permitía, ni siquiera al inocente, contraer nuevas nupcias mientras el otro cónyuge continuase con vida, cayendo en fornicación el que lo hiciese²²⁵.

No obstante, el Concilio de Trento admitía que la Iglesia podía decretar, por determinadas causas, la separación del lecho conyugal o de la cohabitación entre los casados, durante un tiempo determinado o indeterminado²²⁶.

Por otro lado, como ya hemos indicado, el Decreto *Tametsi* dispuso que el matrimonio se celebrase «in facie Ecclesiae», en presencia del párroco de los contrayentes y de dos o tres testigos, declarando nulo el contraído sin esas formalidades: «Considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente de los de aquellos que se mantienen en estado de condenación, porque abandonando a la primera mujer con quien en secreto contrajeron matrimonio lo vuelven a contraer con otra en público, y viven con ella en perpetuo adulterio, no pudiendo la Iglesia, que no juzga de los crímenes ocultos, atender a tan grave mal, si no aplica algún remedio de mayor eficacia...». En concreto, en el Decreto estableció lo siguiente: «Los que se atrevieren a contraer matrimonio de otro modo que en presencia del párroco o de otro sacerdote con licencia del párroco, o del Ordinario, y de dos o tres testigos, quedan absolutamente inhabilitados por disposición de este Concilio para contraerlo aún de este modo; y decreta que

²²⁵ *Concilio de Trento*, 7: «Si quis dixerit, Ecclesiam errare, cùm docuit, et docet, juxta Evangelicam, et Apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum Matrimonii vinculum non posse dissolvi; et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud Matrimonium contrahere; moecharique eum, qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero, alii nupserit; anathema sit» (en *El Sacrosanto...*, cit., pp. 303-304). Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», p. cit., 34; E. MONTERO Y GUTIÉRREZ: *El matrimonio...*, cit., pp. 392 y 393.

²²⁶ *Concilio de Trento*, 8: «Si quis dixerit, Ecclesiam errare, cùm ob multas causas separationem inter conjuges, quoad thorum, seu quoad cohabitationem, ad certum, incertumve tempus fieri posse decernit; anathema sit» (en *El Sacrosanto...*, cit., p. 304).

sean írritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los irrita y anula por el presente decreto»²²⁷.

Se dejó al arbitrio eclesiástico la imposición de las penas –graves– que correspondiesen al párroco que asistiera al acto con menor número de testigos que el previsto, a los testigos que lo hagan sin la presencia del sacerdote, y a los propios contrayentes. Asimismo, se institucionalizaron las proclamas y amonestaciones – ya previstas en el IV Concilio de Letrán– exigiendo que se formulen durante tres días de fiesta consecutivos, para facilitar la denuncia de impedimentos. Por otra parte, se garantizó la publicidad del matrimonio, mediante la consignación de los matrimonios y sus circunstancias en libros-registros parroquiales.

Finalmente, el Concilio reservaba las causas matrimoniales a los jueces eclesiásticos, excomulgando, en el canon 12, al que lo negase²²⁸.

Por Real Cédula de 12 de julio de 1564, Felipe II concedió el pase regio a las disposiciones tridentinas sobre el matrimonio, reconociéndolas como leyes civiles del Reino. Lo que supuso la remisión a la legislación canónica para lo relativo a la validez y efectos espirituales del matrimonio, quedando así consagrada la unicidad del matrimonio canónico –celebrado conforme a la legislación de la Iglesia–, único valedero incluso en el fuero civil. Esta Real Cédula se incluyó, posteriormente, en la *Nueva Recopilación* de 1567 y en la *Novísima Recopilación* de 1805²²⁹.

También los teólogos y juristas de la época legitimaron en sus obras la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Fray Luis de León consideraba que la permanencia del matrimonio era un precepto de Derecho natural. El autor sostenía que, aunque la naturaleza le dio al hombre el mandato de propagar la especie, el coito no debía ser libre sino tener lugar dentro del matrimonio, porque, de esta manera, podrían educarse bien los hijos de él nacidos. Por el mismo motivo, el matrimonio debía ser indisoluble, porque si pudiera disolverse a nuestro arbitrio los hijos no podrían formarse como es debido²³⁰.

Jordán de Asso y Manuel y Rodríguez afirmaban que del concepto de matrimonio contenido en las Partidas se desprendía «que la union perpetua no pueda deshacerse, contrahido el matrimonio legitimamente». En este sentido, defendían que no era admisible como causa de disolución del matrimonio una enfermedad, aunque fuera contagiosa, sobrevenida después de consumarlo. No obstante, los juristas defendían que, aunque el matrimonio rato y consumado fuese indisoluble en cuanto al vínculo, sí era posible suspender la convivencia entre los cónyuges²³¹.

²²⁷ *El Sacrosanto...*, cit. Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 33.

²²⁸ *Concilio de Trento*, 12: «Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos; anathema sit?» (en *El Sacrosanto*, cit., p. 305).

²²⁹ F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., p. 147; E. FERNÁNDEZ REGATILLO: «El derecho...», cit., p. 350; J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 39; L. CRESPO DE MIGUEL: *La secularización del matrimonio. Intentos anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1992, pp. 373-375.

²³⁰ FRAY L. DE LEÓN: *De Legibus...*, cit., 6, 6.

²³¹ I. JORDÁN DE ASSO y M. DE MANUEL y RODRÍGUEZ: *Instituciones*, 1, 6, 2: «... ninguna enfermedad, que sobrevenga despues de consumado el matrimonio, puede disolverlo, l. 6. tit. I.

DERECHO DE LA ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN

1. EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN

Aunque durante la Edad Moderna el Estado intervino con frecuencia para regular cuestiones relativas al matrimonio, lo cierto es que hasta una fecha tardía –1870–, el matrimonio canónico era la única forma válida y obligatoria para la nación. Por tanto, hasta ese momento, la Iglesia mantuvo su exclusiva competencia en todo lo relativo a la validez del matrimonio, incluidos los efectos exclusivamente civiles del mismo. No obstante, como señala Martí Gilabert, «esta situación cambia a consecuencia de un proceso secularizador que, por el concurso de factores diversos, desemboca en el establecimiento del matrimonio civil»²³².

Los Proyectos de Código Civil no reconocían otra forma matrimonial que la canónica. Tanto el Proyecto de Garelly de 1821²³³, como el de Ayuso, Tapia y Vizmanos de 1836²³⁴ lo hacían así²³⁵, aunque con ciertas concesiones laicistas²³⁶. Aunque la celebración del matrimonio debía realizarse «in facie ecclesiae», según se dispuso en el Concilio de Trento, antes debía mediar una especie de matrimonio laico que consistía en la prestación del acuerdo matrimonial ante la autoridad civil. En concreto, se introduce la exigencia de acreditar ante la autoridad administrativa –alcalde– (Proyecto de 1821)²³⁷ o

part. 4. bien que pueden los casados no vivir juntos, si fuese contagiosa, ó lo juzgare la Iglesia, d. l. 7 [...] el matrimonio consumado, y no el rato, sea indisoluble en quanto al vinculo, pero no en quanto á la cohabitacion, l. 4. tit. I. part. 4».

²³² F. MARTÍ GILABERT: *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Pamplona, 2000, p. 17.

²³³ Para Caballero Gea la regulación del matrimonio se presentaba en el Proyecto de 1821 como «una fórmula pragmática para adaptar los principios del Código Civil francés a las creencias religiosas de España. Así, frente a la conservación y respeto a las formas tridentinas y, en consecuencia, competencia de la Iglesia Católica para regular el matrimonio: «Su celebración solemne ante el párroco y testigos», se introduce una especie de prematrimonio laico, a imitación francesa. Con una copia del acta de éste, se podían presentar ante el Párroco, a fin de que ante él se realizara la celebración del matrimonio, «previos los requisitos y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, protegida por la Ley» (artículo 306)». Vid. J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 47.

²³⁴ El Proyecto de 1836 se mantiene en la misma línea que el de 1821 pero quizás, como señala Caballero Gea, «con cierto matiz más osado, en su exposición de motivos», en la medida que se acentúa la naturaleza de contrato del matrimonio y la necesidad de otorgarla la mayor solemnidad civil posible (J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 51).

²³⁵ El Proyecto de Código Civil de Cambroner (1833) no regulaba la institución del matrimonio, pues sólo se refería a una parte del ordenamiento jurídico privado (tutela, curatela, ausencia y personas morales). Vid. J. BARÓ PAZOS: *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, pp. 65-67.

²³⁶ Vid. J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. vol 1, Madrid, 1970, p. 85.

²³⁷ *Proyecto de Código Civil de 1821*, en J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación civil*. vol. 2, Madrid, 1979, art. 304: «Para que el convenio de celebrar matrimonio sea solemne, las personas que aspiran a ello deben comparecer a expresar su voluntad y determinación ante el Alcalde del domicilio de la mujer, estando presentes un Escribano y dos testigos varones

judicial (Proyecto de 1836)²³⁸ que los contrayentes reúnen los requisitos y calidades para contraer matrimonio válido, antes de celebrarlo ante la autoridad eclesiástica²³⁹.

Tampoco la doctrina de la época admitió otra forma de matrimonio que no fuese la canónica. Sala indicaba que «reconociendo y respetando como á sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor»²⁴⁰. En el mismo sentido se pronunciaba Tapia, que afirmaba que «los católicos consideramos al matrimonio no solo como contrato, sino tambien como sacramento, observando religiosamente los efectos que por esta razon le corresponden»²⁴¹. Igualmente, Gómez de la Serna y Montalbán señalaban que «el matrimonio que por su origen es un contrato ha sido elevado por J. C. á la dignidad de sacramento y está sugeto á las disposiciones del derecho canónico, ventilándose en los tribunales eclesiasticos los pleitos que suscita». Los autores sostenían que necesariamente debía concurrir en la celebración del matrimonio el consentimiento de los contrayentes y la intervención del párroco y testigos. En concreto, «la asistencia del párroco ú de otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y de dos ó tres testigos es tan indispensable que sin ella es clandestino y como tal nulo el matrimonio»²⁴².

En el Proyecto de 1821 vuelve a requerirse un cierto plazo desde la muerte del cónyuge para poder contraer segundas nupcias, en contradicción con la legislación recopilada que había suprimido el *tempus lugendi* de la viuda²⁴³, si

mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir; acreditarán en el mismo acto documentalmente que tienen la edad prescrita por la ley y que han obtenido o pedido respectivamente la aprobación o el consejo de sus mayores en la manera que dispone la ley en este capítulo; u obtendrán la aprobación en el acto mismo, si compareciesen también las personas que deben darla».

²³⁸ Proyecto de Código Civil de 1836, en J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación* cit., art. 151: «El que intente contraer matrimonio deberá acudir a la jurisdicción civil del domicilio de la mujer con quien aspire a casarse, haciendo constar:

1.º Que tiene al menos dieciocho años cumplidos, y la mujer quince igualmente cumplidos.

2.º Que han obtenido el consentimiento o pedido el consejo de las personas a quien debe pedirse, según lo previsto en los artículos 116, 117, 119 y 120, o bien presentarán testimonio del auto judicial que haya suplido el consentimiento.

3.º Protestarán que no existen entre ellos ninguna de las causas que impiden la celebración del matrimonio, o justificarán haber obtenido dispensa de las que fueren susceptibles de ella».

²³⁹ Vid. L. CRESPO DE MIGUEL: *La secularización...*, cit., 71, pp. 104 ss.

²⁴⁰ J. SALA: *Ilustracion del Derecho Real de España ordenada por Don Juan Sala, Pavorde de la Metropolitana Iglesia de Valencia, y Catedrático de Prima de Leyes de la Universidad de la misma ciudad. Segunda edición, Corregida y adicionada por su autor, y arregladas las citas de leyes a la Novísima Recopilacion*, Tomo I, Madrid, 1820, p. 36.

²⁴¹ E. DE TAPIA: *Febrero Novisimo, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal, y algunos otros: por Don Eugenio de Tapia, Abogado de los Reales Consejos*, tomo I, Valencia, 1828, p. 15.

²⁴² P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, tomo I, Madrid, 1840, pp. 29, 30, 35 y 36.

²⁴³ La ley 3 del Título 1 del Libro 5 de la Nueva Recopilación eliminaba la disposición del *tempus lugendi* de la viuda, disposición que pasó, más tarde, a la Novísima Recopilación, concre-

bien este plazo se exigía a ambos miembros de la pareja, y no sólo a la mujer²⁴⁴. No obstante, en el Proyecto de 1836 vuelve a hacerse referencia a la viuda, que no podrá volver a casarse hasta transcurridos cinco meses desde la muerte del primer marido²⁴⁵.

El Proyecto de 1851 se distancia de las tendencias progresistas de los Proyectos de 1821 y 1836, regresando a la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 y, por tanto, a las disposiciones tridentinas²⁴⁶. Por consiguiente, la única forma matrimonial válida es la canónica²⁴⁷. Suprime los esponsales de futuro, que sí aparecían en el Proyecto de 1836 y en la tradición jurídica castellana, y prohíbe a la viuda contraer nuevo matrimonio hasta pasados trescientos y un días de la muerte del marido, o hasta haber dado a luz, si quedó embarazada²⁴⁸.

La revolución de 1868, producto de la alianza de progresistas, demócratas y unionistas, consiguió la destitución de Isabel II. Numerosas Juntas Provisionales trataron de sustituir al gobierno derribado. Pascual Madoz y el general Jovellar se erigieron en representantes del Gobierno. Los puntos esenciales que tenían en común los programas de las Juntas eran el sufragio universal, la convocatoria de Cortes y, en el ámbito religioso, la libertad de cultos. Aunque los jefes de la revolución no manifestaron hostilidad contra la Iglesia, las Juntas adoptaron una clara actitud anticlerical, que llevó, en muchos lugares, a realizar profanaciones, destruir iglesias o imágenes religiosas, apropiarse de edificios religiosos, etc. En esta línea secularizadora, las Juntas introdujeron, de manera informal, el matrimonio civil, que, posteriormente, el gobierno reconocerá legalmente²⁴⁹.

tamente se recoge en la ley 4 del Título 2 del Libro 10: «Mandamos, que las mugeres viudas puedan libremente casar, dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare, non obstantes qualesquier leyes de Fueros y Ordenamientos, y otras qualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las quales anulamos y revocamos: y mandamos a los nuestros Jueces y Alcaldes de la nuestra Casa y Corte, y Chancillería, y de todas las ciudades, y villas y lugares de nuestros reynos y señoríos, que no atienen de proceder, ni procedan por la dicha causa y razon contra las dichas viudas, no contra aquellos que con ellas se casaren, só pena de dos mil maravedís para la nuestra Cámara; y los que lo contrario hicieren, sean emplazados, que parezcan ante Nos ante la nuestra Corte».

²⁴⁴ *Proyecto de Código Civil de 1821*, art. 349: «La ley permite el segundo o ulteriores matrimonios al cónyuge que sobrevive después de disuelto el primero por muerte, con tal que hayan transcurrido desde ella cuatro meses cumplidos».

²⁴⁵ *Proyecto de Código Civil de 1836*, art. 261: «La mujer que sobreviviere a su marido no podrá pasar a segundas nupcias hasta después de cinco meses contados desde el día de la viudez...».

²⁴⁶ J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 54.

²⁴⁷ *Proyecto de Código Civil de 1851*, en J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación* cit., art. 48: «El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica, admitidos en España». Vid. L. CRESPO DE MIGUEL: *La secularización...*, cit., pp. 275 ss.

²⁴⁸ *Proyecto de Código Civil de 1851*, art. 56: «La viuda no podrá casarse hasta trescientos un día después de la muerte de su marido; y si quedare encienta, podrá hacerlo después del alumbramiento. Esta disposición es aplicable al caso en que la separación de los cónyuges se verifique por haberse declarado nulo el matrimonio».

²⁴⁹ F. MARTÍ GILBERT: *El matrimonio...*, cit., pp. 22-28.

La Junta de Reus proclamó el matrimonio civil, creando un registro para este tipo de matrimonios, antes de que el gobierno regulara esta materia. En esta localidad se exigía a los contrayentes un certificado de que eran solteros o viudos y de que no había entre ellos parentesco que impidiera el matrimonio y una licencia de los padres, si eran menores de edad o vivían con la familia. Por otra parte, se anunciaba la celebración del enlace en los periódicos por quince días, precisando que si alguien tuviera constancia de cualquier impedimento, lo hiciera saber presentándose en el Ayuntamiento. Trancurridos los quince días, los contrayentes se presentaban con los testigos y la familia en el salón de la casa de la ciudad. El alcalde les preguntaba si deseaban contraer matrimonio y, tras la respuesta afirmativa, se daban la mano derecha y se les leía una epístola en la que se mencionaban las obligaciones que contraían²⁵⁰. Tomando como ejemplo Reus, otras ciudades comenzaron a celebrar matrimonios al margen de la Iglesia.

La constatación de la existencia de estos matrimonios civiles provocó quejas en las Cortes. Álvarez Bugallall, de la Unión Liberal, preguntó si se habían adoptado disposiciones para hacer entender a los ayuntamientos que entre sus atribuciones no se encontraba la de «introducir esta gravísima novedad»²⁵¹. También los tradicionalistas pidieron a las Cortes que «se sirvan declarar que han visto con disgusto que no se impongan las penas correspondientes a los empleados públicos que han autorizado la celebración del llamado matrimonio civil»²⁵².

El Ministro de Gracia y Justicia, Antonio Romero Ortiz, se comprometió a presentar a la Cámara un proyecto de ley sobre la materia. El 21 de mayo de 1869, el Ministro presentó a las Cortes un Proyecto de Libro Primero de Código Civil, acompañado de un Título Preliminar. Las innovaciones que este Proyecto parcial introdujeron en el proceso de la Codificación estuvieron condicionadas por la proclamación del principio de libertad religiosa, en consonancia con el artículo 21 de la Constitución, que garantizaba «el ejercicio público o privado» de cualquier culto, sin más restricciones «que las reglas universales de la moral y el derecho». Tomando como presupuesto este principio constitucional, el Código, en su artículo 61, no admite más «matrimonio legítimo» que el civil²⁵³. Como el Proyecto anterior, el del 1869 no reconoce eficacia legal a los esponsales de futuro²⁵⁴ y recoge el *tempus lugendi* de la viuda²⁵⁵.

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

²⁵¹ *Diario de sesiones de las Cortes*, 11 de marzo de 1869, p. 424.

²⁵² *Diario de sesiones*, 1 de mayo de 1869, núm. 38, p. 777.

²⁵³ *Proyecto de Código Civil de 1869*, en J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación* cit., art. 61: «La ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en la forma prevenida en el presente Código».

²⁵⁴ *Proyecto de Código Civil de 1869*, art. 49: «La ley no reconoce esponsales de futuro. La promesa de matrimonio, mutuamente aceptada, es un hecho privado que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna en el fuero externo».

²⁵⁵ *Proyecto de Código Civil de 1869*, art. 54: «Tienen prohibición de contraer matrimonio... 6ª. La viuda, que no podrá casarse hasta trescientos un días después de la muerte de su marido, y si quedase encinta, hasta después del alumbramiento...».

Indudablemente, lo más novedoso y destacable de este Proyecto de Código es que reconoce, como forma válida de matrimonio, la civil. Ésta no representa un acto jurídico de carácter prematrimonial, como sucedía en anteriores proyectos, sino que se trata de un matrimonio que se celebra totalmente ante el oficial del Registro civil²⁵⁶.

Este Proyecto del libro Primero fue retirado, sin llegar a discutirse, por el nuevo Ministro de Gracia y Justicia, Martín de Herrera, político moderado, que pretendía establecer un sistema diferente: mantener el matrimonio canónico como preferente y el civil como subsidiario. No obstante, el Gobierno deseaba la obligatoriedad del matrimonio civil, una vez instaurada la libertad de cultos, de manera que el sistema del Ministro era insostenible. El 13 de julio de 1869 Martín de Herrera cesó en el ministerio, sustituyéndole Ruiz Zorrilla. Se designó como subsecretario a Eugenio Montero Ríos. Éste nombró una comisión integrada por todas las fracciones políticas, a excepción de los tradicionalistas²⁵⁷.

Ante el fracaso de los sucesivos Proyectos de Código Civil, el Gobierno tomó conciencia de las dificultades de la Codificación y optó por regular determinadas materias a través de Leyes especiales, que serían de vigencia general para la nación. Una de ellas fue la Ley de Matrimonio Civil de 1870. El Proyecto de ley fue realizado por Montero Ríos y presentado por Ruiz Zorrilla en las Cortes.

Habida cuenta de la inexistencia de Código, la Ley pretendía abarcar no sólo las normas relativas al acto matrimonial y sus requisitos, sino «todos los efectos jurídicos del matrimonio en la esfera personal y patrimonial de los cónyuges y sus descendientes». De ahí su extensión (cien artículos) y que se la haya calificado de pequeño «Código de Familia»²⁵⁸.

Así pues, desde el Concilio de Trento la legislación canónica matrimonial fue la única vigente en España hasta que se promulgó la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Esta Ley secularizó la normativa canónica. No obstante, se mostró más respetuosa con la Iglesia católica que el Proyecto de Romero Ortiz de 1869, buscando fórmulas de compromiso que evitasen los posibles conflictos que pudieran suscitarse en la sociedad española.

No obstante, la Ley generó una gran controversia social y política. La prensa católica la criticó con dureza. Cuando se presentó el Proyecto en las Cortes, la revista *La Cruz* se refirió al mismo como «Proyecto de ley de matrimonio civil, o de mancebía, hablando en castellano». Manuel José Rodríguez, en la mencionada revista, comentaba, respecto del artículo 1º, en el que se reconoce que el matrimonio es perpetuo e indisoluble, que «con esta verdad católica, y sólo católica, se pretende cubrir con el manto de la moralidad cristiana la hediondez del proyecto de una ley de barraganía». Asimismo, censuraba que la celebración del matrimonio tuviese lugar ante la autoridad civil,

²⁵⁶ J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., pp. 56 y 57.

²⁵⁷ F. MARTÍ GILBERT: *El matrimonio...*, cit., pp. 44-47.

²⁵⁸ R. ROLDÁN VERDEJO: *La Ley del matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, 1980, p. 25.

afirmando que «el acto no puede ser más repugnante; y como es herético, sacrilego e impío, se obliga a los católicos a cometer una herejía, un sacrilegio y una impiedad»²⁵⁹. Vilarrasa preguntaba a los defensores del matrimonio civil: «¿Qué excesos, qué desórdenes, qué clase de opresión, qué tiranía reclamaba la secularización del matrimonio? ¿Quién habrá protestado en España contra la maternal tutela de la Iglesia sobre el génesis de la familia?». Desde su punto de vista, sólo una docena de diputados impíos y un centenar de españoles, que dijeron que no eran católicos, estarían de acuerdo con el cambio introducido en la institución del matrimonio²⁶⁰.

El Proyecto, no obstante, fue presentado como un texto conciliador, que abordaba la institución del matrimonio de manera muy similar a la regulación contenida en la legislación canónica. Montero Ríos quiso que las parejas se casaran civilmente con las mismas condiciones que antes se casaban en la Iglesia, reconociéndose los mismos impedimentos y causas para crear o romper el vínculo²⁶¹. Este espíritu –sin perjuicio de mantenerse las firmes convicciones que sirvieron de base al liberalismo radical sobre el que se sustenta la Constitución de 1869 y la legislación posterior–, se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley²⁶². En la misma se reconoce el carácter dual del matrimonio: «en este doble carácter del matrimonio descansa como firmísima base la legitimidad de la legislación religiosa que lo consagra, y de la legislación del Estado que lo regulariza y protege». El Estado separa, por tanto, su legislación de la canónica, planteando el legislador dos sistemas de organización del matrimonio civil: «consiste el primer sistema en reconocer como legítimos los matrimonios que se celebran según los ritos de cualquier religión positiva que no viole las reglas universales de la moral y el derecho. Consiste el segundo en prescindir en el matrimonio de la sanción religiosa, organizándolo como una institución civil».

Montero Ríos optó por el segundo, pues «el primer sistema viola el principio fundamental de la Constitución de todo pueblo libre: la igualdad ante la ley... y produciría como resultado inmediato y necesario la desigualdad sustancial de derechos y de deberes de los ciudadanos de un mismo Estado sobre el acto más importante de la vida, e imprimiría también una marca infamante en la frente del que tuviere la desgracia de carecer de creencias religiosas...»²⁶³. Así pues, la Ley, en su artículo 2, declara la obligatoriedad del matrimonio civil

²⁵⁹ *La Cruz* I, 1870, pp. 253-283 y 349-379, cit. por F. MARTÍ GILABERT: *El matrimonio...*, cit., pp. 48 y 49.

²⁶⁰ E. M.^a VILARRASA y J. I. GATELL: *Historia de la Revolución de Septiembre. Sus causas, sus personajes, sus doctrinas y sus resultados*, tomo I, Barcelona, 1875, pp. 889 y 890.

²⁶¹ En este sentido, Vilarrasa y Gatell atacarán esta adaptación de las disposiciones canónicas a la ley civil señalando: «La Revolución copió las leyes dictadas por la sabiduría católica, y apoyó en este plagio indigno su plan de secularización» (*ibidem*, p. 912).

²⁶² Publicada en el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Legislatura de 1869, apéndice 1.º al núm. 185.

²⁶³ *Ibidem, passim*.

para todos los españoles, con independencia de su credo religioso, otorgando efectos civiles sólo a ese matrimonio²⁶⁴.

Durante el debate parlamentario del Proyecto, el diputado Diego Madrazo, mencionó la existencia de tres sistemas diferentes que podían haberse adoptado: «El inglés, donde se da fuerza al matrimonio contraído en la forma por la religion á que los contrayentes pertenezcan; el de Portugal, donde los católicos tienen el matrimonio religioso, y el civil se halla establecido para las demás religiones; ó el de Francia, Italia, Baviera, Bélgica y Austria, en cuyas naciones se encuentra establecido el matrimonio civil». Madrazo opinaba que en Inglaterra era muy vivo el sentimiento de la libertad, pero no tanto el de la igualdad, que tanto dominaba en los pueblos de raza latina. Por tanto, en aquel país podía subsistir ese sistema tan desigual, pero no en España. Además, aceptarlo supondría admitir las reglas establecidas por todas las religiones y, por otro lado, marginaría a aquellas personas «que no tienen culto externo, y era preciso dejarles el matrimonio civil, pues el que adora á Dios en lo íntimo de su conciencia no es menos digno que el que adora á los dioses del paganismo». Pero, en su opinión, existía una razón aún más importante para rechazar el sistema inglés: «Los conflictos continuos entre la Autoridad religiosa y la civil, porque esta tiene que intrusarse con su poder coercitivo en atribuciones que no son suyas, siendo el ejecutor de disposiciones que no ha dictado. Si cede su poder á la Iglesia, convierte el báculo en espada; y esto es contrasentido, porque el sentimiento religioso se lleva á las conciencias por el amor y la fe, no pudiéndose obtener por la fuerza más que un acto externo que no es otra cosa que la hipocresía». Tampoco era admisible el sistema de Portugal, que también tenía el inconveniente de la desigualdad, pues mientras unos contraían matrimonio por la Iglesia, otros se casaban de otra manera. Por otro lado, existían impedimentos distintos para los contrayentes en función del tipo de matrimonio; y, finalmente, «adoptando el matrimonio de un culto, hay necesidad de establecer entre el Estado y la Iglesia ciertas relaciones que son funestas». Por las razones expuestas, Madrazo consideraba necesario adoptar el tercer sistema, que sólo reconoce el matrimonio civil²⁶⁵.

El artículo 28 de la Ley, atribuía la competencia para la celebración del matrimonio a la autoridad judicial –Juez municipal–²⁶⁶ frente al Proyecto de 1869, que la confiaba a un funcionario administrativo: el oficial del Registro Civil, nombrado por cada Ayuntamiento (art. 62)²⁶⁷. El artículo 29 especifi-

²⁶⁴ F. BLASCO GASCO, M. CLEMENTE MEORO, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, V. L. MONTES PENADÉS, L. PRATS ALBENTOSA, E. ROCA I TRIAS y M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derecho de Familia*, Valencia, 1991, p. 42.

²⁶⁵ *Gaceta de Madrid*, 24 de abril de 1870, p. 3.

²⁶⁶ *Ley del matrimonio civil de 1870*, en R. ROLDÁN VERDEJO: *La Ley...*, cit., art. 37: «El matrimonio se celebrará en el local de la audiencia pública del juez que hubiere de autorizarlo, a no ser que éste acuerde otra cosa, a instancia de los contrayentes, por hallarse alguno de ellos en la imposibilidad de concurrir al local mencionado o por otra causa análoga».

²⁶⁷ *Proyecto de Código Civil de 1869*, art. 62: «Los Ayuntamientos nombrarán un funcionario que se llamará Oficial del registro civil, encargado de autorizar con su presencia los matrimonios y de llevar las actas del registro civil, bajo la inspección de los mismos».

caba que había de entenderse por competente: «El del domicilio o residencia de los contrayentes o de cualquiera de ellos, a elección de los mismos»²⁶⁸. La celebración del matrimonio tendría lugar en el local de audiencia pública del juez municipal que correspondiera, requiriéndose la asistencia de dos testigos²⁶⁹.

A pesar de su espíritu conciliador, la Ley no se adecuaba a la conciencia social de la época y, prueba de ello, es que numerosas parejas continuaron contrayendo matrimonio según las prescripciones de la Iglesia católica, es decir, según su ceremonial. No obstante, al no tener validez legal el matrimonio canónico ante el Estado, tales uniones constituyeron concubinatos y los hijos nacidos de éstos tuvieron que ser inscritos como naturales²⁷⁰. Otras parejas optaron por casarse civilmente, para que su matrimonio tuviera efectos legales, pero también por la Iglesia²⁷¹. No había ningún inconveniente en que así se procediera, ya que, como señalaba Madrazo, el Proyecto²⁷² daba libertad a los contrayentes para celebrar el acto sacramental²⁷³.

Tras la Restauración, y en plena etapa canovista, un Decreto de 22 de enero de 1875 preceptuó que los hijos de matrimonio canónico, cuya inscripción en el Registro civil fuese solicitada, se inscribiesen como hijos legítimos, siempre que se hiciera constar legalmente el matrimonio de sus padres. Asimismo, los hijos de matrimonio canónico que estuvieran inscritos como hijos naturales, a instancia de parte, podrían inscribirse como legítimos, rectificándose los asientos que de ellos se hubieran efectuado²⁷⁴.

²⁶⁸ *Ley del matrimonio civil de 1870*, art. 29: «Es juez municipal competente para autorizar el matrimonio el del domicilio o residencia de los contrayentes, o de cualquiera de ellos, a elección de los mismos.

Se entiende por residencia para los efectos de párrafo precedente, la permanencia del interesado en el término municipal con dos meses de antelación; y si se tratase de militares en activo servicio, se considerará residencia de los mismos la del territorio donde se halle, aunque sea accidentalmente, el cuerpo a que pertenezcan o en que se radicare el empleo, cargo o comisión militar que estuvieren desempeñando».

²⁶⁹ *Ley del matrimonio civil de 1870*, art. 37: «El matrimonio se celebrará en el local de la audiencia pública del juez que hubiere de autorizarlo, a no ser que éste acuerde otra cosa, a instancia de los contrayentes, por hallarse alguno de ellos en la imposibilidad de concurrir al local mencionado o por otra causa análoga». Vid. R. ROLDÁN VERDEJO: *La Ley...*, cit., pp. 236-238.

²⁷⁰ J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 61.

²⁷¹ Vilarrasa y Gatell afirmaban: «La Iglesia rebose de júbilo al recordar que sus hijos le han sido fieles en los tiempos de las tentaciones oficiales; y la espontaneidad de la presentación de los desposados ante el altar en estos últimos años es un testimonio vivo, convincente del espíritu religioso de nuestro pueblo» (E. M.^a VILARRASA y J. I. GATELL: *Historia...*, cit., pp. 916 y 917).

²⁷² El artículo 34 señalaba: «Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil».

²⁷³ *Gaceta de Madrid*, 24 de abril de 1870, p. 3.

²⁷⁴ *Ibidem*, 23 de enero de 1875, p. 188: «... El Rey, y en su nombre el Ministerio-Regencia, ha acordado lo siguiente:

Artículo 1.º Los hijos procedentes de matrimonio exclusivamente canónico, cuya inscripción en el Registro civil fuere competentemente solicitada, serán inscritos como hijos legítimos siempre que se haga constar legalmente el matrimonio de sus padres (...).

Las presiones de la Santa Sede y el acercamiento a la Iglesia del gobierno hicieron que un Decreto de 9 de febrero de 1875 –firmado por Francisco Cárdenas– derogase parcialmente la Ley de 1870, restituyendo efectos civiles al matrimonio canónico y dejando subsistente el matrimonio civil para los que no pudieran contraer el canónico por no profesar la religión católica²⁷⁵. Es decir, el matrimonio civil tendría carácter subsidiario: se reservaría para los que no profesaran la religión católica y sería igualmente indisoluble. No obstante, se exceptuaba de la derogación el capítulo V sobre los efectos generales del matrimonio respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes²⁷⁶. Por tanto, se implantaba, con

Art. 3.º Los hijos de matrimonio exclusivamente canónico inscritos hasta el día como hijos naturales se inscribirán desde luego á instancia de parte como legítimos, rectificándose para este efecto los asientos que de ellos se hayan verificado (...). Vid. J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 66; F. MARTÍ GILABERT: *El matrimonio...*, cit., p. 140.

²⁷⁵ El Decreto sostenía que la «ley de 18 de junio de 1870, prescindiendo de que el matrimonio es Sacramento entre los católicos, y sin considerar bastante que la religion santa que así lo establece es la única que con pocas excepciones profesa la Nacion española, hizo depender la validez del sagrado vínculo nupcial, respecto á sus efectos legales, no tanto de las condiciones prescritas por la Iglesia, cuanto de las nuevamente introducidas por el Estado. Hasta entonces habia existido perfecto acuerdo sobre este punto fundamental entre la legislacion civil y la canónica. Nuestros Monarcas, rindiendo justo tributo á la fé religiosa de los españoles, se habian limitado á sancionar con su autoridad en el órden civil el matrimonio instituido por Dios y regularizado por la Iglesia. Leyes recientes, nacidas enmedio de los disturbios políticos, negando toda eficacia á aquella santa institucion y sustituyéndola con actos profanos y formalidades administrativas que pugnan con nuestras costumbres, han hecho cesar aquel feliz acuerdo entre ámbas legislaciones, rebajando la dignidad del matrimonio y la familia (...) Si la sustitucion del Párroco por el empleado público en la celebracion del matrimonio puede ser indispensable para los que no reconocen la autoridad de la Iglesia ó profesan cultos cuyos ministros no tienen la organizacion ni las condiciones adecuadas para que el Estado se atenga á su testimonio en cuanto se refiera al ejercicio de una funcion social tan importante, no sucede lo mismo cuando la mayoría ó la casi totalidad de los súbditos prefiere confiar esta funcion al ministro de la Iglesia, y no hay motivo para que el Estado se la niegue por desconfianza.

De no haberse tenido bastante en cuenta esa circunstancia esencialísima ha resultado otro desacuerdo lamentable entre la opinion pública, inspirada por la fé religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil; desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula á la inobservancia de la misma ley con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes.

Por estas graves consideraciones el Gobierno se cree en el deber imperioso de apresurarse á restablecer la conveniente armonía entre la legislacion civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo á este santo Sacramento todos los efectos que le reconocian nuestras antiguas Leyes, y restituyéndolo á la exclusiva jurisdiccion de la Iglesia (...).

Por eso el Gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la ley de 1870, con excepcion de un solo capítulo que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede ménos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído ó lleguen á contraer los que no profesando la religion de nuestros padres estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento...» (*Gaceta de Madrid*, 10 de febrero de 1875, tomo I, p. 363).

²⁷⁶ *Decreto de 9 de febrero de 1875*: «Art. 5.º (...) Exceptuáanse tan sólo de esta derogacion las disposiciones contenidas en el capítulo 5.º de la misma ley, las cuales continuarán aplicándose, cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato de matrimonio».

este Decreto, un sistema matrimonial mixto, en el que se concedían efectos civiles al matrimonio canónico²⁷⁷.

Por otro lado, el decreto conservaba el matrimonio civil para los que no pudieran contraer matrimonio canónico en la presencia de un párroco²⁷⁸ y no mencionaba el supuesto de la unión de un cónyuge católico con otro disidente. Estos dos casos de matrimonio civil fueron rechazados por la Iglesia y se dieron instrucciones al primer nuncio de la Restauración en España, Monseñor Simeoni, para que inculcase a los obispos que impidieran este tipo de uniones en sus diócesis²⁷⁹.

La Ley de 1870, a pesar de su breve vigencia, dejará tras de sí importantes innovaciones que pasan al Código Civil de 1889. En concreto, se introduce la forma matrimonial civil, frente al sistema matrimonial exclusivamente canónico, que no fue restaurado. El artículo 42 del Código Civil –considerado como «una fórmula transaccional»²⁸⁰– reconoce una dualidad de formas de matrimonio, el civil y el canónico, especificando que éste deberá celebrarse cuando al menos uno de los contrayentes sea católico. El matrimonio canónico produciría efectos civiles mediante la inscripción en el Registro civil. Dicha inscripción no se encontraba prevista en los Proyectos anteriores y fue resultado de la aplicación de la Base concordada con León III²⁸¹.

El Código civil, por consiguiente, obligaba a los católicos a casarse por la Iglesia. No obstante, reinando ya Alfonso XIII, en 1906, el Nuncio comunicó al Gobierno el abuso que cometían algunos jueces municipales al consentir que católicos celebrasen matrimonios sólo por lo civil, pues, siendo confesional el Estado, debía impedirse que los contrayentes españoles rechazasen el sacramento sin abjurar del catolicismo²⁸². Sin embargo, el ministro de Gracia y Justicia, conde de Romanones, eximió a los españoles que desearan casarse civilmente de toda declaración relativa a la religión que profesaran²⁸³. Una

²⁷⁷ Vid. J. BARÓ PAZOS: *La Codificación...*, cit., p. 190.

²⁷⁸ *Decreto de 9 de febrero de 1875*: «... Así, cesará el matrimonio civil para todos los que puedan contraer el canónico: se conservará tan sólo aquella forma de contrato para los que no la puedan hacer consagrar por el Párroco...».

²⁷⁹ «Con el reciente decreto del 9 de febrero se reconoce el valor y los efectos civiles del matrimonio celebrado según los sagrados cánones, conservándose para los católicos la obligación penal del registro civil, y se dispone que las causas matrimoniales pendientes en los magistrados del reino se remitan a los competentes tribunales eclesiásticos. Como, sin embargo, se conserva el contrato civil para aquellos que no pueden contraer el matrimonio religioso en la presencia del párroco, y no se contempla el caso de la unión entre un católico y una disidente o viceversa, el señor nuncio inculcará eficazmente a los obispos de poner todo su empeño para impedir que bajo esta forma se introduzcan semejantes consorcios en sus diócesis», en V. CÁRCCEL ORTÍ: «Instrucciones a Simeoni, primer nuncio de la Restauración», *Revista española de Derecho Canónico*, 33 (1977), p. 158.

²⁸⁰ R. ROLDÁN VERDEJO: *La Ley...*, cit., p. 286.

²⁸¹ J. BARÓ PAZOS: *La Codificación...*, cit., p. 275; J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 74.

²⁸² J. ANDRÉS-GALLEGO: *La política religiosa en España, 1891-1913*, Madrid, 1975, pp. 283-287; F. MARTÍ GILABERT: *El matrimonio...*, cit., p. 141.

²⁸³ *Gaceta de Madrid*, 28 de agosto de 1906, 831: «... Considerando que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla

Circular de la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado, publicada en la *Gaceta de Madrid* el 8 de septiembre de 1906, insistía en que se cumpliera la disposición²⁸⁴. El periódico *El Liberal* dio gran importancia a esta medida, señalando que «el jalón, aunque chico, es sólido (...) Después de todo, ese sencillo documento implica la restauración del matrimonio civil en España».²⁸⁵ La Iglesia rechazó enérgicamente la resolución del Gobierno e, incluso, el Obispo de Túy llegó a ofender personalmente, a través de una Carta pastoral, al responsable de la misma, el conde de Romanones. Éste llegó a plantearse demandarlo y envió una Real orden al Fiscal del Tribunal Supremo, que quedó sin efecto después de retractarse el mencionado Obispo²⁸⁶.

Durante la II República, se procede de nuevo a la secularización del matrimonio, por medio de la Ley de 28 de junio de 1932²⁸⁷. Se vuelve a establecer la forma civil obligatoria para la validez del matrimonio, al igual que sucedía en la Ley de 1870²⁸⁸. Ahora bien, la Ley de 1932, al tener tras sí el Código Civil, se limitaba a regular lo indispensable para la puesta en marcha del matrimonio civil, y resolvía la cuestión en seis artículos, frente a los cien que integraban la Ley de 1870. Por otro lado, la Ley de 1932, a diferencia de la de 1870, suprimió los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa solemne y admitió el divorcio vincular²⁸⁹.

comprendida ni en los artículos 86 y 89 del citado Código, ni en cuantos se refieren á la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código (...) S.M. el Rey (Q.D.G.) se ha servido resolver que no se exija á los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme á las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa á la religión que profesen...».

²⁸⁴ *Ibidem*, 8 de septiembre de 1906, 987: «Resueltas ya con perfecta unidad de criterio por la Real orden de 27 del corriente agosto las diversas dudas consultadas á esta Dirección por los Jueces de primera instancia y municipales sobre la procedencia y legalidad de exigir á los contrayentes del matrimonio civil la previa declaración de no ser católicos, que originaba constantes protestas de los interesados, y habiéndose ordenado que en lo sucesivo no se exija en forma alguna dicha declaración; esta Dirección general tiene el deber de comprobar que ha llegado á conocimiento de todos los Jueces municipales la citada disposición (...) No serán de aplicación en lo sucesivo, juntamente con la Real orden de 28 de diciembre de 1900, la Circular de 2 de marzo de 1875 y las Resoluciones de esta Dirección de 19 de junio de 1880, 31 de julio de 1905 y cuantas, de conformidad con ellas exigían, que uno por lo menos de los contrayentes declarase no ser católicos...».

²⁸⁵ *El Liberal*, 28 de agosto de 1906, cit. por F. MARTÍ GILABERT: *El matrimonio* cit., p. 141.

²⁸⁶ *Gaceta de Madrid*, 6 de octubre de 1906, tomo IV, p. 67.

²⁸⁷ Ley publicada en la *Gaceta de Madrid* del 3 de agosto de 1932.

²⁸⁸ Ley de 28 de junio de 1932, artículo 1.º: «A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil...»; artículo 4.º: «La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de esta Ley...». Vid. J. A. CABALLERO GEA: *La ley* cit., pp. 84 y 85; F. BLASCO GASCO, M. CLEMENTE MEORO, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, V. L. MONTES PENADÉS, L. PRATS ALBENTOSA, E. ROCA I TRIAS y M.º R. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derecho de Familia...*, cit., pp. 42 y 43.

²⁸⁹ F. MARTÍ GILABERT: *El matrimonio...*, cit., p. 142.

Los metropolitanos españoles dieron una *Instrucción pastoral*, publicada el 25 de julio de 1932, en la que, después de recordar cuál era la doctrina respecto del matrimonio, manifestaron que no consideraban ilícita la comparecencia ante el oficial del Estado para «llenar las formalidades prescritas por la misma ley al solo objeto de disfrutar de los efectos civiles del matrimonio»²⁹⁰.

El 3 de marzo de 1937, la Iglesia, a través del cardenal Gomá, solicitó al general Franco la urgente derogación de la Ley republicana, pues consideraba que el divorcio vincular repugnaba a la conciencia de la mayoría de los españoles y ocasionaba grandes males. Franco, le respondió que él también deseaba eliminar de la legislación todo cuanto atentase a la conciencia católica de España, pero había que tener en cuenta que, en primer lugar, «no le parecía oportuno derogar leyes tan fundamentales sin la solemnidad análoga a la que las creó», y, en segundo lugar, se encontraba «ahora precisado a tratar, en España y fuera de ella, con gentes cuyo concurso necesito y que podrían recelar, desde sus puntos de vista, de una actuación demasiado rápida en el sentido que Su Eminencia me indica. Cuando hayamos logrado la fuerza que esperamos dentro de poco tiempo, procederemos sin trabas»²⁹¹.

La ley del matrimonio civil de la Segunda República fue derogada por Ley de 12 de marzo de 1938 –por tanto, desarrollándose aún la guerra civil–, restableciéndose el sistema anterior, es decir, el Código Civil y las disposiciones complementarias.

La exposición de la Ley de 1938 señalaba: «La Ley de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos constituye una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único, posible legalmente en España, desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia nacional. Se impone en consecuencia, como imperativo de justicia y desagravio a la conciencia católica de los españoles, la apremiante derogación de la sectaria Ley de veintiocho de junio del mil novecientos treinta y dos, volviéndose a la legalidad del Código Civil, cuyos preceptos en la materia regularán el matrimonio mientras el Estado Español no determine la adopción de normas que lo modifiquen»²⁹².

La Ley de 12 de marzo de 1938, firmada por el general Franco y el Ministro de Justicia, Tomás Domínguez Arévalo, otorgó efectos civiles a los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley republicana y exigió que las partidas sacramentales de estos matrimonios, que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, se transcribieran en el Registro Civil, de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días, a contar desde

²⁹⁰ *Boletín Oficial del Obispado de Madrid-Alcalá* (16 de agosto de 1932), pp. 281-287, cit. por F. MARTÍ GILBERT: *El matrimonio...*, cit., pp. 142 y 143, n. 17.

²⁹¹ A. GRANADOS: *El Cardenal Gomá, Primado de España*, Madrid, 1969, p. 107.

²⁹² *BOE*, 21 de marzo de 1938, p. 6354.

la publicación de la Ley²⁹³. No obstante, este plazo se fue prorrogando, tal y como pone de manifiesto una Orden de 31 de diciembre de 1940, que disponía que los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la mencionada Ley de la República «que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta nueva disposición, con la simple presentación en los mismos del certificado correspondiente, expedido con las formalidades legales»²⁹⁴.

La Ley de 24 de abril de 1958 dio una nueva redacción a determinados artículos del Código civil, que afectaban esencialmente, al régimen del matrimonio (título cuarto del Libro primero) «para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y tres entre la Santa Sede y el Estado español»²⁹⁵. Se modifican, por ejemplo, el artículo 42 («La Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica») y los artículos 75²⁹⁶ y siguientes del Código, redactándolos con mejor terminología y técnica, pero manteniendo el sistema de matrimonio civil subsidiario²⁹⁷. En el matrimonio civil, se exigió a los contrayentes la previa declaración de no profesar la religión católica²⁹⁸.

Tras la Constitución de 1978, necesariamente debía cambiar esta situación ya que en la misma se adoptaban los principios de no confesionalidad del

²⁹³ *Ley de 12 de marzo de 1938*: «Artículo segundo: Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos, producirán todos los efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas. A los fines de los artículos 325 y 327 del Código civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos, que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el Registro de este nombre, de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días, a contar desde la publicación de esta Ley».

²⁹⁴ *BOE*, 4 de enero de 1941, p. 78.

²⁹⁵ *BOE*, 25 de abril de 1958, p. 730.

²⁹⁶ *Ley de 24 de abril de 1958*: «Artículo setenta y cinco.—El matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica.

Artículo setenta y seis.—El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles. Para que éstos sean reconocidos bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil...».

²⁹⁷ J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 98.

²⁹⁸ *Ley de 24 de abril de 1958*: «Artículo ochenta y seis.—Los que con arreglo al artículo cuarenta y dos pretendan contraer matrimonio en forma civil presentarán en el Registro Civil de su domicilio una declaración firmada por ambos contrayentes en que conste:

Primero: Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes.

Segundo: Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres.

Acompañarán a esta declaración la prueba de nacimiento y del estado civil, la licencia, si procediere, y la dispensa cuando sea necesaria.

Asimismo, presentarán la prueba de no profesar la religión católica».

Estado y de libertad religiosa²⁹⁹, de modo que el sistema de matrimonio subsidiario del antiguo artículo 42 CC fue sustituido por el sistema matrimonial facultativo en el que se integraba, como opción, el matrimonio canónico³⁰⁰.

Ateniéndose al mandato constitucional (artículo 16. 2: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»), la Instrucción de la Dirección General de los Registros, de 26 de diciembre de 1978, excluyó la necesidad de declarar la confesión religiosa del contrayente, permitiendo la elección de una u otra forma de matrimonio con mayor libertad³⁰¹.

Por otra parte, el Concordato de 27 de agosto de 1953 fue sustituido por Acuerdos parciales entre la Santa Sede y el Estado español. El de 3 de enero de 1979 –sobre asuntos jurídicos– establece, en su artículo 6.1: «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil...»³⁰².

Al hacer el art. 32 de la Constitución de 1978 reserva de ley sobre la regulación del matrimonio, la Ley de 7 de julio de 1981³⁰³ modificó todo el título 4 del Libro I del Código, es decir, todo el Derecho matrimonial personal. El nuevo artículo 60 CC dispone que: «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas previstas en el artículo anterior (es decir, conforme a una cualquier confesión religiosa inscrita) produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente». Dentro del mencionado

²⁹⁹ Constitución Española de 1978 (BOE, 29 de diciembre de 1978, n. 311-1): «Artículo 16:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

³⁰⁰ J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho de Familia*, vol I, Barcelona, 1990, 93 y 94.

³⁰¹ BOE, 30 de diciembre de 1978, n. 312, p. 29439: «La aprobación de la Constitución Española ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre celebración del matrimonio civil. En efecto, el artículo 32-1 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y su artículo 16-2 señala que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (artículo 16-3) y de no discriminación por razón de religión (artículo 14), y llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el juez o cónsul no pueden preguntar...». Vid. F. BLASCO GASCO, M. CLEMENTE MEORO, A. M. LÓPEZ y LÓPEZ, V. L. MONTES PENADÉS, L. PRATS ALBENTOSA, E. ROCA I TRIAS y M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derecho de Familia...*, cit., p. 43.

³⁰² J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho de Familia* cit., 94.

³⁰³ BOE, 20 de julio de 1981, n. 172.

capítulo, que trata de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, el artículo 63 señala lo siguiente: «La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título»; es decir, los requisitos de los artículos. 45 a 48 y 73 a 78 CC.

2. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES CON PERMANENCIA DEL VÍNCULO

En el Proyecto de 1821 se establecía que el matrimonio válido sólo podía disolverse por la muerte³⁰⁴. En el artículo 332 se prohibía expresamente «la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito». No obstante, sí se autorizaba la separación indefinida del matrimonio por alguna causa justa que declarase como tal la autoridad competente. En concreto, se reconocían tres causas legítimas: el adulterio de uno de los cónyuges, la crueldad de trato y las desavenencias capitales nacidas de causas permanentes. Por otro lado, no se consideraban causas válidas el furor o demencia ni la enfermedad, aunque fuese crónica o contagiosa³⁰⁵.

Sin embargo, la doctrina de la época sí admitía que, aparte del fallecimiento de uno de los cónyuges, el matrimonio pudiera divorciarse, entendiéndose el divorcio no sólo como suspensión de la cohabitación, sino también como ruptura del vínculo conyugal. Juan Sala decía que el divorcio «llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*» no es otra cosa que «separacion entre el marido y la muger. Esta puede ser en quanto al vínculo matrimonial, ó solamente en quanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum*». El autor mantenía que el vínculo sólo podía romperse en el matrimonio rato y no consumado por la profesión religiosa de uno de los cónyuges, remitiéndose a las Partidas³⁰⁶.

En el mismo sentido se pronunciaba Tapia, que afirmaba que «si el matrimonio fuere rato y no consumado se disolverá tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos». Por otro lado, este autor admitía la suspensión de la cohabitación «cuando media alguna justa causa, como enfermedad con-

³⁰⁴ Proyecto de Código Civil de 1821, art. 331: «El matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte».

³⁰⁵ Vid. J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., pp. 47-50.

³⁰⁶ J. SALA: *Ilustracion...*, cit, pp. 37 y 38: «El matrimonio consumado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, l. 2. l. 5. tit. 10. p. 4. pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de qualquiera de los dos, l. 5. tit. 10. P. 4. El divorcio ó separacion, en quanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro, y otras causas».

tagiosa, adulterio, mal trato & c.»³⁰⁷. Por tanto, Tapia consideraba la enfermedad contagiosa como causa legítima de separación de los cónyuges, a pesar de que en el Proyecto, como hemos visto, se rechazaba expresamente.

El Proyecto de 1836 hacía referencia a la posibilidad de que la separación del matrimonio no sólo fuese en cuanto a la cohabitación sino también respecto al vínculo, pero no determinaba en qué casos tendría lugar ésta³⁰⁸. Sí enumeraba las causas legítimas que permitían la suspensión de la cohabitación. Éstas, más numerosas que las reconocidas en el Proyecto anterior, aparecían detalladas en el artículo 233³⁰⁹. Por otro lado, en el artículo 235, se excluía el mutuo consentimiento de los cónyuges como causa suficiente para la separación del matrimonio.

Gómez de la Serna y Montalbán indicaban que el matrimonio podía disolverse por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio, entendido como «legítima separación de los conyuges». Debía siempre realizarse por decisión de la autoridad eclesiástica y podía ser «ó relativo al vínculo ó á la habitacion». Los autores diferenciaban un caso de otro señalando que el primero «disuelve el matrimonio, el segundo solo separa la habitacion de los casados». La ruptura del vínculo tenía lugar en el matrimonio rato y no consumado por la profesión religiosa de cualquiera de los cónyuges. La separación de los cuerpos con permanencia del vínculo podía producirse por malos tratos, adulterio, enfermedad contagiosa u otros casos semejantes³¹⁰.

El Proyecto de García Goyena de 1851 admitía el divorcio, pero no como modo de disolver el vínculo matrimonial, sino como medio de suspender la convivencia de los cónyuges³¹¹. Se trataba de la separación de «mesa y cama» o el «divorcio impropio» al que aludía García Goyena³¹². Por otro lado, el artículo 77 señalaba que «el mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio, ni autoriza su voluntaria separación». Al no romperse el vínculo con el divorcio, el artículo 75 sometía el conocimiento de las causas de divor-

³⁰⁷ E. DE TAPIA: *Febrero...*, cit., pp. 19 y 20.

³⁰⁸ *Proyecto de Código Civil de 1836*, art. 231: «La separación del matrimonio puede ser respecto al vínculo o en cuanto a la cohabitación».

³⁰⁹ *Proyecto de Código Civil de 1836*, art. 233: «Son causas legítimas para pedir la separación de los cónyuges en cuanto a la cohabitación:

- 1.º La demencia o cualquier enfermedad que a juicio de los facultativos cause riesgo inminente a la vida del otro consorte, por todo el tiempo que dure aquella.
- 2.º El adulterio.
- 3.º La excesiva crueldad en el trato.
- 4.º Haber querido obligar el uno de los cónyuges al otro a cometer algunos delitos graves.
- 5.º Haber querido obligar o persuadir a la mujer a que se prostituya.
- 6.º La mudanza de religión católica en uno de los consortes.
- 7.º La condenación a penas afflictivas por delitos infamatorios».

³¹⁰ P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN: *Elementos...*, cit., pp. 42 y 43.

³¹¹ *Proyecto de Código Civil de 1851*, art. 74: «El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados».

³¹² F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, 4 tomos, reimpr. Zaragoza, 1974, 89.

cio a los Tribunales civiles³¹³, lo que pudo originar el recelo de la Iglesia³¹⁴. En el artículo 76 del Proyecto se reunían un número elevado (aunque inferior al de las admitidas en el Proyecto anterior) de causas consideradas legítimas para divorciarse:

«1.º El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido, cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2.º Los malos tratamientos de obra o injurias graves.

3.º La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

4.º El conato del marido y la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución³¹⁵.

5.º La apostasía de uno de los cónyuges». Esta última causa se toma de las *Partidas*³¹⁶.

En lo que respecta a la disolución y nulidad del matrimonio, el Proyecto se remitía a las normas canónicas, perteneciendo a los Tribunales eclesiásticos el conocimiento de sus demandas³¹⁷. En los momentos previos al Concordato de 1851, se admitía de esta manera la autoridad de la Iglesia en una materia conflictiva en las relaciones Iglesia-Estado³¹⁸.

El Proyecto parcial de 1869, en el artículo 50, declaraba que el matrimonio era indisoluble y, por tanto, no se admitía el divorcio vincular, pero sí se reconocía la posibilidad de que los cónyuges dejesen de convivir, aún permaneciendo el vínculo. Por otra parte, se declaraba que el consentimiento de los cónyuges no era causa de divorcio ni permitía que pudieran separarse³¹⁹. Seguía

³¹³ *Proyecto de Código Civil de 1851*, art. 75: «El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente a los Tribunales civiles».

³¹⁴ F. TOMÁS Y VALIENTE: *Códigos y Constituciones (1808-1878)*, Madrid, 1989, p. 27.

³¹⁵ Causa ésta que, según Ortiz de Zárate, adolece de un defecto en su redacción ya que, si se acepta como causa legítima de divorcio de uno de los cónyuges frente al otro la corrupción o prostitución de los hijos, la copulativa «y» debería sustituirse por la disyuntiva «o» en la frase «conato del marido y la mujer...». Vid. R. ORTIZ DE ZÁRATE: «Observaciones al proyecto de Código civil», *Revista de los Tribunales y de la Administración*, Madrid, 1852, 28-29; J. BARÓ PAZOS: *La Codificación...*, cit., p. 119.

³¹⁶ P. 4, 10, 2: «Propiamente son dos razones, e dos maneras de departimiento, aque pertenesce este nome de diuorcio, como quier que sean muchas razones, porque departen aquellos que semejan que sean casados e no lo son, por algun embargo, que ha entre ellos. E destas dos, es la vna religion la otra pecado de fornicio.... Esso mismo seria, del que fiziesse fornicio espiritualmente, tornandose hereje o moro, o judío, si non quisiere fazer emienda de su maldad. E la razon por quel departimiento que es fecho sobre alguna destas dos cosas de religion, e fornicio, es propiamente llamado diuorcio: mas que el departimiento que se faze por razon de otros embargos, es porque maguer departelos que estouieren casados, segund dize en esta ley, e en la de ante della: siempre tiene el matrimonio assi que non puede casar ninguno dellos, mientras que biuieren: fueras ende, enel departimiento que fuesse fecho por razon de adulterio ca podria casar el que fincasse biuo despues que muriesse el otro».

³¹⁷ *Proyecto de Código Civil de 1851*, art. 90: «La nulidad del matrimonio se rige por las leyes de la Iglesia; y de las demandas de esta clase corresponde conocer a la autoridad eclesiástica».

³¹⁸ J. BARÓ PAZOS: *La Codificación...*, cit., p. 119.

³¹⁹ *Proyecto de Código Civil de 1869*, art. 50: «El matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble»; 101: «El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común

así la línea del Proyecto de 1851, salvo en dos cuestiones: no reconocía expresamente que perteneciera a los Tribunales civiles el conocimiento de las causas de divorcio, aunque lo hacía implícitamente a lo largo de todo el título, y, por otra parte, entre las causas de divorcio, desaparecía la apostasía de uno de los cónyuges, pues su mantenimiento era incompatible con el principio constitucional de libertad religiosa. Por lo demás, existía una perfecta identidad entre el capítulo 5, del título 5, del Proyecto de 1869, y el 4, del título 3, del Proyecto de 1851, si bien en el Proyecto de 1869 se añadía, como causa justa de divorcio «la condenación de un cónyuge a una pena perpetua». En concreto, el artículo 102 recogía las causas legítimas de divorcio. Eran las siguientes:

- «1.^a El adulterio de la mujer en todo caso, y del marido con escándalo público o menosprecio de la mujer o con concubina tenida y mantenida en casa.
- 2.^a Los malos tratamientos de obra o injurias graves.
- 3.^a La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 4.^a El conato del marido y de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 5.^a La condenación de un cónyuge a una pena perpetua.»

La Ley de Matrimonio Civil de 1870, en la exposición de motivos y en el artículo 1 reconocía, en concordancia con la legislación canónica, la indisolubilidad del matrimonio³²⁰. Concretamente, el artículo 1 decía: «El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble». Ahora bien, el postulado ideológico sobre el que se asienta la indisolubilidad matrimonial no es ya el carácter sacramental del vínculo, sino un principio de moralidad laica y orden público, en defensa de «la sociedad y sus más caros intereses»³²¹. Montero Ríos, en la sesión de 20 de abril de 1870, se refería al divorcio como «plaga, cáncer corrosivo, disolución de la familia» y en la exposición de motivos de la ley afirmaba: «En el matrimonio los cónyuges se unen para realizar los fines racionales de la vida. La procreación no es el único fin, ni aún siquiera el fin principal de la unión, porque son tan importantes como ella, la educación de la prole y la mutua cooperación de los esposos... Destruída la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio, se dificultará o imposibilitará la realización de los mencionados fines»³²². En consecuencia, la Ley desconocía el divorcio vincular, sólo

de los casados»; 103: «El mutuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio, ni autoriza su voluntaria separación».

³²⁰ F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., pp. 147 y 148.

³²¹ Exposición de motivos: «Si los cónyuges están obligados a esta vida común, y si esta obligación no se regula exclusivamente por un derecho privado correlativo, porque su principal fundamento es la moralidad y el orden público, no podrán los cónyuges por su sola voluntad divorciarse ni aun separarse, entre tanto que no haya una sentencia ejecutoria en la que la separación se ordena en nombre del poder público. De otro modo, la sociedad y sus más caros intereses quedarían entregados a las pasiones o al capricho de los cónyuges mal avenidos o ya cansados del cumplimiento de sus deberes»; art. 1: «el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble».

³²² E. GACTO FERNÁNDEZ: «El divorcio...», cit., p. 34.

admitía simple separación³²³. En concreto, en el artículo 83 se establecía que «el divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida en común de los cónyuges y sus efectos». Por otra parte, se señalaba, en el artículo 84, que «los cónyuges no podrán divorciarse, ni aun separarse, por mutuo consentimiento, para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial».

En realidad, el contenido legal de los mencionados artículos de la Ley de 1870 no era original, pues, como hemos visto, en los Proyectos de 1851 –artículos 74 y 77– y de 1869 –artículos 50, 101 y 103– se recogían los mismos principios. La innovación de la Ley, en relación a los Proyectos anteriores, residía en la intervención del Estado en materia reservada hasta entonces a la Iglesia Católica, en virtud del Pase otorgado por Felipe II a los decretos del Concilio de Trento³²⁴.

En el debate parlamentario, González Marrón, diputado de la Unión Liberal, señaló que había que tener en cuenta que se legisaba para un país católico y que no se podía pretender obligar a todos a creer que el matrimonio era sólo un contrato. Además, añadió que no tenía lógica que no pudieran entonces las parejas «descasarse»³²⁵. En el mismo sentido se pronunció Cruz Ochoa, diputado tradicionalista por Navarra, que manifestó que en la institución matrimonial era inseparable el contrato del sacramento y, precisamente por ese motivo, el mismo Proyecto sostuvo su indisolubilidad. Para el diputado, esa fuerza del vínculo no nacía de la ley civil, ya que, de ser así, el matrimonio, como cualquier otro contrato civil, podría deshacerse³²⁶.

Indudablemente, resultaba una incongruencia sostener la naturaleza contractual del matrimonio y no admitir su disolución pero si la sociedad española no estaba aún preparada para aceptar como válido el matrimonio al margen de la Iglesia, menos aún lo habría estado para admitir el divorcio vincular.

En relación a las causas legítimas del divorcio, la exposición de motivos de la Ley de 1870 señalaba que «el principio generador de todas ellas es el mismo en que se inspira la jurisprudencia eclesiástica, que es la más celosa de la perpetua y constante unión de los esposos». La Ley mantenía las causas de separación establecidas por la Iglesia en el momento en que se promulgó. No obstante, añadió algunos nuevos supuestos e incorporó ciertas inconsecuencias, precisamente por seguir los principios eclesiásticos. Las causas de divorcio se encontraban en el artículo 85, y eran las siguientes:

«1.º Adulterio de la mujer, no remitido expresa o tácitamente por el marido.

2.º Adulterio del marido con escándalo público o con el abandono completo de la mujer, o cuando el adúltero tuviere a su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera también sido remitido expresa o tácitamente por la mujer.

³²³ J. BARÓ PAZOS: *La Codificación* cit., 186; J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho de Familia...*, cit., p. 207; J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., p. 61.

³²⁴ R. ROLDÁN VERDEJO: *La Ley...*, cit., pp. 245 y 246.

³²⁵ *Diario de sesiones de las Cortes*, 21 de abril de 1870, pp. 7320-7323.

³²⁶ *Ibidem*, 25 de abril de 1870, p. 7433.

3.º Malos tratamientos graves de obra o de palabra inferidos por el marido a la mujer.

4.º Violencia moral o física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

5.º Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.

6.º Tentativa del marido para prostituir a su mujer, o la proposición hecha por aquél a ésta por el mismo objeto.

7.º Tentativa del marido o de la mujer para corromper a sus hijos y la complicidad en su corrupción o prostitución.

8.º Condenación por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges a cadena o a reclusión perpetua.»

Tanto las causas de divorcio como las de nulidad se sometían a la exclusiva competencia de los Tribunales civiles. Según el artículo 1 de la Disposición Transitoria, el conocimiento de las causas relativas a los matrimonios canónicos –los únicos existentes– antes de la entrada en vigor de la Ley continuarían sustanciándose ante los tribunales eclesiásticos. Pero, una vez promulgada la Ley, las sentencias de los Tribunales eclesiásticos sobre todo lo que constituyese objeto de la misma no producirían efectos civiles (Disposición general). Así pues, se establecía una neta separación entre el matrimonio eclesiástico, del que debía conocer exclusivamente la Iglesia, y el civil, objeto de la Ley, que era competencia del Estado³²⁷.

El Decreto de 9 de febrero de 1875 de Francisco de Cárdenas, que, como hemos indicado, derogó parcialmente la Ley de 1870, señalaba que las causas de divorcio y de nulidad debían remitirse a los Tribunales eclesiásticos³²⁸.

El Código Civil de 1889 sostenía que el matrimonio canónico, que, como vimos, se celebraría cuando al menos uno de los contrayentes fuese católico, se regiría «por las disposiciones de la Iglesia católica»³²⁹.

Esas disposiciones, a las que aludía el artículo 75, serían, desde 1919, las contenidas en el Código de Derecho canónico, que entró en vigor el 20 de mayo de ese año³³⁰ (aunque fue promulgado el 27 de mayo de 1917).

El Código canónico mantenía la indisolubilidad de los matrimonios celebrados canónicamente si habían sido consumados, a excepción de aquéllos a

³²⁷ J. BARÓ PAZOS: *La Codificación...*, cit., p. 187.

³²⁸ *Decreto de 9 de febrero de 1875*: «Art. 7.º Las causas pendientes de divorcio ó nulidad de matrimonio canónico y las demás que segun los sagrados cánones y las leyes antiguas de España son de la competencia de los Tribunales eclesiásticos, se remitirán á estos desde luego en el estado y en la instancia en que se encuentren por los Jueces y Tribunales civiles que se hallen conociendo de ellas.

Serán firmes las ejecutorias dictadas en las causas ya fenecidas». *Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ*: «El divorcio...», cit., 34.

³²⁹ *Código civil de 1889*, art. 75.

³³⁰ Por Decreto de 19 de mayo de 1919 (*Gaceta de Madrid*, 20 de mayo de 1919, n. 140, p. 610) se le otorgó el Pase al Código de Derecho canónico de 1917: «... Se concede el Pase al Codex juris canonici promulgado por la Constitución Apostólica Providentissima Mater de S.S. Benedicto XV...».

los que se podía aplicar el *Privilegio Paulino* (c. 1118 y 1120-1127). Por otra parte, se aceptaba la posible disolución de los matrimonios ratos y no consumados por profesión solemne o dispensa pontificia (c. 1119). Además, se admitían causas que permitían la separación permanente de los cuerpos –adulterio cierto de uno de los cónyuges, no consentido, no causado, no perdonado por el otro (c. 1119-1139)– o temporal –afiliación de un consorte a sectas acatólicas, educación acatólica de la prole, vida criminal o infamante, peligro espiritual o corporal grave, sevicias o crueldad– (c. 1131-1132). Estas separaciones permanentes o temporales no rompían el vínculo, sólo permitían que los cónyuges no vivieran bajo el mismo techo.

El Código de 1889 admitía, por tanto, el divorcio como suspensión de la vida en común de los casados o *divorcio impropio*, que ya se preveía en el Proyecto de 1851 y en la Ley de 1870³³¹.

Como ya hemos señalado, en la Segunda República, a través de la Ley de 28 de junio de 1932, se implantaba de nuevo el matrimonio civil. Por su parte, la Constitución de 1931, ya había admitido el divorcio vincular, al declarar en su artículo 43 que el matrimonio «podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa». Para que el precepto constitucional pudiera tener vigencia en el terreno fáctico –precepto que en gran medida prejuzgaba el contenido de la futura ley– el ministro de Justicia, Fernando de los Ríos, presentó a la Cámara, el 4 de diciembre de 1931, un Proyecto de Ley de Divorcio. La Comisión de Justicia, el 19 de enero de 1932, tras discutir el articulado entre los días 5 y 24 de febrero, emitió un dictamen favorable. La Ley sobre el divorcio se promulgó el 2 de marzo de 1932³³².

El carácter de la ley era retroactivo ya que en su artículo 1, se señalaba que: «el divorcio decretado por sentencia firme por los Tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración³³³. El artículo 2, siguiendo lo establecido en la Constitución, establecía que: «Habrá lugar al divorcio, cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta Ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone».

Esas causas –que, en concreto eran trece³³⁴– se pueden reunir en cuatro grupos: el primero se refería a aquellas causas que afectaban a los principios éticos que informaban el matrimonio –adulterio, bigamia, tentativa del marido

³³¹ J. BARÓ PAZOS: *La Codificación...*, cit., p. 275.

³³² *Gaceta de Madrid*, 11 de marzo de 1932, n. 71, pp. 1762-1767. Vid. A. VIDAL Y MOYA: *Comentarios a la vigente Ley del divorcio, seguidos por unos formularios*, Madrid, 1932; F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., pp. 184 ss.; J. CASTILLEJO: *Cincuenta pleitos de divorcio y jurisprudencia del Tribunal Supremo (1933-1934)*, Madrid, 1934; R. LEZCANO: *El divorcio en la Segunda República*, Madrid, 1979.

³³³ A. IGLESIA FERREIRÓS: Uniones matrimoniales cit., 107; R. NAVARRO VALLS: «La ley del divorcio española de 1932», *Historia* 16, 27, 1978, pp. 35 ss.; J. F. LASSO GAITE: *Crónica...*, cit., 1, p. 717; J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., pp. 82-85.

³³⁴ F. DELGADO IRIBARREN: *El divorcio...*, cit., pp. 195-245.

para prostituir a su mujer, conato de aquél o de ésta (o de ambos) para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y conducta inmoral o deshonrosa de los cónyuges, que hiciese imposible la cohabitación—. El segundo grupo reunía aquellos supuestos en los que no se cumplía con los deberes de atención respecto a los miembros de la familia: desamparo injustificado de éstos, abandono culpable de uno de los cónyuges durante un año, y su ausencia durante dos a partir de la declaración judicial. El tercero comprendía aquellas causas que suponían un ataque a la integridad física de las personas: enfermedad contagiosa de carácter venéreo, la que degenera en incapacidad definitiva, el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, los malos tratos y las injurias. Finalmente, el último grupo aunaba aquellos supuestos *de facto*, tales como condena a prisión por más de diez años, separación de hecho consentida durante tres y enajenación mental incurable, siempre que impidiese la convivencia de forma grave para la familia³³⁵.

El procedimiento que la ley preveía para la tramitación de las causas de divorcio convertía al juez de primera instancia del domicilio conyugal en un simple instructor del pleito, tomando protagonismo absoluto la Audiencia pro-

³³⁵ Las causas, recogidas en el artículo 3.º, eran las siguientes: «1.º El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.

2.º La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.

3.º La tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.

4.º El desamparo de la familia, sin justificación.

5.º El abandono culpable del cónyuge durante un año.

6.º La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme el artículo 186 del Código civil.

7.º El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

8.º La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común.

9.º La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

10. La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.

11. La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.

12. La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.

13. La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo». *Vid.* R. NAVARRO VALLS: «La ley del divorcio...», cit., p. 40; J. F. LASSO GAITE: *Crónica...*, cit, 1, p. 718.

vincial, que dictaba la sentencia en única instancia³³⁶, pudiéndose interponer contra ella recurso de revisión ante el Tribunal Supremo³³⁷. Si el divorcio se producía por mutuo disenso, tras la demanda, era necesario que los cónyuges compareciesen por separado ante el juez para que éste comprobase la existencia de una verdadera voluntad de divorciarse³³⁸. De ser ratificada ésta, el juez decretaba la separación y adoptaba disposiciones provisionales relativas a las «personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso». La sentencia definitiva se producía después de dos nuevas comparencias: la primera tenía lugar a los seis meses; la segunda, tras otros seis meses, manifestando en ambas ocasiones la voluntad de proseguir en la pretensión de divorciarse³³⁹.

El divorcio, a tenor del artículo 1º de la ley, suponía la disolución del vínculo matrimonial, con lo que se le ofrecía a los divorciados la posibilidad de contraer matrimonio con terceras personas o nuevamente entre ellos³⁴⁰. Se

³³⁶ *Ley de 2 de marzo de 1932*: «Artículo 55. (...) Recibidos los autos en la Audiencia y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se pondrán de manifiesto las actuaciones para instrucción, por término de cinco días improrrogables, a cada una de las personadas, y se pasarán por igual término para instrucción, al Magistrado ponente.

Transcurrido este plazo, se dictará providencia, declarando concluso el pleito, con citación de las partes para sentencia y se señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes...».

³³⁷ *Ibidem*: «Artículo 57. Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo por alguna de las causas siguientes:

- 1.ª Incompetencia de jurisdicción.
- 2.ª Violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión.
- 3.ª Injusticia notoria...».

³³⁸ *Ibidem*: «Artículo 63. En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el Juez competente, en la forma prevenida en el artículo 49.

Artículo 64. Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados.

Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará, mediante un interrogatorio escrupuloso, la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse».

³³⁹ *Ibidem*: «Artículo 65. Ratificados los cónyuges, el Juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso (...) De todo ello se levantará acta, que será firmada por el Juez, por los cónyuges y por el actuario.

Artículo 66. (...) En caso de haberse solicitado el divorcio, el Juez citará a las partes a nueva comparecencia, seis meses después, para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse.

Artículo 67. Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia seis meses más tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el Juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta ley». *Vid.* R. NAVARRO VALLS: «La ley del divorcio...», cit., pp. 40 y 41.

³⁴⁰ *Ibidem*: «Artículo 11. Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido el

le negaba, no obstante, la posibilidad de contraer válidamente nuevo matrimonio al cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3.º, es decir, «la tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución»³⁴¹.

Por otra parte, el artículo 37 reconocía al cónyuge inocente la posibilidad de optar entre el divorcio o la separación conyugal³⁴². El ejercicio de la acción de separación, según el mencionado artículo, estaba sometido a las mismas normas que para la del divorcio establecía el capítulo II³⁴³.

La ley de 2 de marzo de 1932 tuvo una breve vigencia. La legislación matrimonial republicana era inadmisibles en el régimen de Franco y, dentro de esa legislación, la Ley del divorcio resultaba especialmente inaceptable. Un Decreto de 2 de marzo de 1938 sostenía que «el sectarismo que inspiró la mayor parte de la labor legislativa desarrollada con posterioridad al 14 de abril de 1931 se acusa sobre todo en aquellos preceptos constitucionales y legislativos que atacaron reflexivamente a instituciones encarnadas en los principios tradicionales de nuestro país. El Gobierno ha anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra Patria el sentido católico y espiritual de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta revisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley del Divorcio»³⁴⁴.

La derogación de la Ley del divorcio tuvo lugar paulatinamente: primero, el citado decreto de 2 de marzo de 1938 suspendió tanto la sustanciación de los pleitos de separación y divorcio como las actuaciones para obtenerlos por mutuo disenso iniciadas de acuerdo con lo dispuesto en la citada Ley de 1932³⁴⁵. Posteriormente, una orden de 9 de noviembre de 1938 declaró firmes

plazo de un año desde que fué firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos un días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas quinta, sexta undécima y duodécima, o por mutuo disenso. (...)

Artículo 13. Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo». Vid. J. F. LASSO GAITE: *Crónica...*, cit. 1, p. 718; R. NAVARRO VALLS: «La ley del divorcio...», cit., p. 41.

³⁴¹ Ley de 2 de marzo de 1932: «Artículo 12. No podrá contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3.º».

³⁴² Vid. J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho...*, cit., p. 207.

³⁴³ Ley de 2 de marzo de 1932: «Artículo 37. El ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta Ley.

Corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones».

³⁴⁴ Decreto de 2 de marzo de 1938 (*Gaceta de Madrid*, 5 de marzo de 1938, n. 500, p. 6100)

³⁴⁵ *Ibidem*: «Artículo primero.—Se suspende la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos.

Todos los procedimientos citados en el párrafo anterior quedarán interrumpidos en el trámite que se hallaren al entrar en vigor el presente Decreto».

las sentencias desestimatorias del divorcio o de la separación, tramitadas de acuerdo con la mencionada ley, que se encontrasen pendientes de revisión ante el Tribunal Supremo.³⁴⁶ Finalmente, la suspensión se convirtió en abolición definitiva mediante la Ley de 23 de septiembre de 1939, que consideraba que «no podía quedar en período de mera suspensión la Ley de Divorcio de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos, siendo necesaria ya una derogación explícita de la misma, por tratarse de Ley distinta de la mencionada de Matrimonio Civil y radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española». La citada ley de 1939 disponía, en artículo único, la derogación de la Ley de Divorcio y de «las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigente en la materia las disposiciones del Código Civil»³⁴⁷.

Como derecho transitorio se estableció que las sentencias firmes de divorcio de matrimonios canónicos, se hubiesen o no unido civilmente los cónyuges posteriormente, se declarasen nulas por la autoridad judicial a instancia de cualquiera de los interesados³⁴⁸. Por otra parte, la disposición transitoria segunda señalaba que «las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos de los cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderá disueltas para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados»³⁴⁹.

Era causa suficiente para fundamentar las peticiones a que se referían las disposiciones transitorias anteriores «el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar, o simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyentes»³⁵⁰. Se desprende de ello que las sentencias de divorcio relativas a los matrimonios civiles mantendrían su eficacia³⁵¹.

La Ley de 1939 relativa al Divorcio sí admitía plena eficacia jurídica en el ámbito civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, «a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes, declarando la nuli-

³⁴⁶ *Orden de 9 de noviembre de 1938 (Gaceta de Madrid, 12 de noviembre de 1938, n. 135, p. 2348)*: «... Que las sentencias dictadas en pleitos de separación o divorcio tramitados al amparo de la Ley de 2 de marzo de 1932, cuyo pronunciamiento sea denegatorio del divorcio o separación, y se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo, se considerarán firmes a todos los efectos...».

³⁴⁷ *Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio (BOE, 5 de octubre de 1939, n. 278, p. 5574)*. Vid. J. F. LASSO GAITE: *Crónica...*, cit., 1, p. 719; R. NAVARRO VALLS: «La ley del divorcio...», cit., p. 42; J. A. CABALLERO GEA: *La ley...*, cit., pp. 85 y 86.

³⁴⁸ *Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio*: «Disposiciones transitorias. Primera.- Las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles a tener de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los interesados».

³⁴⁹ *Ibidem*, disposición transitoria segunda.

³⁵⁰ *Ibidem*, disposición transitoria tercera.

³⁵¹ J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho...*, cit., p. 207; J. F. LASSO GAITE: *Crónica...*, cit., 1, p. 720.

dad de un matrimonio y a los Rescriptos Pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgadas, respectivamente, durante la vigencia de la llamada ley de Separación y de Divorcio o con posterioridad a aquella»³⁵².

Por otra parte, la Ley de 12 de marzo de 1938, que, como sabemos, derogó la Ley de veintiocho de junio de 1932³⁵³, declaró nulos los matrimonios civiles contraídos por las personas ordenadas «*in sacris* o profesos ligados con votos solemnes de castidad», que no hubiesen sido dispensados canónicamente³⁵⁴.

A comienzos de la transición política, se elevó al Ministerio de Justicia del primer gobierno de la Monarquía un escrito que defendía la implantación del divorcio. No obstante, en aquel momento no era factible la promulgación de una ley de divorcio porque seguía en vigor el *Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945*³⁵⁵ que consagraba en su artículo 22 la indisolubilidad del matrimonio³⁵⁶. Por otra parte, la disolución del matrimonio canónico supondría el incumplimiento estatal del Concordato de 1953, cuyos artículos 23 y 24 reconocían la competencia de la Iglesia en todo lo relativo al régimen jurídico del matrimonio canónico.

Estos impedimentos jurídicos desaparecieron con la Constitución de 1978, que derogó el *Fuero de los españoles*, y con el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, que derogó el Concordato de 1953. El artículo 32 del texto constitucional hacía reserva de ley sobre las «causas de separación y disolución y sus efectos».

En marzo de 1980 las Cortes Generales recibieron del gobierno el «Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio». Finalmente, la ley fue promulgada el 7 de julio de 1981 y afecta a todo el Título 4 del Libro I del Código, es decir, a todo el Derecho matrimonial personal, incluyendo el procedimiento a seguir también en las causas de nulidad y de separación.

La Ley 30/1981, de 7 de julio³⁵⁷, declara, sin ningún género de ambigüedad, a diferencia del texto constitucional, que se refiere no sólo al matrimonio civil sino también al canónico. Regula la separación considerándola, no como

³⁵² Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, disposición transitoria quinta.

³⁵³ Ley que, como vimos, suprimió los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa solemne.

³⁵⁴ Ley de 12 de marzo de 1938, Artículo tercero: «Se declararán nulos los matrimonios civiles contraídos por personas comprendidas en el número cuarto del artículo ochenta y tres del Código Civil (ordenados *in sacris* o profesos ligados con votos solemnes de castidad), no dispensados canónicamente y únicamente surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fé y de los hijos».

³⁵⁵ BOE, 18 de julio de 1945, n. 199, pp. 358-360.

³⁵⁶ *Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945*: «Artículo veintidós.—El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda Ley humana positiva.

El matrimonio será uno e indisoluble...».

³⁵⁷ En BOE, 20 de julio de 1981, n. 172, pp. 16457-16462.

una sanción ante la conducta irregular o atentatoria de la normal convivencia conyugal por parte de un miembro de la pareja, como era tradicional en la legislación, sino como un remedio. Por otra parte, se reconduce al Derecho del Estado toda la disciplina sustantiva y procesal de la separación conyugal³⁵⁸. Se admiten tres tipos de separación: la consensual, de carácter negocial y judicialmente homologada; la separación judicial, circunstancial o casual en su previsión legal y judicialmente decretada; y la separación de hecho³⁵⁹. El artículo 81. 1 CC señala que los cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos con el consentimiento del otro, pueden solicitar la declaración judicial de separación, si llevasen, al menos, un año de matrimonio³⁶⁰. En cuanto a la separación judicial, el artículo 82 CC recoge las siguientes causas que dan lugar a la misma:

«1.^a El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2.^a Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.^a La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.^a El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

³⁵⁸ El sistema tradicional establecía una clara diferenciación de la separación conyugal según el matrimonio se hubiese contraído con arreglo a las normas del Código o de acuerdo con las disposiciones del Derecho canónico, reservando el conocimiento de los procedimientos a los tribunales civiles o eclesiásticos, respectivamente.

³⁵⁹ J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ: «El nuevo régimen de la familia. I. La transformación del Derecho de Familia y la formación del jurista. Matrimonio y divorcio», Madrid, 1982, p. 180.

³⁶⁰ Artículo 81 CC: «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ámbos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los arts. 90 y 103 de este código.

2.º A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación».

6.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7.^a Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números. 3.º, 4.º y 5.º del artículo 86.»

En cuanto a la separación de hecho, supone la decisión unilateral o el acuerdo bilateral de los cónyuges de hacer cesar la convivencia. Si se trata de una separación de hecho unilateralmente impuesta –abandono o expulsión del hogar– o provocada puede dar origen, si viene acompañada del incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o al matrimonio, al delito de abandono de familia (art. 487 CP). Esta situación de hecho se acaba cuando se disuelve el matrimonio, cuando se transforma en separación convencional homologada o judicial, o cuando se reconcilian los cónyuges y deciden volver a convivir³⁶¹.

Por lo que se refiere a la disolución matrimonial, el nuevo artículo 85 CC señala que: «El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o por el divorcio». Se modifica, con este artículo, una larga tradición jurídica (sólo interrumpida por la corta vigencia de la *Ley de divorcio de 2 de mayo de 1932*) que concebía el matrimonio como un vínculo indisoluble, salvo que, concurriendo ciertos requisitos, lo disolviese la Iglesia o muriese uno de los miembros de la pareja³⁶².

En el artículo 86.1 CC se recogen las causas de divorcio. Son las siguientes:

«1.^a El cese de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

³⁶¹ J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho...*, cit., pp. 199-203.

³⁶² *Vid.* antiguo artículo 52 CC. J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ: «El nuevo régimen...», cit., pp. 219 y 220.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.»

La Ley 15/2005, de 8 de julio, tal como reconoce en su Exposición de Motivos «persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial» y, para lograr ese propósito, actualizó la Ley de 1981 en la que «podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción». En efecto, la Ley concebía el divorcio como «el último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes»³⁶³.

La Ley de 2005 elimina las causas de separación y divorcio y determina que, para solicitar el divorcio, basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio y hayan transcurrido tres meses desde la celebración de las nupcias, salvo que haya violencia doméstica, en cuyo caso no existe plazo alguno que respetar.

En concreto, el artículo 86 CC queda redactado de la siguiente manera:

«Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.»

A su vez, el artículo 81 CC queda redactado del siguiente modo:

«Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o

³⁶³ En *BOE*, 9 de julio de 2005, n. 163, pp. 24458-24461.

libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.»

Una interesante novedad, introducida por la Ley de 2005, supone reconocer la obligación de los cónyuges de compartir las tareas y responsabilidades del hogar. Anteriormente, el artículo 68 CC exigía a los cónyuges «vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Desde julio de 2005, el artículo obliga también a «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Otra novedad relevante, que suscitó una gran polémica, fue la regulación de la custodia compartida. Con anterioridad a la Ley, se concedía a los padres que la solicitaban de mutuo acuerdo pero, de no existir éste, los jueces solían otorgar la guarda y custodia de los hijos generalmente a las madres.

La Ley de 2005 permite la custodia compartida cuando lo acuerden los padres, pero también admite que el juez pueda concederla sin el acuerdo de éstos. En el primer supuesto, el juez debe recabar un informe del Ministerio Fiscal y escuchar la opinión de los hijos, que tengan suficiente juicio, si lo considera oportuno o a petición del Fiscal, de las partes o de los niños. La custodia compartida queda excluida en casos de violencia familiar. En el segundo supuesto, si uno de los padres la solicita, el juez puede dictaminarla excepcionalmente, tras examinar un informe preceptivo pero no vinculante del Ministerio Fiscal.

El juez puede también solicitar un estudio de especialistas debidamente cualificados que le ayude a determinar qué régimen de custodia de los hijos es el más adecuado.

Tanto colectivos feministas como de padres separados se han sentido defraudados por la regulación de esta materia. Los primeros porque consideran un «disparate judicial» y un perjuicio para los hijos cualquier cosa que no sea limitar la custodia compartida al mutuo acuerdo y los segundos, que en su día aplaudieron el Proyecto, porque aseguran que el Gobierno les había prometido una custodia compartida más amplia y que, con la Ley, resulta aún más difícil que un juez la conceda porque, además de exigir el acuerdo de la pareja, exige un informe favorable del Ministerio Fiscal.

Como conclusión podemos decir que, al admitirse el divorcio en nuestro Derecho positivo, la concepción del matrimonio como unión indisoluble, que durante tanto tiempo ha persistido, lógicamente ha variado, pasando a ser simplemente una unión estable. También se ha modificado el concepto de la familia, ya que, aunque sigue teniendo su origen en el matrimonio, ahora es posible que se solapen varias familias a la vez, pues hay que tener presente que el divorcio rompe el vínculo matrimonial, permitiendo que puedan contraerse nuevas nupcias³⁶⁴, pero ello no significa que se cancele el Derecho aplicable al

³⁶⁴ Vid. F. J. LOZANO SEBASTIÁN: *Divorcio y nuevo matrimonio*, Estella, 1971; L. ROJAS MARCOS: *La pareja rota: familia, crisis y superación*, Madrid, 1999; R. HOULE: *Divorcio y trayectorias familiares post-ruptura ¿un fenómeno nuevo?*, Barcelona, 2001.

matrimonio disuelto, sencillamente se cambia el régimen (patria potestad, régimen de visita y comunicación con los hijos que se quedan con el otro cónyuge, pensión, etc.); régimen que, por otra parte, se mantiene paralelo al de las otras familias que han podido formar los cónyuges con terceros³⁶⁵.

Esta nueva visión del matrimonio y de la familia, que sigue escandalizando a algunos, no supone un peligro para la familia tradicional, que sigue existiendo, sencillamente permite una esfera de mayor libertad para los españoles. Pero, indudablemente, el matrimonio ha constituido y constituye una institución jurídica que genera grandes controversias porque se encuentra estrechamente ligada a los vaivenes políticos del país y a las creencias religiosas.

FUENTES

- ATENÁGORAS, en B. POUDERON (ed.): «Athénagore. Supplique au sujet des chrétiens et Sur la résurrection des morts», *Sources Chrétiennes*, 379, Paris, 1992, pp. 198-199.
- CICERÓN, MARCO TULIO: *Acerca del orador*, 2 tomos, ed. bilingüe de Amparo Gaos Schmidt, México, 1995.
- Codex Theodosianus Libri XVI cum constitvtionibvs sirmondianis edidit adsvmpto apparatv P. Krvegeri Th. Mommsen*, volvminis I, pars posterior, textvs cum apparatv, apud Weidmannos, 1971.
- Código de Justiniano*, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de la principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, 1889.
- Código de las Siete Partidas*, Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, I, Madrid, 1847.
- Concilio de Trento*, en *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento*, traducido al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala, nueva edición, París, 1860.
- Concilios visigóticos e hispano-romanos*. Edición preparada por José Vives con la colaboración de Tomás Marín y Gonzalo Martínez, Barcelona-Madrid, 1963.
- Digesto*, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de la principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, 1889.
- D'ORS, A.: *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Roma-Madrid, 1960.
- Fuero de Alfaiates*, en *Costumes e foros de Castel-Rodrigo*, Portugalia Monumenta Historica. Leges y Consuetudines, Lisboa, 1856.
- Fuero de Béjar*, ed. de A. Martín Lázaro, *Fuero castellano de Béjar*, Madrid, 1926.
- Fuero de Castell-Rodrigo*, en *Costumes e foros de Castel-Rodrigo*, Portugalia Monumenta Historica. Leges y Consuetudines, Lisboa, 1856.
- Fuero de Castello-Melhor*, en *Costumes e foros de Castel-Rodrigo*, Portugalia Monumenta Historica. Leges y Consuetudines, Lisboa, 1856.

³⁶⁵ J. L. LA CRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA: *Derecho...*, cit., p. 208.

- Fuero de Coria*, ed. J. Maldonado y Fernández del Torco, El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico, Instituto de Estudios de Administración Local, 1949.
- Fuero de Ledesma*, ed. de A. de Castro y F. de Onis, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid, 1916.
- Fuero de Salamanca*, ed. de A. de Castro y F. de Onis, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid, 1916.
- Fuero de Sepúlveda*, ed. E. Sáez, R. Gibert, M. Albar, A. C. Ruiz-Zorrilla y P. Marín Pérez, Los Fueros de Sepúlveda, Segovia, 1953.
- Fuero de Usagre*, ed. R. Ureña y Smenjaud, y A. Bonilla San Martín, Fuero de Usagre (siglo XIII). Anotado con las variantes del de Cáceres, Madrid, 1907.
- Fuero Real*, Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, I, Madrid, 1847.
- HALICARNASO, DIONISIO DE: *Historia Antigua de Roma*, Introducción de Domingo Plácido. Traducción y notas de Elvira Jiménez y Ester Sánchez, tomos I-III, Madrid, 1984.
- HIPONA, AGUSTÍN DE: *Confesiones*, prólogo, trad. y notas de Pedro Rodríguez de Santidrián, Madrid, 1990.
- *De nuptiis et concupiscentia*, cap. 21, n. 23, en *Patrologiae Cursus Completus*, ed. J. P. Migne, Parisiis, 1844 (tomo I).
- ISIDORO: *Etimologías*, ed. bilingüe de José Oroz Reta y Manuel-A. Marcos Casquero, Madrid, 1993.
- JERÓNIMO: *Cartas espirituales*. Traducción, prólogo y notas del P. Germán Prado, benedictino, Sevilla, 1990.
- JORDÁN DE ASSO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. DE: *Instituciones del Derecho civil de Castilla, edición quinta, corregida notablemente, y aumentada la parte histórica que comprehende la introducción*, Madrid, MDCCXCII. (1.^a ed., 1771).
- LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación civil*. Vol. 2, Madrid, 1979.
- LEANDRO: *De la instrucción de las vírgenes y desprecio del mundo*. Traducción, estudio y notas de Jaime Velázquez, Madrid, 1979.
- LEÓN, FRAY L. DE: *De Legibus ó Tratado de las Leyes. 1571*. Introducción y edición crítica bilingüe por Luciano Peña, Madrid, 1963.
- Lex Irnitana*, en J. GONZÁLEZ: «The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law», *JRS*, 75 (1986), pp. 147-243.
- Lex Salpensana*, en A. D'ORS: *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953.
- Lex Ursonensis*, en A. D'ORS: *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953.
- Lex XII Tabularum*, en S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI, J. FURLANI, V. ARANGIO-RUIZ: *FIRA I, Pars Prima, Leges*.
- Leyes del Ministerio de Justicia de 2 de marzo y de 11 de septiembre de 1932, relativas al divorcio, y disposiciones complementarias*, Pamplona, 1934.
- Leyes de Toro*, ed. facsímil, Valladolid, 1981.
- Liber Iudiciorum, MGH*, Legum sectio I, Legum nationum germanicorum, tomus I, Hannoverae et Lipsiae, impensis Bibliopolii hahniani, MDCCCCII.
- Novelas*, en Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Tercera Parte, Barcelona, 1898.
- Novísima Recopilación (Novísima Recopilación de las Leyes de España*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992).

- Nueva Recopilación (Recopilación de las leyes de estos reynos*, Madrid, 1640, ed. facsímil, Valladolid, 1982).
- Ordenamiento de Alcalá (Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348*, ed. facsímil, Valladolid, 1983).
- Ordenamiento de Montalvo (Copilación de leyes del reino*, ed. facsímil, Valladolid, 1986).
- PRADILLA Y BARNUEVO, F.: *Suma de las Leyes penales. Y adicionado por el Licenciado don Francisco de la Barreda. Y ahora de nuevo añadido por el Licenciado don Juan Calderon, Abogado de los Reales Consejos*, Madrid, 1639.
- PLUTARCO: *Vidas paralelas. Teseo y Rómulo, Solón y Publícola, Temístocles y Camilo, Aristides y Marco Catón, Cimón y Lúculo, Pericles y Fabio Máximo, Nicias y Craso, Cayo Marcio Coriolano y Alcibiades, Demóstenes y Cicerón*, edición, introducción y notas de José Alsina, trad. de Antonio Ranz Romanillos, Barcelona, 1990.
- Poema de Mío Cid*, edición, introducción y notas de José Jesús de Bustos Tovar, Madrid, 1983.
- ROTONDI, G.: *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, reimp. Hildesheim, 1962.
- TERTULIANO: *Apología contra los gentiles*, traducción y notas por Fr. Pedro Manero, Buenos Aires, 1947.
- VALERIO MÁXIMO: *Los nueve libros de hechos y dichos memorables*, ed. Fernando Martín Acera, Madrid, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, I.: *Historia y sociología del divorcio en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1978.
- ANDRÉS-GALLEGO, J.: *La política religiosa en España, 1891-1913*, Madrid, 1975.
- ASTOLFI, R.: *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986.
- AZNAR GIL, F. R.: *La institución matrimonial en la Hispania cristiana (1215-1563)*, Salamanca, 1989.
- BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993.
- BELMARTINO, S. M.: «Estructura de la familia y edades sociales en la aristocracia de León y Castilla, según las fuentes literarias e historiográficas (s. X-XIII)», en *Cuadernos de Historia de España*, 47-48 (1968), 256 ss.
- BIONDI, B.: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1956.
- BLASCO GASCO, F.; CLEMENTE MEORO, M.; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.; MONTES PENADÉS, V. L.; PRATS ALBENTOSA, L.; ROCA I TRIAS, E., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R.: *Derecho de Familia*, Valencia, 1991.
- BONALD, L. G. A. DE: *Del divorcio en el siglo XIX: considerado con relación al estado doméstico y al estado público de la sociedad*, Madrid, 1845.
- BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*, vol. I, Torino, 1926.
- *Diritto di famiglia*, Milano, 1963.
- CABALLERO GEA, J. A.: *La ley del divorcio, 1981. Antecedentes histórico-jurídicos próximos, debate parlamentario: interpretación auténtica, y comentarios de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, Pamplona, 1982.

- CÁRCEL ORTÍ, V.: «Instrucciones a Simeoni, primer nuncio de la Restauración», *Revista española de Derecho Canónico*, 33 (1977), pp. 158 ss.
- CARLÉ, M.^a C.: «Apuntes sobre el matrimonio en la Edad Media española», en *Cuadernos de Historia de España*, 63-64 (1980), 115 ss.
- CASTILLEJO, J.: *Cincuenta pleitos de divorcio y jurisprudencia del Tribunal Supremo (1933-1934)*, Madrid, 1934.
- COLLANTES DE TERÁN, M.^a J.: «El delito de adulterio en el Derecho general de Castilla», *AHDE*, 66 (1996), pp. 201 ss.
- CÓRDOBA DE LA LLAVE, R.: «Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajomedieval», en *Anuario de Estudios Medievales*, 16 (1986), pp. 571 ss.
- CORTÉS, V. C.: «Alcance del *consensus* del *paterfamilias* en el matrimonio de su *filia in potestate*», en *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho romano, Universidad de Huelva, 2004, pp. 89 ss.
- CRESPO DE MIGUEL, L.: *La secularización del matrimonio. Intentos anteriores a la Revolución de 1868*, Pamplona, 1992.
- DAZA MARTÍNEZ, J.: «La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio cristiano», en *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Actas del Sexto Congreso Internacional y IX Iberoamericano de Derecho romano, Universidad de Huelva, 2004, 109 ss.
- DELÁS, M. DE: *Divorcio, separación y nulidad: problemas y soluciones*, Barcelona, 1992.
- DELGADO IRIBARREN, F.: *El divorcio. La Ley de 2 de marzo de 1932. Antecedentes, discusión parlamentaria, comentarios, doctrina, jurisprudencia, formularios para su aplicación*, Madrid, 1932.
- DOMINGO AZNAR, A.: *Evolución histórica de la separación de hecho, con especial referencia al Derecho español*, Madrid, 1996.
- D'ORS, A.: *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Roma-Madrid, 1960. — *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991.
- DUBY, G. y PERROT, M.: *Historia de las mujeres en Occidente. Tomo I. La Antigüedad*, Madrid, 1991.
- ENTRENA KLETT, C. M.^a: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, Pamplona, 1990.
- ESMEIN, A.: «Le délit d'adultère à Rome», *NRHDFr*, 12 (1878), pp. 1 ss.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M.^a E.: *Repudium-divortium (origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada, 1987. — «La mujer romana ante el divorcio», en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, pp. 123 ss.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Las prohibiciones de contraer matrimonio entre parientes en la época visigoda*, Granada, 2003.
- FERNÁNDEZ REGATILLO, E.: «El derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales», en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, 3 (Romae, 1936), pp. 317 ss.
- FISHER, H. E.: *Anatomía del amor: historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio*, trad. de Alicia Plante, Barcelona, 1994.
- FLANDRIN, J.-L.: *Un Temps pour embrasser. Aux origines de la morale sexuelle occidentale (VI-XI siècles)*, Paris, 1983.
- FRANCIOSI, G.: *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'eta arcaica al Principato*, Torino, 1995.
- FUENTES ALONSO, J.: *El divorcio de Constantino VI y la doctrina matrimonial de San Teodoro Estudita*, Pamplona, 1984.

- GACTO FERNÁNDEZ, E.: «El divorcio en España. Evolución histórica», *Historia* 16, 27 (1978), pp. 19 ss.
- *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975.
- «La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español», *AHDE*, 41 (1971), pp. 899 ss.
- GARCÍA BARRIUSO, P.: *Matrimonio y divorcio en España*, Madrid, 1984.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J.: «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho español», *AHDE*, 23 (1953), pp. 611 ss.
- «El matrimonio de las hijas del Cid», *AHDE*, 31 (1961), pp. 541 ss.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, 4 tomos, reimpr. Zaragoza, 1974.
- GATIER, P. L.: «Aspects de la vie religieuse des femmes dans l'Orient paléochrétien: ascétisme et monachisme», en *La femme dans le monde méditerranéen, Travaux de la Maison de l'Orient*, 10 (Lyon, 1985), pp. 165 ss.
- GIBERT, R.: «El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español (Notas para su estudio)», *AHDE*, 18 (1947), pp. 706 ss.
- GIUNTI, P.: *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y Montalbán, J. M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, tomo I, Madrid, 1840.
- GÓMEZ RUIZ, C.: *El divorcio y las leyes augusteas*, Sevilla, 1987.
- GONZÁLEZ GARCÍA-PANDO, M.: *Separación y divorcio*, Madrid, 1992.
- GOODY, J.: *La evolución de la familia y el matrimonio en Europa*, Barcelona, 1986.
- GRANADOS, A.: *El Cardenal Gomá, Primado de España*, Madrid, 1969.
- GUICHARD, P.: «La Europa bárbara», en *Historia de la familia. I. Mundos lejanos, mundos antiguos*, Madrid, 1988, pp. 287-344.
- HERVADA, J.: *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona, 1987.
- *Cuestiones sobre el matrimonio*, en *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho canónico y afines (1959-1991)*, II, Pamplona, 1991.
- HINOJOSA, E.: «El Derecho en el Poema del Cid», en *Homenaje a Menéndez Pelayo en el año vigésimo de su profesorado*, Madrid, 1899, pp. 214 ss.
- HOULE, R.: *Divorcio y trayectorias familiares post-ruptura ¿un fenómeno nuevo?*, Barcelona, 2001.
- HUMBERT, M.: *Le Remariage à Rome. Etude juridique et sociale*, Milán, 1972.
- IGLESIA FERREIRÓS, A.: «Individuo y familia. Una Historia del Derecho Privado español», en *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola. I. Economía. Sociedad*, Madrid, 1988, pp. 433 ss.
- «Uniones matrimoniales y afines en el Derecho histórico español», en *Revista de Derecho Notarial*, 85-86 (1974), 71 ss.
- IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1993.
- LA CRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El nuevo régimen de la familia. I. La transformación del Derecho de Familia y la formación del jurista. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982.
- LA CRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Derecho de Familia*, vol I, Barcelona, 1990.
- LANDUCCI, L.: «Indisolubilidad del matrimonio confarreato», *AG*, 57 (1896), 3 ss.
- LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. vol 1, Madrid, 1970.

- LEZCANO, R.: *El divorcio en la Segunda República*, Madrid, 1979.
- LÓPEZ NEVOT, J. A.: *La aportación marital en la Historia del Derecho castellano*, Almería, 1998.
- LOZANO SEBASTIÁN, F. J.: *Divorcio y nuevo matrimonio*, Estella, 1971.
- LUCENAY, A. M. DE: *Causas sexuales del divorcio*, Barcelona, 1979.
- MARTÍ GILABERT, F.: *El matrimonio civil en España. Desde la República hasta Franco*, Pamplona, 2000.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, C.: «Influencia social de las mujeres en las ciudades de Hispania meridional», en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, 219 ss.
- MARTÍNEZ MARCOS, E.: *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio*, Salamanca, 1966.
- MEREA, P.: «En torno do casamento de juras», en *Estudos do direito hispânico medieval*, 1 (Coimbra, 1952), 151 ss.
- MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano*, trad. de P. Dorado Montero, II, Madrid.
- MONTANOS FERRÍN, E.: *La familia en la Alta Edad Media española*, Pamplona, 1980.
- MONTERO Y GUTIÉRREZ, E.: *El matrimonio y las causas matrimoniales. Disciplina de la Iglesia y de los principales Estados, especialmente España, y jurisprudencia de la S. Rota romana, con las normas de la S. congregación de sacramentos regulando la dispensa «super matrimonio rato et non consummato» y el procedimiento en las causas matrimoniales*, Madrid, 1954.
- MORDECHAI RABELLO, A.: «Divorce of Jews in the Roman Empire», *The Jewish Law Annual*, 4 (1981), 79 ss.
- MOSTAZA, A.: «La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio hasta el Concilio de Trento», en *Ius Populi Dei*, 3 (Roma, 1972), 289 ss.
- NAVARRO BELMONTE, A.: *Las causas de divorcio en el Derecho español*, Madrid, 1989.
- NAVARRO VALLS, R.: «La ley del divorcio española de 1932», *Historia* 16, 27 (1978), 35 ss.
- NOOMAN, J. T.: *Contraception et mariage, évolution ou contradiction dans le pensée chrétienne*, Paris, 1969.
- NÚÑEZ PAZ, M.^a I.: *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.
- ORTIZ DE ZÁRATE, R.: «Observaciones al proyecto de Código civil», *Revista de los Tribunales y de la Administración*, Madrid, 1852, 28 ss.
- OSABA GARCÍA, E.: *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997.
- PALMER, R.: «Roman Shrines of female chastity from the last struggle to the papacy of Innocent I», *Rivista Storica dell'Antichità*, 4 (1974), 113 ss.
- PARA MARTÍN, A.: *Divorcio, separación y declaración de nulidad: la crisis matrimonial ante el Derecho*, Barcelona, 1983.
- POMEROY, S. B.: *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, trad. de Ricardo Lezcano Escudero, Madrid, 1987.
- REQUEJO SAN ROMÁN, J.: *Historia de la repudiación o repudium en Derecho romano*, Madrid, 1914.
- RESINA SOLA, P.: «La condición jurídica de la mujer en Roma», *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990.
- ROBLEDA, O.: *Divortium: ius romanum et theoria generalis*, Roma, 1969.
- RODRÍGUEZ-ARANGO DÍAZ, C.: «El matrimonio clandestino en la novela cervantina», *AHDE*, 25 (1955), pp. 731 ss.
- RODRÍGUEZ ORTIZ, V.: *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Madrid, 1997.

- ROJAS MARCOS, L.: *La pareja rota: familia, crisis y superación*, Madrid, 1999.
- ROLDÁN VERDEJO, R.: *La Ley del matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, 1980.
- RUIZ FERNÁNDEZ, E.: *El divorcio en Roma*, Madrid, 1992.
- SALA, J.: *Ilustracion del Derecho Real de España ordenada por Don Juan Sala, Pavorde de la Metropolitana Iglesia de Valencia, y Catedrático de Prima de Leyes de la Universidad de la misma ciudad. Segunda edición, corregida y adicionada por su autor, y arregladas las citas de leyes á la Novísima Recopilacion*, Tomo I, Madrid, 1820.
- SAVIGNY, F.: *Ragionamenti storici di diritto. Sul primo divorzio in Roma*, vol. I, trad. Turchierulo, Napoli, 1952.
- SERAFINI, F.: *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, Madrid, 1927.
- SOLAZZI, S.: «P. Mich. 508 e il matrimonio della figlia familias», in *Scritti di Diritto Romano*, Napoli, 1960.
- «Sul consenso al matrimonio della filiafamilias», in *Scritti di Diritto Romano*, Napoli, 1960.
- TAPIA, E. DE: *Febrero Novisimo, ó Libreria de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo metodo, y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal, y algunos otros: por Don Eugenio de Tapia, Abogado de los Reales Consejos*, Tomo I, Valencia, 1828.
- THOMAS, Y.: «Roma: padres ciudadanos y ciudad de los padres», en *Historia de la familia. I. Mundos lejanos, mundos antiguos*, Madrid, 1988, 203-239.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1878)*, Madrid, 1989.
- VÁZQUEZ DE MARCOS, R.: *El divorcio en Roma y en España*, Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Romano, leída en 1980.
- VEGA GUTIÉRREZ, A. M.^a: *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada, 1997.
- VEYNE, P.: «Les noces du couple romain», *L'Histoire*, 63 (1984), 47-51.
- «El Imperio romano», *Historia de la vida privada. I. Del Imperio romano al año mil*, Barcelona, 1993.
- VIDAL Y MOYA, A.: *Comentarios a la vigente Ley del divorcio, seguidos por unos formularios*, Madrid, 1932.
- VILARRASA, E. M.^a y GATELL, J. I.: *Historia de la Revolución de Septiembre. Sus causas, sus personajes, sus doctrinas y sus resultados*, 2 tomos, Barcelona, 1875.
- VOCI, P.: «Diritto sacro romano in età arcaica», *SDHI*, 19 (1953), pp. 38 ss.
- *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954.
- VOLTERRA, E.: *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia*, Pisa, 1931-32.
- «Divorzio», *NNDI*, 6 (1968), pp. 62 ss.
- *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1972.
- ZEUMER, K.: *Historia de la Legislación Visigoda*, trad. del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944.