La influencia cristiana en la concepción postclásica y justinianea del matrimonio romano

Jesús Daza Martínez
Universidad Complutense de Madrid

A los romanos se les planteó desde la época antigua, como se ha planteado en todas sociedades humanas jurídicamente organizadas, el problema de determinar los elementos y requisitos para que la unión entre un hombre y una mujer se le puedan atribuir determinadas consecuencias jurídicas, tanto en orden la filiación, como en orden al reconocimiento de la condición de cónyuges. La unión de dos seres humanos, de diferente sexo, basada en ciertos elementos y requisitos recibió en Roma los nombres de *matrimonium* o *nuptiae*, a los que posteriormente se añadieron los adjetivos de *legítimum, legítimae, iustum, iustae.*

La configuración jurídica de la institución cambió profundamente con el transcurso del tiempo, siendo decisiva la influencia del Cristianismo.

Los textos jurídicos romanos, clásicos o justinianeos, no exponen su estructura, ni ofrecen una construcción teórica de la misma, debiendo basarnos fundamentalmente en los textos de la Jurisprudencia clásica y en las constituciones imperiales para lograr su reconstrucción histórica. Además, su estudio ha quedado relegado a segundo plano, ya que durante siglos el matrimonio fue considerado materia reservada a los canonistas y, en algunos aspectos, fuera del campo civil. Puede decirse, en definitiva, que en este campo han sido las investigaciones modernas las que han influido en el estudio y en la reconstrucción del matrimonio romano.

En las fuentes jurídicas romanas encontramos normas que se refieren a dos tipos distintos de matrimonio, 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. Los dos tipos de matrimonio se conservan en la compilación justinianea, el primero en los pasajes del Digesto y el segundo, preferentemente, en las constituciones más recientes del Código y de las Novelas[1].

[1] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano,* (trad. Española de J. DAZA) Madrid, 1986, p.637.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

La estructura del matrimonio romano, según la concepción de los juristas clásicos, se distingue claramente de la concepción que informa la estructura jurídica del matrimonio moderno. El Derecho actual exige, para la existencia del matrimonio, que el hombre y la mujer declaren, en las formas que la ley determina, su voluntad recíproca de contraer matrimonio. Esta manifestación inicial del consentimiento hace que surja el vínculo matrimonial, el cual existe y produce consecuencias jurídicas independientemente de que perdure o no la voluntad recíproca de ser marido y mujer, e independientemente de la vida en común de los cónyuges. En aquellos derechos modernos que admiten el divorcio, la disolución del matrimonio no tiene lugar *ipso iure* por el hecho de que cese la voluntad de ser marido y mujer, sino que es necesario que la disolución sea declarada por la autoridad competente. Si la disolución no se ha producido, la relación jurídica matrimonial se mantiene cualquiera que sea la situación de hecho de los cónyuges.

Sin embargo, tal como se deduce de los textos de los juristas romanos, la concepción clásica del matrimonio es totalmente distinta. La jurisprudencia clásica acogió una concepción social del matrimonio, transformándolo en relación jurídica; esta relación existe cuando un hombre y una mujer libres, que tienen capacidad jurídica, *conubium*, y capacidad natural, edad prescrita, establecen una sociedad conyugal con la voluntad efectiva y continua de estar unidos de forma estable en matrimonio. En cuando cesa la voluntad recíproca de los cónyuges, se considera que, de modo inmediato, el matrimonio está jurídicamente disuelto.

La voluntad recíproca de los cónyuges, llamada *affectio maritalis, consensus, mens coentium,* etc., a la que los juristas atribuyen el efecto de hacer surgir el vínculo conyugal, debe, para tener tal eficacia jurídica, estar encaminada a constituir una unión monogámica mientras dura su existencia, teniendo como fin la formación de la familia, que lleva consigo una comunidad de vida del hombre y de la mujer y está dirigida a la procreación y a la educación de los hijos nacidos de esa unión.[2]

Esta voluntad recíproca puede manifestarse de cualquier modo, incluso puede deducirse del modo de vivir y comportarse de los cónyuges en su relaciones entre sí. La ausencia del requisito de la forma, en la manifestación de la voluntad matrimonial, explica, en Derecho clásico, la vigencia del principio, según el cual, la unión de un hombre y una mujer libres, entre los que existe *conubium*, se considera que es matrimonio[3].

Las consideraciones anteriores sobre la concepción clásica del matrimonio aparecen también reflejadas en las definiciones contenidas en el Digesto y en las Instituciones justinianeas. En el primero, Modestino se refiere a la unión del

[2] E. VOLTERRA, *Instituciones...*, cit. p. 640

[3] D. 23,2,24 : *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

varón y la mujer como consorcio de toda la vida: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*[4] Igualmente, en I. 1, 9, 1 se insiste en la idea de unión entendida como comunidad de vida: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieres coniunctio, individuam consuetudidem vitae, continens*[5]. Podemos preguntarnos si estas definiciones lo son del matrimonio *in facto esse* o también del matrimonio *in fieri* o como sostiene Robleda "si esa *coniunctio, consuetudo vitae, consortium, communicatio* son causa del matrimonio, o se refieren más bien a lo que resulta de la actividad de la causa, que es algo diverso: aludimos al consentimiento las partes, a tenor de muchos textos, en que se afirma, de uno u otro modo que: «*matrimonium... facit partium consensus*»[6].

Orestano ha constatado que antes de finales del siglo XIX las mencionadas definiciones eran referidas al matrimonio *in facto esse*, y no, a la causa, y para ello se sirve de distintos textos, en los que de un modo u otro se afirma estar concebidas tales definiciones *ex effectu.*[7] En los últimos años del siglo XIX la doctrina en su mayor parte tomó una dirección diferente. Distintos romanistas[8], ya desde el siglo pasado, han vuelto a la posición anterior, la cual nosotros defendemos.

Los compiladores justinianeos probablemente han elegido estas definiciones, que ponen el acento sobre el aspecto social del matrimonio antes que describir bajo el aspecto jurídico los requisitos del matrimonio clásico para no resaltar la profunda diferencia entre la unión jurídica del matrimonio de la época pagana y la más tardía, influenciada por las concepciones religiosas cristianas. Como afirma Volterra, estas definiciones, poniendo el acento sobre la íntima comunidad de vida de los cónyuges, sobre la recíproca participación de cada uno de ellos en todo elemento moral, religioso y material de la existen-

[4] La definición de Modestino se encuentra en el Digesto, al comienzo del título *de nuptiis* (D. 23,2,1) y ha sido sacada de su obra *"libri regularum"*.

[5] La definición, al contenerse en las Instituciones de Justiniano, no nos indica su autor. Suele atribuirse a Florentino o a Ulpiano. Pensamos que es mejor atribuírsela a este último, por el parecido de la definición con otras palabras del mismo jurista en D. 1,1,1,3: *...hinc descendit maris atque feminae coniunctio,* cfr.C. FERRINI, *Sulle fonti delle "istituzioni" di Giustiniano,* BIDR, 13 (1900), p. 130. Sobre la posibilidad de atribuirla a Florentino, cfr., VOLTERRA, *Il matrimonio romano,* Roma, 1961, p. 130.

[6] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano,* Roma, 1970, p. 60.

[7] ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano,* Milán, 1951, p. 20 ss. Cfr., por ejemplo, D. 24,1,32; 50,17,30.

[8] Cfr., entre otros, GAUDEMET, *La définition romano-canonique du mariage: Speculum iuris et Eclesiarum,* en « Festschrrift Pöchl. » , Viena, 1967, p. 107 s. « si ces définitions du mariage avaient envisagé la formation du lieu plus que l état matrimonial, elles n´auraient pas marqué de faire mention du caractère consensuel du mariage qu´à Rome, come dans le droit canonique est primordiel ». GAUDEMET añade (ib.) que porque se trata en estas definiciones del matrimonio *in facto esse,* y no *in fieri*, las Instituciones de Justiniano traen la suya no en 1,10 *de nuptiis*, en donde es claro que se expone el matrimonio *in fieri*, sino en 1,9 *de patria potestate*, donde corresponde considerar el matrimonio *in facto esse.* Cfr. del mismo autor: *Iustum matrimonium* en "Mélanges De Visscher", I, p. 310 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

cia del otro, sobre su igualdad social, características estas propias del matrimonio de una y otra época, «più che specificare gli elementi giuridici sui quali si fonda il matrimonio legitimo, esprimono l´aspetto etico de la vita coniugale»[9].

La definición de Modestino, recogida en el Digesto, podría inducir a engaño y hacer pensar en una concepción romana clásica del matrimonio semejante a la de las Instituciones de Justiniano o a la canónica. En efecto, encontramos casi la misma definición en Justiniano y en los teólogos y juristas medievales[10]. Pero, como advierte Albertario, la definición representa formalmente concepciones diversas aun conservando una idéntica formulación material en los respectivos Derechos.[11]

En las definiciones del matrimonio romano que, anteriormente, hemos transcrito, se indican los elementos descriptivos y más relevantes de la institución matrimonial; pero, ¿cuáles eran las causas que constituían su esencia? Es mérito de los romanistas modernos haber precisado la concepción romana clásica sobre la naturaleza del matrimonio.

Durante toda la Edad Media y, posteriormente, en la Escuela culta, hasta el siglo XIX, fue doctrina común, con algunas excepciones[12], que los romanos, tanto en el tiempo clásico como en el postclásico, habían entendido el matrimonio como un pacto; es decir, habían creído que el matrimonio nacía en virtud de un acuerdo, o acto inicial de consentimiento mutuo entre un hombre y una mujer, de cual se originaba un vínculo y una obligación, que tenía por objeto la *individua consuetudo vitae*, o el *consortium omnis vitae* que enunciaron en sus definiciones Ulpiano (o Florentino) y Modestino.

Sobre esta doctrina se empezó a dudar a fines del siglo XVIII por obra del pandectista Glück, quien afirmó que no era cierto que el matrimonio fuera para los romanos un contrato: «al meno i romani, parlando di negozi giuridici di natura personale non usano mai l´espressione contratto»[13], y continúa «inoltre la parola contratto accenna ad una *obligatio* che presuppone un *debitor* e un *creditor,* e che una volta eseguita, estingue per necessità di diritto il rapporto giuridico tra creditore e debitore; ora tale rapporto giuridico non si verifica fra i coniugi come tali»[14].

[9] VOLTERRA, s. v. *Matrimonio* (diritto romano), E. D., XXV, p. 754. El autor, a continuación (ib.), afirma que con tal elección, teniendo presentes los fines históricos y legislativos de la compilación justinianea, se evita dar definiciones en contraste con la concepción antigua y con la de su tiempo.

[10] I. 1,9; cfr. GRACIANO, *Decretum, introductio in* C. 27 q. 2. P. LOMBARDO, *Sent.* IV, D. 27 C. 2. Cfr., FREISEN, *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur,* Paderborn, 1989, p. 23 s.

[11] ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: matrimonio e dote,* Milán, 1942, p. 7.

[12] Puede señalarse, entre otros, a Hubero, Einecio, Avezán, etc. ORESTANO, *Struttura...,* cit., p. 173 ss. nos ofrece un cuadro completo de esta historia de la doctrina.

[13] GLÜCK, *Comentario alle Pandette.* lib. 23 (trad. D´ANCONA), p. 143.

[14] GLÜCK, *Comentario...,* cit., p. 144. Seguidamente Glück desarrolla su refutación a Donellus, quien afirma darse verdadera obligación entre los cónyuges, consistente precisamente *duabus his in rebus summis: in convictu interiori eoque perpetuo, et in officiorum coniugalium mutua*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

A la doctrina de Glück se opuso Savigny con su nueva noción de contrato, al definir éste como «il concorso di più persone in una concorde dichiarazione di volontà, per cui vengono determinati i loro rapporti giuridici»[15]. Tal noción de contrato no postulaba, como objeto formal, la obligación; bastaba la ordenación o determinación de cualquier relación jurídica: no toda relación jurídica se resuelve en una obligación. Todo lo cual no quiere decir otra cosa sino que los contratos pueden ser obligatorios o no obligatorios; y el matrimonio es, según Savigny, de estos últimos[16].

La opinión tradicional de la Edad Media y del Renacimiento que atribuía a los romanos la doctrina del consentimiento contractual fue atacada por Glück, y, en cierto modo, también por Savigny, a causa de su peculiar noción de contrato; pero ninguno de los dos arrumbó aquella teoría tradicional.

Esto último lo consiguió, en cambio, Manenti, cuando en el año 1889 publicó su libro titulado *Dell´inapponibilità di condizioni ai negozi iuridici e in specie delle condizioni apposte al matrimonio* –célebre casi exclusivamente por las tres páginas que él escribe sobre el particular–, en el que dio a conocer su interpretación del pensamiento romano al respecto, en el sentido de que el matrimonio era puesto en existencia sobre la base de dos elementos: el establecimiento de hecho de la comunidad de vida (*consuetudo individua vitae*) y el consentimiento (*consensus*) –aunque no fuese declarado expresamente– o intención que la tiene como objeto (*affectio maritalis*). Un tal consentimiento no podía entenderse, según Manenti, como contractual, inicial, o sea, como creador de un vínculo –la obligación de aquella convivencia– que pudiese luego ya existir independientemente de su causa, sino como continuo –por eso llamado *affectio*–, haciendo consistir en él, juntamente con la convivencia, también continua, todo el ser del matrimonio.[17]

Orestano, a propósito de la tesis de Manenti, afirma que «vi è nell´impostazione da lui data al matrimonio romano una conquista su tutte le doctrine precedenti. L´aver messo in luce, in maniera definitiva, un aspetto fondamentale del matrimonio romano che era rimasto assolutamente celato: il matrimonio romano sorgeva e si manteneva in vita no per un accordo iniziale

---

praestatione (DONELLUS, *Comm. Iuris civilis* lib. 13, c. 21). Afirma Glück, que Donellus confunde *obligationes cum debita;* siendo, en efecto *debita,* y no, *obligationes* lo que se sigue del matrimonio, o se da en el matrimonio –razón por la cual no se puede llamar contrato-, afirmando seguidamente "...l´interno acordo di quelli che vogliono stringere questa intima unione, debe manifestarsi con un segno esterno, ma nessuna obbligazione ne nasce di continuare il rapporto coniugale", palabras importantes en relación con la doctrina dominante del *consensus continuus.*

[15] SAVIGNY, *Diritto romano attuale* (Trad. de SCIALOJA) *III,* Turín, 1981, p. 406.

[16] Cfr. ORESTANO, *Struttura..., I,* cit., p. 191 ss.

[17] MANENTI, escribe así respecto a la *affectio:* " Non è da considerarsi nel senso ordinario della parola di consenso, accordo momentaneo di due volontà producente un vincolo obligatorio perenne, che si conserva tale anche se quelle volontà divengono poi discordi come nei conttrati in generale... Infatti quello richiesto per le *nuptiae* è un consenso consistente in un accordo di volontà non instantaneo, ma continuato, con efetto limitato nel tempo alla sua stessa durata" (O. c., p. 42 ss.).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

di volontà, ma per una volontà continuativa que lo poneva in essere...facendolo venire meno al cessare di essa. È questo un punto accertato, dal quale le ulteriori costruzioni e indagini relative al matrimonio romano non potranno più prescindere[18]».

La doctrina de Manenti, en lo sustancial, fue aceptada de forma general por los romanistas modernos[19]; si bien no faltaron declaraciones ulteriores, deducciones, distinciones, etc. por parte de sus seguidores. Bonfante estudió a fondo el instituto y formuló su teoría general: «Il matrimonio romano è il rapporto sociale assunto e riconosciuto dal Diritto»; y lo define como «la convivenza dell´uomo e della donna sotto l´autorità del marito con l´intenzione affettiva e continua di essere marito e moglie. I due requisiti del matrimonio sono adunque la convivenza e l´intenzione da un lato, l´ *affectio maritalis* o *uxoris* dall´altro; due elementi stesso fatto, che corrispondono a capello ai due elementi del possesso. Il matrimonio romano è stabilito dal perdurare dei voleri e dal proposito di essere marito e moglie, dalla consistenza e dalla continuità della vita comune[20]». El mismo autor, teniendo presente el siguiente texto: «*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant...puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae, non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*», ha declarado que la convivencia la entendían los romanos en sentido, no literal, materialístico, sino ético y social.[21]

Otros romanistas, más bien que de convivencia en sentido social-ético, prefieren hablar de convivencia habitual, por ejemplo, Albertario que sostiene que «la convivenza effettiva dei coniugi era, si, un elemento del matrimonio, ma non era da intendere stupidamente nel senso che dovese durare *per momenta* e un coniuge non potesse vivere separato dell´altro: bastava che il comportamento dei coniugi in quest´ultimo caso fosse tale da lasciare scorgere che la interruzione della convivenza, anche se durante molto tempo, era pur sempre transitoria e poteva in qualunque momento cessare»[22].

Con posterioridad a Bonfante, también Albertario ha comprobado que el matrimonio, en Derecho romano, es una situación de mero hecho, que presupone una relación estable del hombre y de la mujer, puesta en existencia por su consentimiento y por su convivencia efectiva[23]. Pertenece a Albertario el

[18] ORESTANO, *La struttura giuridica...*, cit., p. 205.

[19] Seguían hablando con todo todavía algunos de un solo elemento constitutivo del matrimonio, cfr., por ejemplo GIFFARD, *Précis*, p. 235; COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Turín, 1925, p. 30; el consentimiento, según éste, parece haber sido entendido como continuo.

Sobre el hecho de la aceptación general, cfr., ORESTANO, *Struttura...*, cit., p. 208, nt. 173.

[20] BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10 ed., Roma, 1934, p. 180 ss.; *Corso di diritto romano*, Roma, 1925, p. 187 ss.

[21] D. 24,1,32. BONFANTE literalmente escribe: "... essa (convivencia) non vuole essere intesa in senso materialistico od anche soverchiamente litterale, ma in un significato etico e sociale come l´ effetiva sussistenza di quelle reciproche relazioni morali sociali che si manifestano e si riassumono nella significativa espressione romana, l´*honor matrimonii*" (*Corso I*, p. 256).

[22] ALBERTARIO, *Studi di diritto romano, I*, Milán, 1933, p. 214.

[23] ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: Matrimonio e dote*, cit.. p. 20; en la p. 41 escribe: "rapporto, il matrimonio, posto in essere e conservato dal *consensus* dei coniugi e dalla loro convivenza"; en la p. 58 "Il Diritto Romano antico e classico poneva come elementi essenziali per la continuazione del matrimonio il *consensus* e la convivenza dei coniugi".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

mérito de haber aclarado el elemento, al que, según el derecho clásico, se atendía para juzgar si un matrimonio perduraba, o no, si era verdadero matrimonio o concubinato. Tal elemento lo ha encontrado en el *honor matrimonii*. En el derecho romano clásico para decidir si existía o no matrimonio, los juristas afirmaban que hacía falta considerar si el hombre y la mujer, de que se trataba, vivían como marido y mujer, es decir, *honorem invicem matrimonii habebant*. Para decidir si la relación estable de un hombre con la mujer era matrimonio o concubinato, los juristas decían que se debía mirar al *honor* de la relación, a la *dignitas* de la mujer; entre la *uxor* y la concubina,dice Ulpiano, *nisi dignitate nihil interest*.[24]

A causa de la mencionada duplicidad de elementos, casi todos los seguidores de Manenti han visto una analogía entre el matrimonio y la *possessio*. Así como para ésta eran necesarios dos elementos: *animus* y *corpus*, y los dos continuados, así también para el matrimonio eran necesarios el *consensus* y la convivencia. Levy, por ejemplo, consideró *la deductio in domum mariti* como paralela a la *aprehensio rei* en la *possessio*[25]. Bonfante, después de haber señalado los dos elementos esenciales del matrimonio: *consuetudo vitae* y *affectio maritalis*, afirma «due elementi di uno stato di fatto che corrispondono a capello ai due elementi del possesso, la *possessio naturalis* o *possessio corpore* (l´infelice *corpus* dei commentatori) al´ *animus* o *affectus possidendi*»[26]. Tal analogía ha llevado a los seguidores de Manenti a pensar que para los romanos el matrimonio implicaba una *res facti*, o un *status facti*, si bien dotado de consecuencias jurídicas. Albertario escribe al respecto: «I due instituti -il matrimonio e il possesso- hanno nel diritto romano analoga struttura: l´uno e l´altro generano diritti, ma sono rapporti di mero fatto[27]». Semejante analogía se ha querido ver confirmada por los textos que niegan el *postliminium* respecto al matrimonio, igualmente que se niega respecto de la *possessio*, de ello deriva, como afirma Biondi, que «al matrimonio come al possesso non è applicabile il *postliminium*, trattandosi de rapporti che intanto sussistono in quanto sussiste il fatto»[28].

Por otra parte, no todos los seguidores de Manenti sostienen que la concepción romana del matrimonio así descrita haya sido enteramente igual en el tiempo clásico y en el postclásico. Albertario ha sido el más destacado en poner de manifiesto la diferencia que existe al respecto entre el derecho romano clásico y el derecho justinianeo: «Nel Diritto romano classico se v´era, o no,

[24] ALBERTARIO, *Corso...*, cit., pp. 38-39.

[25] E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 74.

[26] BONFANTE, *Corso...*, cit., p. 256.

[27] ALBERTARIO, *Studi di diritto romano, I*, cit., p.232.

[28] BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1965, p. 574. El texto transcrito de Biondi está tomado de la edición de su obra del año 1965, después de los escritos de Orestano y Volterra. Es verdad, que, si bien sostiene también él el parangón del matrimonio con la posesión a causa de sus dos elementos, convivencia y *affectio*, insinua que no se debe exagerar. Ello, sin embargo, no le impide fundar en el parangón la negación del *postliminium* respecto al matrimonio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

matrimonio, i giuristi dicevano che bisognava considerare se l´uomo e la donna di cui se trattava, vivevano como marito e moglie, cioè *honorem invicem matrimonii habebant*; i Giustinianei dicono e bisogna vedere c´è, o no, l´ *affectio maritalis*. Nell´età postclássica giustinianea il matrimonio si distingue dal concubinato sulla base dell´ *affectio*, del *dilectus*, della *destinatio animi* dell´uomo e della donna che insieme convivono. L´*affectio maritalis* è ciò che veramente e solamente conta. E questa emerge nella relazione stabile con dona *par honestate*, dalla mancata *testatio* di volere vivere in concubinato; nella relazione stabile con donna *impar honestate*,dalla confezione degli strumenti dotali»[29].

La *affectio maritalis* –expresión con la que los justinianeos prefieren expresar el *consensus*– en el matrimonio adquiere tal preponderancia y autonomía, que la *affectio maritalis*, y solamente ella, es lo que se considera para decidir si el matrimonio ha sido disuelto o perdura.[30] Albertario ha podido poner de manifiesto esta diferencia a través de los textos clásicos depurados de interpolaciones: «En D. 24, 1, 32, 13 il giurisconsulto Ulpiano si prospettava il quesito se dovesse considerarsi valida la donazione fatta tra coniugi che *diu seorsum habitaverunt*, e rispondeva negativamente nell´ipotesi che, nonostante vivessero separati i coniugi *honorem matrimonii invicem habebant*. La convivenza effetiva dei coniugi era, si, un elemento del matrimonio, ma non era da intendersi stupidamente nel senso che dovesse durare *per momenta* e un coniuge non potesse vivere separato dell´altro: bastava che il comportamento dei coniugi, in quest´ultimo caso, fosse tale da lasciare scorgere che la interruzione della convivenza, anche se durante da molto tempo, era sempre transitoria e poteva in qualunque momento cessare. Sopravengono nel testo i compilatori e soggiungono la motivazione stonata *non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio*. En D. 35, 1, 14 lo stesso giuriconsulto si domandava si poteva ritenersi verificata la condizione apposta ad un legato si *in familia nupsisset*, appena *ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculis mariti venerit*. Ulpiano respondeva affermativamente, perchè era alla convivenza che occorreva guardare non al coito; mai i giustinianei sentono il bisogno di rafforzare la ragionevole decisione del giuriconsulto rilevando *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*; dicendo nella prima parte, anche dal punto di vista del diritto classico, una cosa esatta, ma non dicendola altrettanto nella seconda perchè si astrae dell´elemento della convivenza e si radica la nozione del matrimonio sulla base dell´ *affectio maritalis*»[31].

Al haberse convertido la *affectio maritalis* en el elemento únicamente relevante para decidir sobre la duración de un matrimonio, se allana el camino al ordenamiento justinianeo, orientado hacia la concepción cristiana del matrimonio, cuya existencia permanente surgía sólo del consentimiento inicial, ordena-

[29] E. ALBERTARIO, *Corso di Diritto Romano: Matrimonio e dote*, Milán, 1942, pp. 38-39.
[30] Cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di Dritto Romano...*, cit., p.42.
[31] E. ALBERTARIO, *Corso di Diritto Romano...*, o. cit., p. 43; cfr. pp.45-46.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

miento que con el matrimonio entendido como relación de mero hecho, como lo entendía el derecho romano clásico, habría sido absolutamente inconciliable. Por esto, Albertario afirma acertadamente: «era facile scorgere il motivo che spingeva i giustinianei a queste loro riforme. Il motivo è da ricercare in quell´etica cristiana che ispiraba il nuovo diritto matrimoniale giustinianeo. Assecondare i postulati dell´etica nuova, aderire alla nuova coscienza sociale, interpretare il nuovo momento storico, voleva dire accingersi a distruggere l´intima struttura del matrimonio e del possesso romano. Il diritto romano antico e classico li aveva foggiati come rapporti di mero fatto, i cui elementi costitutivi erano un elemento spirituale e un elemento materiale: il nuovo diritto doveva necessariamente lacerare questa struttura. Soltanto per questa via il nuovo ordinamento dei due istituti poteva accogliere dentro di se la nuova vita che era nel nuovo ambiente e nel tempo nuovo. E il diritto post-classico giustinianeo non la lacerò apertamente, ma nella realtà delle cose gravemente la vulnerò»[32].

En el año 1940 aparecieron dos importantes escritos, respectivamente de Orestano y Volterra: *Struttura giuridica del matrimonio romano* y *Conception du mariage d´après les juristes romains*, que supusieron, como gráficamente afirma Robleda, un «nuovo colpo di scena»[33].

Ambos romanístas sostienen que es sólo el *consensus* el elemento que, en todas las épocas del derecho romano,da esencialmente vida al matrimonio. La convivencia no era elemento esencial o constitutivo del matrimonio, a lo más, era demostrativa de la presencia del consentimiento. Tal doctrina tuvo una aceptación general[34].

Pero ¿cuál es la índole de este consentimiento-causa esencial del matrimonio?. Orestano y Volterra no hicieron rectificación alguna a las enseñanzas de Manenti sobre esta cuestión. Los dos romanístas, del mismo modo que Manenti, sostienen que el *consensus* fue entendido por los romanos como «continuativo». Orestano escribe al respecto: «E una conquista del Manenti l´aver messo in luce in maniera definitiva un aspetto fondamentale del matrimonio romano, che era sino allora rimasto assolutamente celato: il matrimonio romano sorgeva e si manteneva in vita, non per un accordo iniziale di volontà, ma per una volontà continuativa che lo poneva in essere e lo sorregeva per un tempo indefinito, faciendolo venire meno al cessare di essa»[35].

[32] E. ALBERTARIO, *Corso di Diritto Romano...*, cit., pp. 57-58. El mismo autor posteriormente afirma: "Questi aforismi *non coitus matrimonium facit sed maritalis affectio,* D. 24,1,32,13, D. 35,1,15; D. 50,17,30, sono una chiara e meditata formulazione del pensiero del legislatore bizantino, che si muove sulle orme dei Padri della Chiesa latini e greci: anche i giuristi romani, certo, non annetevano importanza alla copula per decidere della esistenza del matrimonio, ma Giustiniano in quelli aforismi afferma qualche cosa di piè: esplicitamente proclama la non importanza della convivenza, tutta concentrando la nozione del matrimonio nell´*affectio maritalis"* Ib. p. 61.

[33] ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale presso i romani,* Gregorianum, 60 (1979), p. 250.

[34] C. y G. LONGO y GARCÍA GARRIDO sigueron defendiendo la tesis manentiana de la esencialidad de ambos elementos en la concepción romana de todo tiempo.

[35] ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano,* cit., p. 205.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Manenti afirmó que la característica continuativa del *consensus* se dio en todas las épocas del derecho romano, incluso en la época justinianea. Orestano no se pronunció sobre el particular, es decir, si tal concepción del *consensus*, cierta en el tiempo clásico, se mantuvo también en el postclásico y justinianeo. Ha sido Volterra el que coincidiendo con G. D´Ercole –que había escrito un importante artículo en este sentido[36]– mantuvo firmemente como válida la concepción manentiana del *consensus continuus*, solamente para la época clásica y preclásica: «Per essi (los juristas clásicos) il *matrimonium*... cioè l´ unione fra un uomo e una donna che sia produttiva di effetti giuridici determinati, si ha quando un uomo e donna liberi... stabiliscono un rapporto coniugale con la volontà effettiva, continua di essere uniti durevolmente in tale rapporto. L´esistenza giuridica del *matrimonium*... dipende dalla persistenza di questa reciproca, effetiva volontà dei coniugi: in altre parole, esso esiste in quanto e fino e quando esiste questa reciproca volontà. Non appena la volontà anche di un solo dei coniugi viene a cessare, il matrimonio cessa giuridicamente di esistere e il vincolo coniugale è giuridicamente sciolto"[37]. Para Volterra la concepción romana del consentimiento matrimonial cambia en la época postclásica, a partir del mismo Constantino. El consentimiento ahora, según él, se entiende no como continuativo, sino como pacticio, contractual, inicial.

Gaudemet fue el único que, al recensionar el escrito de Orestano, admirado por la incondicional adhesión de éste a la doctrina manentiana, hizo alguna reserva, manifestando el deseo de ver probadas las afirmaciones de un tal *consensus continuativus*, con respecto a la época clásica. Se desearía, afirma, que sobre este particular no se nos limitase a simples afirmaciones[38].

Robleda, en 1970, publicó una magnífica monografía titulada *El matrimonio en Derecho romano*, y en el capítulo tercero de esta obra expone una síntesis de los argumentos usados por Orestano y Volterra, sobre todo de éste último, formulando seguidamente algunas observaciones a la doctrina del consentimiento matrimonial continuo y concluye «reiterando la afirmación de que no hemos pretendido en modo alguno oponernos a ella, ya que la tenemos como provista de muy fuerte argumentación, sino presentar algunas dudas con que tropezamos al considerarla y estimarla»[39].

[36]G. D´ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa,* SDHI, 5(1939), p. 3 ss.

[37] VOLTERRA, s. v. *Matrimonio* (Diritto romano): Nov.D. I., n.2 (1964, p. 5; cfr. también, *La conventio in manum e il matrimonio romano,* RISG, 12(1968), p. 206 ss.; *Il matrimonio romano,* cit., p. 128; *La conception du mariage...,*cit., p. 33 ss.; *Quelques observations sur le mariage des filiifamilias,* RIDA, 1(1948), p.213 ss.

[38] En IURA, 4(1953), p. 353. Escribe GAUDEMET: "Reprenant une doctrine, qu´il dèclare commune depuis Manenti, l´auteur (Orestano) affirme, en outre, la nécesité de sa permanence (es decir, del *consensus*). On eut souhaité que sur ce point il ne se bornàt pas à des affirmations. Si la nécessité d´un consentement continu en droit classique est souvent affirmée par la doctrine moderne, e si l´on se plait à opposer sur ce point droit classique et droit du Bas-Empire, modifié sous l´influence du Christianisme, cette opinion mériterait, d´étre soumise à un sérieux examen"

[39] ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano,* cit., p. 144. El cap. 3º lleva por título "Consentimiento continuo o inicial", pp. 120-144.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Posteriormente Volterra publicó distintos artículos en los que expone y confirma su propia tesis, teniendo presentes las observaciones de Robleda.[40]

En el Coloquio romano-canonístico, celebrado en el «Pontificio instituto *Utriusque Iuris*» del 13 al 16 de marzo de 1979, Robleda tuvo una ponencia con el título «La definizione del matrimonio nel Diritto Romano», en la que, entre otras cosas, afirma lo siguiente: «Questi scritti, acutissimi, dell´egregio maestro (Volterra) mi hanno fatto pensare, ma, in verità, non hanno risolto le mie difficoltà. Non mi risulta provato che sia possibile ritrancciare nelle fonti le orme di due concezioni diverse: rispettivamente, nel tempo classico insieme col preclassico, da una parte, e nel postclassico dall´altra»[41].

En efecto, parece claro que el matrimonio, en el tiempo postclásico fue entendido por los juristas romanos como un pacto; y esto, de una manera brillante, lo ha puesto en evidencia Volterra. En la época postclásica, el principio repetido en los textos: *consensus facit nuptias* implica el sentido de un acuerdo recíproco, de un contrato –Volterra no tiene dificultad alguna en emplear este término–[42], del cual se sigue el vínculo autónomo del matrimonio *in facto*, que tiene como contenido la *individua consuetudo vitae,* el *consortium omnis vitae*, de las conocidas definiciones de Ulpiano y Modestino. En consecuencia, en esta época, el *fieri* del matrimonio se distingue del matrimonio *in facto*, y, estas definiciones sólo valen para el matrimonio *in facto*, es decir, el matrimonio-efecto, el matrimonio-vínculo; por el contrario, los textos que indican la producción del matrimonio en virtud del *consensus*, contienen la definición del matrimonio en su *fieri*, del matrimonio-causa, del matrimonio-pacto que dio vida a aquel vínculo. Consecuentemente el divorcio en este período se entiende efectuado a través o en virtud de un acto de voluntad contrario al matrimonio, es decir, con el *dissensus*, la renuncia a tal matrimonio. Pero estamos de acuerdo con Robleda cuando afirma, «che tali nozioni del matrimonio e del divorzio non si avessero già nel tempo classico, e cioè, che non si distinguesse pure allora tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto*, ma che il matrimonio fosse inteso sempre *in fieri* e sempre *in facto,* ossia, fatto in ogni momento; e che così s´intendessero, dunque, le due note definizioni, e conseguentemente, che il divorzio non consistesse in un atto espresso o tacito di volontà contraria, ma nel non farsi più il matrimonio, non lo vedo in modo alcuno evidenciato dalle fonti»[43].

[40]Cfr. *Il consenso matrimoniale presso i romani,* "Gregorianum", 60(1979), p. 252 con la nt. 13; *Ancora sul matrimonio di Antonio con Cleopatra,* en "Festscrift f. W. Flume zum 70. Geburstag. 12 sept. 1978", p. 208 ss.

[41] ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano,* "La definizione essenziale giuridica del matrimonio" (Atti del colloquio romanistico-canonistico, -13-16 marzo, 1979-), pp. 31-32

[42] Cfr. *La concepción du mariage...,* cit., p. 58.

[43] ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano,* cit., p. 32.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Volterra ha afirmado en distintas ocasiones[44], que el concepto de consentimiento continuado es expresado en las fuentes clásicas, con la famosa frase: *consensus facit nuptias* y que las mismas palabras en la legislación justinianea expresan un concepto completamente distinto del matrimonio, concepto que comienza a delinearse en las constituciones de los emperadores cristianos, aquel del negocio jurídico bilateral que surge en base a una relación convencional entre un hombre y una mujer y que una vez constituido, permanece independientemente de la persistencia de la voluntad de los cónyuges. La cesación de la voluntad recíproca de ambos o de uno solo de los cónyuges ya no rompe automáticamente el vínculo jurídico conyugal, sino que es necesario que éste se haga cesar a través de la manifestación de una voluntad de tiene como objeto la disolución[45].

Es un caso típico, escribe Volterra, «in cui tre parole hanno un valore nel diritto classico ed un altro, del tutto differente dal primo, in boca dei compilatori giustinianei. Esse sebbene identiche, affermano due principi diversi e qualificano due strutture giuridiche dell´instituto del matrimonio»[46]. Coincidimos con Robleda cuando contradice, de forma elegante[47], la tesis de Volterra: «ho l´ impressione che si dia come supposto quello che si deve provare, e che in base all´insinuata interpretazione doppia dei testi si introduca facilmente in essi il senso che uno vuole; si faccia, dunque, dire gratuitamente ai testi ora una cosa, ora un´altra»[48].

Todo lo expuesto anteriormente nos demuestra suficientemente la diferencia entre la concepción romana y la cristiana sobre el matrimonio. Pensar que la existencia y la duración del matrimonio dependen exclusivamente de factores humanos, como el *consensus* y la *consuetudo vitae*, como afirma Manenti, o solamente *consensus*, como se afirma a partir de Orestano y Volterra, es la antítesis de la concepción cristiana. Esta mantiene que el nacimiento del matrimonio está condicionado por el libre encuentro de dos voluntades y una vez que éste existe, la persistencia del matrimonio no está condicionada por el perdurar de las voluntades, sino por la naturaleza del instituto tal como ha sido querido por la voluntad de Dios, es decir, es indisoluble[49]. Este planteamiento,

[44] Cfr., por ejemplo, v. *Matrimonio. Diritto romano,* en E.D., XXV, 1975; *Consensus facit nuptias,* en "La definitione essenziale giuridica del matrimonio" (Atti del colloquio romanistico-canonistico, -13-16 marzo 1979-) pp. 45-46.

[45] VOLTERRA, *Consensus facit nuptias,* cit. pp. 55-56.

[46] VOLTERRA, *Consensus facit nuptias,* cit., p. 56 ; el autor continúa « comincia anche a delinearsi il concetto di indissolubilità del matrimonio in forza del quale, mentre si attribuisce alla volontà dei coniugi la costituzione del vincolo coniugale, non si riconosce alla volontà dei medesimi l´effetto di poterlo liberamente sciogliere » ib.

[47] ROBLEDA, *La definizione...,* cit. : "mi è grato inoltre riconoscere oltre al valore científico, la gentileza del Prof. Volterra il quale ha voluto toccare i concreti argomenti di prova e rispondere alla particolari difficoltà da me proposte contro di essi. Certo, mi son permesso di dire che non son riuscito a convincermi in base alle sue risposte...", p. 56.

[48] ROBLEDA, *La definizione...,* cit., p. 32.

[49] Mt. XIX, 6; Mr. X, 11; Lc. XVI, 18; S. PABLO, Rom. VII, 1-3; 1 Cor., VII, 10-11, 39.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

por lo demás, no podía penetrar fácilmente en una concepción exclusivamente humana. Si por la ley natural el matrimonio, en efecto, reclama una estabilidad, principalmente en favor de la prole, sin embargo, frente a la volubilidad de los afectos humanos, a las graves cargas que la familia comporta y a la corrupción de la naturaleza humana que no tolera restricciones y límites, el paganismo lo concibe soluble y condicionado prevalentemente a la voluntad de quien lo ha intentado contraer. El Cristianismo sólo podía, al restaurar el orden y elevar el contrato a la dignidad de Sacramento, perfeccionarlo e inducir a los hombres a aceptarlo como un medio de perfección individual y social.

Y la innovación profunda, que la predicación evangélica ha realizado con respecto a la familia, se verifica en el derecho romano postclásico, como han demostrado magistralmente Albertario, D´Ercole, Volterra, Robleda y Gaudemet, entre otros.

Entre el matrimonio clásico y el matrimonio canónico, Justiniano está más próximo al segundo. Él, efectivamente, ensalza la *maritalis affectio* como el elemento constitutivo del matrimonio, pero no reniega explícitatamente de manera categórica del principio clásico de que es necesaria la continuidad del acuerdo para que el matrimonio dure, pero, su pensamiento, como se deduce de muchos indicios, es que el consentimiento inicial debería de dar, de forma irrevocable, vida al matrimonio. Como precisa Fagiolo «in questo compromesso tra il nuovo e l´antico, tra l´ influenza cristiana e la sopravvivenza classica è la chiave del suo contradittorio attegiamento. La nullità del divorzio privo delle forme legali e le pene inflitte nel caso di divorzio per mutuo consenso, sono espressioni evidenti del legislatore, che vuole che il matrimonio abbia la sua base nel consenso iniziale»[50]. Justiniano no devalúa la *affectio maritalis,* pero querría que el consentimiento, inicialmente manifestado, fuese irrevocable, por esto pone obstáculos de forma y amenaza con penas a los divorciantes. De este modo no alcanza su fin, pero logra aproximarse a él. Cada vez es más sensible a la influencia del Cristianismo, pero no subvierte completamente la estructura del matrimonio clásico. Indudablemente, esta nueva dirección, que admite que el matrimonio se puede contraer *consensu*, sin necesidad de *deducere mulierem in domum mariti*, separándose así de la concepción del matrimonio romano clásico, es un fruto evidente de la doctrina matrimoniale elaborada por los Padres de la Iglesia en la época que precede a la legislación justinianea[51].

Si ha sido mérito casi exclusivo de Albertario el haber puesto de manifiesto la diferencia entre la concepción romana clásica y la postclásica-justinianea y el

[50] V. FAGIOLO, *L´influsso del Cristianesimo nell´evoluzione dell´instituto matrimoniale romano,* Eph. I. Canonici, 13(1957), p. 63.

[51] E. ALBERTARIO, *Corso de diritto romano...,* cit., pp. 63-64-69; V. FAGIOLO, *L´influsso del Cristianesimo...,* art. cit., *passim;* J. GAUDEMET, *L´interprétation du principe d´indissolubilité du mariage chrètien au cour du premier millénaire,* BIDR, 20(1978), p. 14 ss. ; A. MONTAN, *La legislazione romana sul divorzio : aspetti evolutivi e influssi cristiani,* Apollinaris, 53(1980), p. 167 ss. ; F. STANGHELLINI, *Il diritto nelle opere dei Padri della Chiesa,* A. G., 84(1910), PP. 78-140.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

haber comprobado en ésta una orientación hacia la concepción cristiana, a romanistas más modernos, como D´Ercole, Volterra, Robleda, Gaudemet, etc., corresponde el mérito de haber precisado el último estadio, el más próximo al ordenamiento canónico, de la evolución justinianea bajo el influjo de la doctrina cristiana[52].

Sin embargo, se ha afirmado autorizadamente[53] que el antiguo concepto del matrimonio permanece inalterado en el derecho justinianeo, que el Cristianismo no ha influido nada al respecto en la codificación del siglo VI, y que el divorcio, también en aquella legislación, es la consecuencia natural de aquel modo de concebir el matrimonio. Pienso, no obstante, que teniendo presente la investigación actual sobre la materia, no se puede, en modo alguno, estar de acuerdo con tales afirmaciones.[54]

Manteniendo para el Derecho romano clásico la concepción del matrimonio como un estado de hecho, se puede dudar seriamente acerca del nacimiento de la concepción contractual, acerca del relieve dado al consentimiento inicial, dentro de la misma historia del Derecho romano, en la época de los emperadores cristianos, particularmente después de una lectura atenta de las Novelas Justiniano[55]; se puede discutir acerca de la tendencia arcaica o no del Emperador[56]; pero, no obstante, es manifiesto que el derecho matrimonial desarrolla una gran evolución en el *Corpus Iuris*, desde el Digesto a la Novelas, las cuales «hanno un´importancia fondamentale e un´abbondantissima, unica fioritura nei rapporti della società domestica[57]».

[52] Así VOLTERRA : "Le mariage n´est plus fondé sur une volonté continue, mais sur une volonté initiale... L´institution du mariage, ainse que la plus grande partie des institution familiales, est profondément transformée. La conception juridique se détache désormais de la conception sociale, et, comme D´Ercole l´a très biens demontré, la conception du mariage-contrat apparait por la premiere fois» (*La conception du mariage d´aprés les juristes romains,* Padua, 1940, p. 58.

[53] MANENTI, *Dell´inapponibilità di condizioni...*, cit., p., pp. 39-44 ; BONFANTE, *Corso di diritto romano, 1,* cit., p. 267 ; SOLAZZI, *Studi sul divorzio. Il divorzio della liberta,* BIDR, 34(1925), P. 308.

[54] Para la época clásica VOLTERRA ha sostenido insistentemente la tesis del matrimonio dependiente exclusivamente de la voluntad continua y efectiva de los cónyuges de ser recíprocamente marido y mujer: Cfr. *Diritto romano e Diritti Orientali,* Bolonia, 1937, pp. 111-112; *Nuove osservazioni sulla "conventio in manum",* "Atti de Congr. Intern. de Diritto Romano", Verona, 1948, vol. III, pp. 29-44; *Ancora sulla manus e sul matrimonio,* en "Studi in onore S. Solazzi", Nápoles, 1948, p. 667 ss; *L´acquisto della cittadanza romana e il matrimonio del peregrino,* en "Studi in onore di E. Redenti", II, 1950, p. 6 ss.; s. v. *Matrimonio (diritto romano),* E. D. , XXV, Milán, 1975, p. 726 ss.

[55] J. DAZA, *Iusta rei publicae gubernatio, La autocomprensión de Justiniano como legislador e n las Novellae,* Se. Comp. de Derecho Romano, IX-X (1997-98) pp. 201-280.

[56] Existe un gran debate sobre el particular, cfr. especialmente V. F. PRIGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians,* "Studi in onore de P. Bonfante". I, p. 549 ss. y S. RICCOBONO, *La verità sulle pretese tendenze archaiche di Giustiniano,* en "Conferenze per il XV centenario delle Pandette", Milán, 1931, p. 235 ss.

[57] P. BONFANTE, *Corso...,* cit., p. 186. Es muy interesante la declaración que hace Justiniano en el prefacio de la Novela 22: *"Nos autem cum in constitutionum compositione alia multa de his definivimus, tum nunc re consiliis perfectioribus considerata quaedam emendanda esse existimavimus non solum eorum quae ab aliis sed iam eorum quoque quae a nobis ipsis sancita fuerunt. Neque enim erubescimus, si quid pulchrius vel illis, quae ipsi antea diximus, reperiamus, id lege sancire et prioribus secundam quae conveniat correctionem sponte adferre, nec vero ut ab aliis lex emendetur expectare".*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Un detenido examen de las constituciones imperiales a partir del siglo IV muestra el cambio profundo que se realiza gradualmente en la configuración jurídica y en la normativa del matrimonio. Interpretando de forma unitaria y lógica las distintas fuentes recogidas en la compilación justinianea, se constata el cambio de la noción jurídica del matrimonio y el distinto significado que asumen las palabras *adfectus* o *consensus* que expresan el principio básico de la estructura del matrimonio clásico. Estas se conservan textualmente en los textos de la compilación, son repetidas por los emperadores cristianos y, muchas veces, por Justiniano, pero asumiendo un significado jurídico absolutamente distinto. El matrimonio siempre está fundado sobre la recíproca voluntad de los contrayentes, y no sobre la persistencia de ésta en el sentido de que la existencia del matrimonio dependa de la continuidad del consentimiento o del *conubium* de los cónyuges[58].

En derecho postclásico la voluntad de los contrayentes, una vez que se ha manifestado inicialmente, hace surgir el matrimonio que continúa existiendo como relación jurídica con todos sus efectos, independientemente de la duración de esta voluntad recíproca. La diferencia, pues, entre el matrimonio clásico y el postclásico puede expresarse afirmando que el primero está basado sobre la voluntad continua de los cónyuges y sobre la persistencia del *conubium*; el segundo sobre la voluntad inicial recíproca del hombre y de la mujer.

Justiniano ha conservado el principio *consensus facit nuptias*, pero las mismas palabras expresan en el siglo VI un principio jurídico distinto. El matrimonio, como otros institutos familiares, ha sido profundamente transformado.

Teniendo presente el nuevo significado asumido por los términos clásicos, es fácil constatar muchas transformaciones que se han realizado en el derecho postclásico y es posible, como afirma Volterra, interpretar los pasajes del Digesto y del Código sin necesidad de recurrir a complicadas y arbitrarias hipótesis de alteración de los textos clásicos.

Una constitución de Teodosio II del año 449 expresa claramente el nuevo concepto que se aplica en la legislación imperial: *"Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus"*. Esto evidentemente significa que el matrimonio es independiente de la duración del consentimiento de los cónyuges. Si se tiene en cuenta, como veremos posteriormente, que el divorcio unilateral, fuera de las causas taxativamente determinadas, está castigado, se comprende el alcance de la norma de Teodosio II[59].

En el campo del derecho matrimonial tenemos uno de los ejemplos más importantes y significativos de la influencia del Cristianismo sobre el derecho romano; por ello, los factores más determinantes de la profunda transformación de este derecho hay que ponerlos en la acción ejercida por la Iglesia sobre los emperadores a partir del siglo IV.

[58] E. VOLTERRA, s. v. *Matrimonio (diritto romano)* art. cit., p. 785.

[59] C. 5,17,8. Cfr. VOLTERRA, *La conception du mariage,* cit., p. 60 ; ROBLEDA, *El matrimonio,* cit., p. 116.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Como se deduce de los escritos de los Padres de la Iglesia , la mayoría de ellos, basándose principalmente sobre la respuesta de Cristo, relatada en dos pasajes de los Evangelios (Mt., 19, 1-9; Marc., 10, 1-12), a la pregunta realizada por los Fariseos sobre la facultad del marido de repudiar a la mujer[60] afirmaba ya desde los primeros siglos que el vínculo matrimonial, una vez constituido, no era disoluble por voluntad de los cónyuges[61].

Los escritores cristianos, como observa Volterra[62], rechazan la estructura del matrimonio vigente en los distintos pueblos del antiguo oriente mediterráneo basado sobre una manifestación unilateral de voluntad del hombre, y sostienen que surge en virtud de una manifestación recíproca de voluntad del hombre y de la mujer. El principio de que parten es que el vínculo conyugal, una vez formado, es indisoluble y permanece aunque cese la voluntad recíproca de los esposos, aunque ambos, o uno de ellos, manifiesten la voluntad de disolver el matrimonio y aunque la condición jurídica de uno de los cónyuges o de los dos, al cambiar, haga cesar el *conubium* entre ellos.[63]

El matrimonio perdura aunque los cónyuges vivan separados y, por lo tanto, no pueden celebrar un segundo matrimonio, porque éste sería considerado adulterio.

Afirmado el principio de la indisolubilidad, los Padres de la Iglesia en modo alguno pueden aceptar la concepción clásica de que el matrimonio dependa de la voluntad recíproca de los cónyuges y del *conubium* entre ellos. La manifestación de la voluntad recíproca, haciendo surgir el vínculo matrimonial que no puede destruirse mientras los cónyuges vivan, necesariamente debe considerarse no como una voluntad continuada, sino como una voluntad inicial. Por consiguiente, a diferencia de la concepción del derecho romano clásico, en el

[60] Cfr. la sintética y precisa exposición de BONSIRVEN, *Le divorce dans le Nouveau Testament,* París, Tournai, Roma, 1948, p. 16-19; DAUBE, *Testament terms for Divorce,* Theology, XLVII (1944), N. 285, pp., 65-67.

[61] Los pasajes son cuidadosamente recogidos y comentados por BONSIRVEN, *op. cit.,* pp. 63-75, que teniendo presente la amplísima literatura existente sobre el particular, examina de modo especial la exégesis primitiva de los incisos contenidos en Mt. 19, 1-9.

[62] E. VOLTERRA, s. v. *Matrimonio*, art. cit., p. 787.

[63] Entre la amplísima literatura existente sobre el matrimonio en los escritores cristianos de los primeros siglos citamos, entre otros, los que consideramos bastante útiles para la presente investigación: STANGHELLINI,*Il diritto matrimoniale nelle opere dei Padri della Chiesa,* A. G., LXXXIV (1910), pp. 77-140; PETERS, *Die Ehe nach der Lehre der hl. Augustinus,* Paderborn, 1918; PREISKER, *Christentum und Ehe in den ersten drei Jahrhunderten,* Berlín, 1927; INSADOWSKI,*Quid momenti habuerit christianismus ad ius romanum matrimoniale evolvendum,* en "Acta Congressus Iuridici internationalis", II, Roma, 1935, pp. 38-87; ANNÉ, *La conclusión du mariage dans la tradition de droit de l´Etglise latine jusqu´au VI siècle,* Eph. Th. Lov., XI (1945), pp. 513-550 ; GODEFROY, *Le mariage dans les Pères* , en «Dict. Théol. Cath.» IX, (1926), pp. 2077-2123; NONNOI, *S.Agostino e il diritto romano,* RISG, IX (1934), PP. 67-87 ; GAUDEMET, *L´Egise dans l´Empire romain,*cit., pp. 515-556 ; del mismo autor , *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire*, en "Studi in memoria di E. Albertario", II, Milán 1953, pp. 171-196 ; BIDAGOR, *Sobre la naturaleza del matrimonio en S. Isidoro de Sevilla,* en "Miscellanea Isidoriana", Roma, 1936, pp. 253-285.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

pensamiento de los escritores cristianos el matrimonio aparece formado en base al consentimiento inicial recíproco del hombre y de la mujer.[64]

La existencia de este consentimiento, dado su carácter inicial, no puede deducirse de cualquier comportamiento de las partes, sino que es necesario que la voluntad recíproca sea expresada explícitamente. Como escribe Volterra "comincia a delinearsi negli scritti cristiani l´esigenza della forma attraverso la quale si compie la manifestazione del consenso".[65]

Esta concepción del matrimonio, diferente de la del derecho romano clásico –algunos Padres de la Iglesia ponen de relieve la disparidad que existe al respecto entre las leyes divinas y las romanas–[66], que en el siglo III, ya estaba difundida y afirmada en las distintas comunidades cristianas, no fue inmediatamente aceptada por los emperadores cristianos y traducida en normas positivas, pero influye gradualmente sobre la legislación, manifestándose en la innovación de institutos ya existentes y en la creación de otros nuevos, de los cuales puede deducirse la transformación realizada en la estructura del matrimonio.

Esto explica por qué en las fuentes de la compilación justinianea no exista, como precisa Volterra, una explicación teórica del nuevo concepto jurídico y de la estructura del matrimonio, faltando también en las Instituciones y en la *Novella* 22[67]. Vamos, por lo tanto, a resaltar los principales efectos de la trans-

[64] El elemento del consentimiento es afirmado claramente por Tertuliano, S. Ambrosio, S. Agustín y otros escritores. GAUDEMET estudia la famosa y discutida cuestión de la necesidad de la "cópula" en los primeros escritores cristianos, y afirma: "Les textes qui la mentionnent sont rares, et cela seul inciterait à ne pas en majorer l´importance. Saint Agustín, a coté de nombreux textes favorables à la dotrine consensualiste, souligne parfois l´importance de l´élément physique. Mais aucun texte législatif n´en formule la nécessité« (*L´Eglise dans l´Empire romain,* cit., p. 535 ss.).

[65] Afirmando que el matrimonio se basa en el consentimiento, los escritores cristianos indican en determinados casos la oportunidad de la forma para excluir las nupcias furtivas y para distinguir el matrimonio del concubinato. Tertuliano: "... *penes non ocultae quoque coniunctiones, id est non prius apud Eclesiam profesase, iuxta moechiam et fornicationem iudicari periclitantur"* (*De pudic., 4* – P.L., II, 1038-1039). Se señalan las *tabulae nuptiales* y la constitución de la dote, pero, sobre todo, se insiste en la necesidad de que el matrimonio tenga lugar con la participación del sacerdote y según las costumbres locales. Cfr. sobre el particular, entre otros, GAUDEMET, *L´Eglise dans l´Empire romain,* cit., pp. 534-537 ; BALLINI,*Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all´età giustinianea,* Milán, 1939; RITZER, *Formen,Riten und religiöses Brauchtum der Eheschliessung in den christ. Kirchen d. erst.Jahrtausends,* en "Liturgiemwissenschäftliche Quellen und Forschung", t. 38, Münster, 1962; VOLTERRA, s. v. *Matrimonio,* cit., p. 789.

[66] Señalemos, entre otras, las siguentes: TERTULIANO considera *vanissimas* las *"Papias leges, quae ante liberos suscipi cogunt quam Iuliae matrimonium contrahi" (Apologeticum,* 4 -P. L., I, 336); JERÓNIMO, *In epist. Ad Eph., ad c. 5, v. 22-23.* -P. L. XXVI, 564-: *Non omne matrimonium, quod non viro suo secundum praecepta Christi uxor coniugitur rite coniugium appellari potest, sed magis adulterium"; epist., LXXVII, 2* -P. L., XXII, 691-: *"Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi: aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit;* AMBROSIO, *In Ev. Secundum Lucam,* 8, 5 – P. L., XV, 1857- a propósito del divorcio: *" et putas tibi licere, quia lex humana non prohibet? Sed divina prohibet"*, etc.

[67] Sería muy importante, como afirma VOLTERRA, realizar una investigación completa sobre la correspondencia entre los cánones de los concilios y las constituciones imperiales en materia

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

formación del instituto matrimonial sacándolos de la normativa imperial que se ha producido entre los siglos IV y VI.

A. La ausencia del marido soldado

En una constitución del año 337, recogida por los compiladores en C. 5,17,7 y a la que Justiniano se refiere expresamente en la Novela 22,14, Constantino dispone que la mujer de un militar *" non videtur nuptias iniisse furtivae, nec dotis amissionem sustinere, nec capitali poenae esse obnoxiam"* siempre que, por una parte, hayan transcurrido cuatro años sin tener noticia alguna de su marido y sin *"nullum eius sospitatis indicium",* y que, por otra, notifique al *dux* del marido su determinación de contraer nuevo matrimonio.

Constantino, con esta constitución del 337, rompe la tradición clásica al restringir las posibilidades de contraer nuevo matrimonio en el supuesto de ausencia a causa del servicio militar . Como observa Biondi, "questi limiti di tempo e queste precauzioni dimostrano come nel pensiero della lege lo scioglimento del matrimonio si riconduca sempre alla morte, sia pure presunta"[68].

Justiniano en la Novela 22,14 derogó, en parte, esta ley, elevando a diez años el plazo de expectativa de la mujer, y prescribiendo, además cartas o recados verbales al marido y el aviso al jefe militar, una súplica al emperador *"Ideoque non prius ad virum veniat secundum huiusmodi mulier, quam legislator iste proposuit, quam etiam decenii transeat tempus, et haec importuna quidem sit viro mittens literas aut per aliquos verbis utens ad eum, ille vero aut aperte renuat nuptias eius, aut absolute conticeat; tunc quoque libellum afferat aut gloriosissimo magistro militum, aut spectabili duci, aut clarísimo tribuno, sub quibus miles ille est; tunc enim licenciam damus et preces porrigere Imperatori, et inde hoc promereri...".*

La Iglesia, naturalmente debía protestar contra tal actitud. Ya San Basilio prescribía:

> *"Cuius vir discessit, nec comparet, ea antequam de eius morte certior facta sit, una cum alio habitans moechatur.*
>
> *Militum uxores, quae maritis suis non comparentibus, nupserunt, rationi eidem subiiciuntur, cui et illae, quae ob peregrinationem maritorum, reditum non expectavere: sed tamen res nonnullam hic veniam admittit, quod maior sit mortis suspicio"*[69].

---

matrimonial. De ella obtendríamos elementos importantes para determinar las relaciones entre el Estado y la Iglesia a partir del siglo IV y la influencia ejercida por los concilios sobre la configuración jurídica del matrimonio. (s. v. *Matrimonio,* cit., p. 791, n. 146) ZHISHMAN, en 1863, ya había dado un elenco de las fuentes eclesiásticas en la materia, en su obra *Das Eherecht der orientalischen Kirche,* Viena, 1863, pp. 63 ss.

[68] B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano,*III, cit., p. 154.

[69] S. BASILIO, *Epist.*199, *can.* 31 y 36 (M. G., XXXII, 727-728).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

San Ambrosio[70] y San Agustín [71] se oponen a las consecuencias de la ausencia en materia matrimonial.

Justiniano da un paso adelante y decide en la Novela 117, 11: " lo que por nosotros se sancionó respecto a los que se hallan en expediciones y en milicias, ya sean militares, ya federados, ya escolares, ya otros cualesquiera que se hallen constituidos en otra cualquier milicia armada, hemos determinado ordenarlo mejor.Y mandamos que sus mujeres los esperen cuantos años permanecieren en la expedición, aunque no recibieren de sus maridos cartas ni respuesta alguna. Más si alguna de tales mujeres hubiera oído que su marido había muerto, ni aún entonces dejamos que ella pase a otras nupcias, si antes no se dirigiera la mujer o por sí, o por medio de sus padres, o por cualquier otra persona a los primeros cartularios del cuerpo, en que militaba su marido, y les interrogare a ellos o al tribuno, si es que está presente, si en verdad murió su cónyuge, de suerte que ellos declaren en actuaciones, teniendo a la vista los sagrados evangelios, si verdaderamente murió el marido. Y después de hechas estas actuaciones la mujer hubiera recibido para su testimonio lo actuado, mandamos que también espere ella por espacio de un solo año, para que después de este término le sea lícito contraer nuevas nupcias. Más si prescindiendo de esta formalidad la mujer se hubiera atrevido a contraer otro matrimonio, tanto ella, como el que la toma por mujer, sean castigados como adúlteros."

También aquí se manifiesta la nueva concepción del matrimonio, que no depende la persistencia de la voluntad recíproca de los cónyuges, sino del consentimiento inicial. La influencia de los Padres de la Iglesia sobre las disposiciones imperiales es evidente.

B. Disolución por cautividad

La nueva configuración jurídica del matrimonio basada sobre el consentimiento inicial lleva consecuentemente a concebir que el vínculo matrimonial persiste aunque uno de los cónyuges caiga en cautividad. Esta es la doctrina que, con mucha frecuencia, exponen los escritores cristianos[72].

En la época clásica, como es sabido, el matrimonio se disolvía por cautividad, tanto de uno solo, como de ambos cónyuges, sin posibilidad de utilizar el *ius postliminii*. Si al quedar libres, quisieran volver a ser marido y mujer tenían que celebrar un nuevo matrimonio, igual que si no hubiesen estado ya antes casados; por eso afirma Pomponio *"Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postlimini recipit: sed consensu redintegratur matrimonium"* -D. 49,15,141[73].

[70] S. AMBROSIO, *Hexaëmeron,* 5, 18 (M. L., XIV, 227)

[71] S. AGUSTÍN, *De adulterinis coniugiis* 2, 20 (*Corp. Scrip. Eccl. Lat.*, XLI, 408-409.

[72]Cfr. entre otros, los pasajes ya citados de S. Agustín y de S. León Magno, el cual afirma que la cautividad de un cónyuge no rompe el matrimonio: esto demuestra que, entre los escritores cristianos, había sido abandonada completamente la noción clásica del matrimonio.

[73]¿Cuál es la razón de la ruptura del matrimonio por causa de la cautividad en el derecho clásico? Los autores discrepan sobre el tema y su contestación depende en gran parte de la opinión que unos y otros sostengan con respecto a la concepción que del matrimonio habrían

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

El problema, pues, de la disolución del matrimonio *captivitate* se resuelve en el tiempo clásico satisfactoriamente, aseguran Volterra y Orestano, sólo admitida la concepción del consentimiento continuo.

Por el contrario, el matrimonio no se disuelve, según Volterra, *captivitate* en el tiempo postclásico. Y la explicación no es otra, sostiene, sino la del cambio de concepción, o sea, por ser considerado ya entonces el consentimiento matrimonial como acto inicial, que produce un vínculo autónomo, independiente de la causa: "Nel diritto giustinianeo tutto questo sistema è completamente mutato: la captivitas non scioglie più ipso iure il matrimonio, ma il coniuge rimasto in patria deve attendere 5 anni, trascorsi i quali puó essere sciolto dal vincolo coniugale e passare a nuove nozze, solo se vi è incertezza sulla sopravvivenza del prigioniero. Altrimenti se egli si sposa prima di questo periodo o durante la vita dell´altro coniuge, è sottoposto alle pene del divorzio illecito stabilito nel nuovo diritto" [74]

La aplicación de la doctrina cristiana en la legislación imperial se hace indirectamente con el sistema introducido por Constantino[75]. Los textos de Juliano –D, 24,2,6– y Paulo –D. 49,15,8–, manifiestamente interpolados, no declaran de forma explícita que el matrimonio no se rompe, sino que afirman que las mujeres, cuyo marido es prisionero de guerra, son consideradas *nuptae* por el solo hecho de que no pueden impunemente unirse en matrimonio con otro hombre: *"Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri*

---

tenido los romanos. Para VOLTERRA –*La conception* du *mariage,* cit., p. 64- y ORESTANO – *Struttura...,* cit., p. 290 ss.- no parece ser otra que la cesación del consentimiento jurídico del cautivo por pérdida de la *libertas*. El consentimiento del esclavo no tiene valor jurídico alguno; no puede, por lo tanto, causar efectos de ese orden. Si en la concepción romana clásica el matrimonio se está produciendo en cada momento de su existencia, al empezar la esclavitud, cae lógicamente. Siendo obvia también la negación del *postliminium*.

[74] E. VOLTERRA, *Il matrimonio romano,* cit., p. 326

[74] ROBLEDA, afirma, coherentemente con la objeciones que en sus escritos formula a Volterra, que " la disolución del matrimonio por cautividad se dio, si, en el tiempo clásico, y en el período postclásico antes de Justiniano; no luego, en cambio, con este Emperador" (*El matrimonio en Derecho Romano,* cit., p.243).

[74] D. 24, 2, 6; el texto continúa afirmando: *"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, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habeat mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium et unusquisque suum ius habent imminutum:eodem iure et in marito in civitate et uxore captiva observando".*

D. 49, 15, 8 : *"Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur".*

La interpolación de D. 24,2,6 se advierte en la necesidad del *repudium* para efectuar el divorcio, cuando antes, en cambio, bastaba el hecho de contraer un segundo matrimonio, para que el divorcio se siguiese *ipso iure;* la de D. 48, 15, 8, en la señalación de penas contra el divorciante.

[75] Cfr. RATTI, *Studi sulla captivitas,* BIDR, 35 (1927) p. 126 ss.; véase también Nov. 117, 12.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

nuptarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt". Si lo hacen, serán consideradas como que han dado lugar a una *iusta causa* de divorcio y sometidas a las penas prescritas[76]. La disposición es repetida en la Novela 22, 7 donde, afirmándose que el matrimonio debe romperse al no admitirse la unión entre libres y esclavos, sin embargo el cónyuge que ha permanecido en la patria no puede unirse en matrimonio con otra persona y si lo hace es sometido a graves penas y a la pérdida respectivamente de la dote y de la donación nupcial: *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 inequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit. Attamen humanius talia contemplantes, donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus, et non venient ad secundas nuptias neque mulieres neque viri, nisi voluerint videri ausu temerario hoc egisse et poenis succumbere, illum quidem ante nuptias donationis dicimus exactioni, illam vero dotis".*

Como se observa, no es que se impida a la parte no cautiva el contraer nuevo matrimonio durante el cautiverio de la otra, sino que su matrimonio no se disuelve en el caso.

Esto se comprueba por el hecho de que, permitiendo Justiniano a la parte libre contraer nuevo matrimonio a los cinco años de incertidumbre de la supervivencia del cautivo, considera expresamente realizada la disolución del primero, no por razón de la cautividad[75] sino *per divortiun bona gratia.*

Y se comprueba asimismo al considerar Justiniano como adúltera a la *uxor* que durante la cautividad faltase a la fidelidad respecto del marido:

> *Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicetur posse eum accusare iure viri; sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non esset. Ceterum, quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii aut stupri damnetur*[76]

Volterra concluye: "E evidente che questo cambiamento nella legislazione presupone la trasformazione della concezione del matrimonio che abbiamo indicato. Il matrimonio si fonda infatti sulla volontá iniziale dei coniugi. Dopo la formazione del vincolo coniugale, il fatto che essi non abbiano più una volontà giuridicamente valida non comporta lo scioglimento *ipso iure* del raporto coniugale"[77].

En esta materia, pues, es evidente el concepto expresado por los primeros escritores cristianos y traducido en normas jurídicas aplicando el criterio adoptado por la constitución de Constantino.

[76] D. 48,5,14,7. (Cfr. *Index interpolationum*...).
[77] *Il matrimonio romano,* cit., p. 328.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

C. Disolución alia contingente servitute.

En derecho romano la disolución del matrimonio acontecía, además de por cautividad, por cualquier otra hipótesis de esclavitud; y en estos casos, sin cambio alguno en la época postclásica. Es válido, por tanto, en general y en todo tiempo el texto de Paulo: "*dirimitur matrimonium... alia contingente servitute*"[78]

De tal modo el principio de la disolución del matrimonio a causa de esclavitud -fuera de la hipótesis de la cautividad-permanece firme en todo tiempo, que el mismo Justiniano suprime la esclavitud *ob damnationem ad metalla* , a fin de que el matrimonio de las personas castigadas con semejante pena, puedan conservar su matrimonio, que el Emperador no quiere que se rompa:

> *Quod autem prius ex legum severitate introductum est, nos humana tollimus indulgentia. Si quis enim ex sententia iudiciali sive vir sive femina in metallum dari iussus esset (quale est quod nunc accidit et in Proconneso et in Gypso quae vocatur) servitus quidem erat secundum leges a veteribus scriptas ex supplicio illata, solvebatur autem matrimonium, cum poena condemnatum teneret sibi servientem. Nos vero hoc remittimus, neque quemquam eorum, qui ab initio ingenui fuerunt, ex supplicio servum fieri patimur. Neque enin nos condicionem liberam in servilem statum commutamus, quippe qui etiam eorum qui antea servi fuerunt liberatores esse studeamus. Maneat igitur in is matrimonium nullo ex huiusmodi sententia detrimento affectum, utpote quod inter personas liberas consistat*[79].

La precedente disposición es característica para demostrar el espíritu que inspira la legislación justinianea. Para llevar a la práctica el principio de la indisolubilidad del matrimonio, se realiza un cambio profundo en la condición de los condenados *ad metalla*, declarando que no son *servi poenae*, sino que conservan su status de *liberi*.

D. Disolución por deportatio

En tiempos de Justiniano, ciertamente, el matrimonio no se disolvía por la *deminutio capitis media* a que daba lugar la *deportatio*[80]; pero no hay duda de que antes de la época justinianea se dio tal disolución. ¿En qué período?. La doctrina discrepa sobre el particular. Una corriente mayoritaria[81] sostiene que la

[78] D. 24,2,1; ver también, en este sentido, un texto de Ulpiano: *Certe in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium*. (D. 23,2,45,6).

[79] Novela, 22,8. Consta, por lo demás expresamente, aun al tiempo de Justiniano, la disolución, sucedida la esclavitud por ingratitud del liberto: *"Si vero decretum iudiciale libertum aut libertam aut horum filios in servitutem redigat, constat ab initio matrimonium, postea vero apparens servitus separat eos ab invicem, tanquam morte secuta"* –Novela 22,9–.

[80] La figura antigua de la *Interdictio aqua et igne,* como típica, ya había decaído en pleno tiempo clásico, aunque posteriormente se mencione.

[81] Cfr., entre otros, BONFANTE, *Corso, I,* cit., p.332; DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les peines* (Lille, 1955), p. 48 ; *Les constitutions de Constantin et le droit privé au debout du IV siècles. Les persones.* Ed. Anast.(Roma, 1968) p. 114 ; SARGENTI, *Il*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

disolución del matrimonio a causa de la *deportatio* se dio hasta tiempos del mismo Justiniano, quien modificó por primera vez el derecho; su argumentación es la siguiente: Justiniano en la Novela 22,13[82] advierte que fue Constantino quien negó la disolución del matrimonio en caso de deportación. A su vez, en C . 5,16,24 se recoge una constitución de Constantino del año 321 que parece confirmar lo dicho por Justiniano.

El texto de C. 5, 16, 24,2 es el siguiente:

> *Sin autem aqua et igni ei interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.*

Las palabras transcritas, sin embargo, no se encuentran en C.Th. 9,42, 1 del 321, por lo que cabe conjeturar que fueron interpoladas por Justiniano. Por consiguiente, la testificación citada del mismo Justiniano en la Novela 22,13 resulta inexplicable, o, de cualquier modo, adolece de falta de verdad[83].

Nosotros no compartimos esta opinión mayoritaria y –circunscribiéndonos al tiempo clásico y postclásico– pensamos que la disolución del matrimonio a causa del destierro cesó de darse al menos con Constantino[84].

El fragmento de la Constitución de Constantino (C. 5,16,24,2) que hemos transcrito y que no se encuentra en C. Th. 9, 42, 1, pertenecía ciertamente a la constitución Constantiniana y no ha sido interpolado por los compiladores justinianeos; más bien, con Schiavone, se debe admitir que la corrupción del

---

diritto privato nella legislazione di Costantino. (Milán, 1938) p. 130 ss.; COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano. I. Capitis deminutio* (Florencia, 1922) p. 31 nt. 2, escribe: "E pacifico che il principio: *deportatio non solvit matrimonium* è giustinianeo"; DESSERTEAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio, II* (París, 1926) p. 472 ss. : ALBERTARIO, *Studi di diritto romano, I* (Milán, 1933) p. 220. Todos estos autores en gran parte lo que hacen es aceptar y desarrollar los razonamientos que a favor de esta tesis ya dio LUSIGNANI en su obra *"Se il matrimonio si sciolga con la deportazione nel diritto romano"*, publicada en Parma en 1898.

[82]NOVELA 22, 13: *" Deportatio tamen in quam migravit et antiqua ignis et aquae interdictio, quam aquae et ignis interdictionem vocant nostrae leges, non solvit matrimonium. Hoc enim et sacratissimo pridem placuit Constantino clemens quaedam causa et nobis quidem probata est"*.

[83]DESSERTEAUX, entre otros, escribe: "La comparaison de deux textes rapportés, l´un au C. Th., l´autre C. Iust. Permet de conclure :... la règle *deportatio non solvit matrimonium* insérée dans plusieurs textes clasiques interpolés n´existe pas au temps de Constantin... " (*Études sur la formation...*, cit., p.472 ss.) ; BONFANTE, por su parte, y, en mi opinión, un tanto gratuitamente, afirma: "E una delle non rare volte in cui l´Imperatore subisce uno strano miraggio" (*Corso, I,* cit., p 332).

[84] ROBLEDA sostiene que "el tenor del texto de la constitución transcrita -C. 5,16,24,2- puede dar pie a la preexistencia incluso de un tal derecho o de una *praxis* que sólo auténticamente la Constitución formule" (*El matrimonio en Derecho Romano,* cit., p. 246).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

texto original se efectuó en el Código Teodosiano[85]. A parte de que parecería extraña la preocupación de los compiladores por regular el caso de las donaciones entre cónyuges en el caso de la deportación, el testimonio del mismo Justiniano –Novela 22,13– sobre el particular parece el explícito. Creo que es más lógico pensar que Constantino, siguiendo la concepción cristiana del matrimonio, había modificado las consecuencias de la deportación, confirmando, una vez más, la noción del consentimiento inicial[86].

Por consiguiente, en nuestra opinión, la *deportatio* no disolvió el matrimonio a partir de Constantino. Pero, ¿qué sucedía anteriormente?.

La opinión común, sin distinguir períodos y partiendo de la relación necesaria entre *civitas* y *conubium*, sostiene que el destierro disolvía el matrimonio[87]. A esta doctrina se opone Schiavone, el cual distingue entre los últimos decenios del tiempo clásico y el principio del postclásico, por una parte, y el tiempo precedente clásico, por otra; tratando de probar que en este último, o sea, antes del último período clásico, la *deportatio* como se lee en muchos textos[88] no disolvía el matrimonio; si, lo disolvió, en cambio, en aquél, preconstantiniano (fin del clásico y principios de postclásico), cuya dureza vino a suprimir Constantino con la Constitución del año 321. Es, por una parte, que la *deportatio* no llevó consigo, dice Schiavone, la *amissio civitatis* antes de los Severos; y por otra, ni aún así se acabó por vincular a la *deportatio* el efecto también de disolver el matrimonio, en la opinión común al menos de los jurisprudentes, hasta más tarde.

[85] Cfr. la acertada argumentación de SCHIAVONE en su obra: *Matrimonium e deportatio,* en " Atti dell´Accademia de scienze morali e politiche della Società Nazionali di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli", 78 (1967), p. 424 ss. (cap. 3 nt. 186). Anteriormente a él habían escrito ya en tal sentido, entre otros, WOLFF, *Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage Law,* ZSS, 69(1950) p. 309 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano III,* cit., p. 161 ss.; BRASSIELLO, aunque no se había atrevido a separarse de la opinión mayoritaria, sin embargo, escribe " a noi sembra che tra le due relazioni della Costituzione costantiniana (CTh. e C.I.) la più vicina all´originale sia la giustinianea". Posteriormente indica algunos medios de prueba y concluye "come sia avvenuta la alterazione del Teodosiano è cosa che non potremmo dimostrare qui, ed è perciò che non ci discostiamo nel testo dell´opinione dominante" (*La represión penale,* Nápoles (1937) p. 312).

[86] J. DAZA, *Influencia de Lactancio en la legislación de Constantino. Incidencia de los valores éticos-cristianos en el derecho privado romano,* "Estudios Homenaje al Prof. A Calonge", Salamanca, 2002.

[87] Cfr. entre otros, BONFANTE, *Corso I,* cit., p. 331; ALBERTARIO, *Studi di diritto romano, I,* cit., p. 319 ss; BIONDI, *Il diritto romano cristiano III,* cit., p. 161; COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano. I. Capitis deminutio,* cit., p. 31; VOLTERRA, *La conception du mariage,* cit., p. 65 ; *Il matrimonio romano,* cit., p. 328 ss.

[88] D. 48, 20,5,1: Ulp.; C. 5,17,1: Imp. Alex. (a. 229). El texto de Paulo: D. 24,3,56, donde se afirma lo contrario, es decir la disolución del matrimonio por deportación puede significar simplemente la opinión contraria de este jurisprudente. Pudo, incluso haber publicado el Emperador Alejandro Severo su constitución del año 229, contra ella. Cfr. VOLTERRA, *Il matrimonio romano,* cit., p. 330.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

E. La nueva represión del adulterio.

Constantino con una constitución del año 326 –CTh. 9,7,2 = C. 9,9, 29–[89] subvierte el sistema establecido por la *lex Iulia de adulteriis*, e instaura una una nueva normativa inspirada en el principio cristiano de la indisolubilidad del matrimonio. Mientras que la ley augustea aspiraba a castigar el adulterio concediendo a todos, sino se ejercía en el tiempo prescrito la *accusatio* privilegiada *iure mariti vel patris*, el acusar a los culpables con la *accusatio publica iure extranei* y obtener la disolución del matrimonio constriñendo al marido, bajo la *accusatio lenocinii,* también pública, a divorciarse, Constantino, por el contrario, abole prácticamente la *accusatio publica iure extranei.* Afirmando: «*Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur...*», establece el principio de que ninguno debe a los que no quieren «*temere... foedare conubia*», concediendo sólo «a las personas próximas y emparentadas la facultad de acusar, esto es, al padre, al hermano, y también al tío paterno y al materno «el entablar la acusación, transcurrido el período de sesenta días reservados al padre o al marido[90].

Como observa Volterra, «l´ *accusatio iure mariti vel patris* (che nel testo del Codice giustinianeo viene ancora menzionata), trovandosi unicamente di fronti a quella degli altri congiunti, disminuisce fortemente il suo valore e cade in pratica la distinzione fra questa e quella *iure extranei.* Sembra anche che sia abolita l´*accusatio lenocinii* e che quindi solo nell´ambito della famiglia spetta decidere se sia oprtuno o meno accusare la donna di adulterio o mantenere il matrimonio»[91]. En derecho justinianeo (como también puede deducirse de las

[89] Citamos, comparándolos, los dos textos de un fragmento de la constitución: CTh. 9,7,2,2: *"In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione etiam ream coniugem facere nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri veteres retro principes adnuerunt".* C. 9,9,29,2: *"In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione ream coniugem facere licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se detinere non prohibetur : nec inscriptionis vinculo contineri cum iure mariti accusaret veteres retro principes adnuerunt* ".

VOLTERRA observa que " non può affermarsi con sicurezza se le frasi che si trovano nel testo del Codice giustinianeo e che mancano in quello del Codice teodosiano siano state aggiunte dai compilatori o se appartenessero alla costituzione originaria. È certo comunque che nel diritto giustinianeo vale il principio che il marito può tenere presso di sé la donna infedele e non é costretto a ripudiarla". (*Per la storia dell´accusatio adulterii,* cit., pp. 53-59.

[90] El régimen punitivo de este delito varió en el curso de la historia del Derecho romano. Primitivamente el marido tenía en tal hipótesis el derecho de vida y muerte sobre su mujer, aun en los casos en que ésta, casada *sine manu*, estuviera sometida a la *patria potestas*. La *lex Iulia de adulteriis* dulcificó la pena, sustituyéndola por la relegación y otras accesorias, pero, en cambio, la persecución se transformó en obligatoria, pues la ley castigaba al marido que no entablaba la acción correspondiente dentro de un plazo de sesenta días, pasado el cual se hacía pública. Constantino volvió a la pena de muerte, pero hizo de la persecución un derecho del marido o de los parientes más próximos. Cfr. VOLTERRA, *In tema de accusatio adulterii,* en "Studi Bonfante", II, p. 109.

[91] VOLTERRA, s. v. *Matrimonio,* cit., p. 797.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

interpolaciones que se detectan de la comparación entre el texto de la ley atribuida a Constantino, CTh. 9, 7, 2 y C. 9,9,29) el marido no está obligado a divorciarse y también si entabla la acusación de adulterio *ex suspicione*, puede continuar manteniendo el matrimonio.

La normativa de la Novelas parece inspirarse en principios opuestos a los inspiraron a Augusto. En la Novela 117, cap. 8,2 se establece que durante el juicio de adulterio el matrimonio no se rompe: el marido solamente puede envíar el repudio después de la condena de la mujer[92]; y en el cap. 9, 4 se ordena que si el marido hubiere acusado de adulterio a su mujer, y no hubiere probado el adulterio, sea sometido a las mismas penas previstas para el adulterio de la mujer[93]. La Novela 134, cap.10, 1 dispone «que la mujer adúltera, sometida a las penas correspondientes, sea enviada a un monasterio. Y si verdaderamente dentro de un bienio quisiere su marido recibirla, le damos potestad para hacerlo, y para unirse con ella, no temiendo por esto ningún peligro, y sin que de ningún modo se perjudiquen las nupcias por virtud de lo que en el tiempo intermedio se hizo»[94].

La legislación imperial lleva a la práctica el principio cristiano de que el matrimonio, una vez celebrado con el consentimiento inicial, permanente siempre mientras los cónyuges viven[95].

F. El delito de bigamia

Volterra afirma que en Roma no aparece la figura del delito de bigamia hasta el tiempo postclásico[96]. No se dio, dice, ni se pudo dar la bigamia en el tiempo clásico; pero se dio en el postclásico; ello, precisamente, por eso: por razón de la continuidad del consentimiento en el primero, y de la contractualidad (inicial) del mismo en el segundo.

La noción clasica del matrimonio basado sobre la duración de la voluntad de los cónyuges, unida al principio monogámico romano excluía, como hemos expuesto anteriormente, que una persona unida con otra en *iustae nuptiae* pudiese constituir con una tercera otra relación conyugal. Esta segunda rela-

[92] Novela 117, cap. 8,2: "*Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem...*".

[93] Novela 117, cap. 9,4: "*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...*".

[94] Novela 134, cap. 10,1: "*... Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterium mitti. Et si quidem intra biennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem ei damus hoc facere, et copulari ei, nullum periculum ex hoc metuens, et nullatenus propter ea, quae in medio tempore facta sunt, nuptias laedi...*"

[95] Cfr. GORIA, *Ricerche sul impedimento da adulterio e obbigo di ripudio da Giustiniano a Leone*, SDHI, XXXIX (1973), pp. 281-384; VOLTERRA, *Alcune innovazioni giustinianee al sistema clásico di repressione dell'adulterio*, en *"Rend. Ist. Lom"*, serie II, LXIII (1930), p. 182 ss.

[96] E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, en "Studi in memoria di U. Ratti", Milán (1934), pp. 387-447.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

ción, según las circunstancias y las condiciones de las personas, podía ser considerada o como un adulterio, o, en el caso de que la relación tuviese un carácter continuativo, como un concubinato (en derecho clásico una relación de concubinato no era incompatible con la existencia de *iustiae nuptiae*), o como otro matrimonio. En este último caso el primer matrimonio debía entenderse roto. En efecto, porque se entendía que el consentimiento estaba haciendo o alimentando el matrimonio en cada momento, podía y debía entenderse también que al darse un nuevo consentimiento, o el consentimiento para un nuevo matrimonio, por deber ser un tal consentimiento monogámico, si había de ser verdadero consentimiento matrimonial romano, tenía que dejar de quererse el primero; y, consiguientemente, caía, se disolvía. Dado que el matrimonio cesaba con el simple cesar de la voluntad recíproca de ser marido y mujer, el nuevo matrimonio celebrado por uno de los cónyuges debía, en la mayor parte de los casos, ser considerado, como una prueba manifiesta de la cesación de la voluntad de estar unidos en la precedente relación matrimonial.

En derecho postclásico, dada la transformación de la noción del matrimonio que se considera basado sobre una manifestación inicial de voluntad del hombre y de la mujer, el hecho de constituir por parte de un cónyuge otro matrimonio con otra persona no disuelve automáticamente el matrimonio precedente. En esta nueva concepción la bigamia, no sólo fue posible, si un casado intentaba realizar un segundo matrimonio, sino que no pudo menos de darse, de exigirse una lógica al ordenamiento jurídico. No pudo menos de darse, en efecto, porque, si el consentimiento no se entendía como sosteniendo el ser del matrimonio en cada momento, al darse un nuevo consentimiento, el primer matrimonio no caía, es decir, no se disolvía por ese mero hecho; era necesario un acto de consentimiento contrario, en orden a disolverlo. De no tener lugar previamente tal acto contrario, el nuevo consentimiento era un atentado al principio de la monogamia: era el delito de bigamia[97].

No es fácilmente determinable el tiempo en que, el delito de bigamia apareció dentro del período clásico. Volterra niega, contra Mommsen, que fueran Diocleciano y Maximiano los introductores, con la constitución que se recoge en C. 5,5,2 (a. 285): «*Neminem, qui sub dicione sit Romani nominis, binas uxores habere posse patet cum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur* «.

La primeras palabras, ilustradas con la alegación del edicto del pretor, denuncian la aparición[98]. Pero, esa alegación parece estar interpolada, penetrada del sentido nuevo, el postclásico; no, el que tuvo el pretor y el que pensó Ulpiano. Ni aún la conocida constitución de Teodosio y Arcadio del año 393

[97] O. ROBLEDA, *El matrimonio romano,* cit., p.118.

[98] Los textos de D. 3,2,1; 3,2,13,1y4, donde aparece aplicada por el pretor la nota de infamia en el caso de tener uno *bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas,* no tienen en vista la bigamia, sino la provocación de la incerteza social sobre el matrimonio efectivo de quien de hecho (no de derecho, porque ello es imposible dada la monogamia romana) sostiene dos uniones matrimoniales, VOLTERRA, *Del reato...* cit., p. 421 ss.; *Il matrimonio romano,* cit., p. 298 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

que proclama la monogamia con respecto a los judíos que fueren súbditos de Roma, señala la bigamia como figura autónoma delictiva[99].Volterra señala como primera fuente, donde consta claramente la no solubilidad del primer matrimonio por la mera celebración de un segundo, por tanto de la invalidez de este segundo, sin haber precedido el divorcio del primero con acto contrario, la constitución de los Emperadores Honorio, Teodosio y Constancio del año cuando 421[100]. Desde entonces la bigamia, como delito, fue posible[101].

En el derecho del imperio cristiano, la constituciones contra el divorcio tratan de impedir por todos los medios el segundo matrimonio, castigando con gravísimas sanciones a quien lo realiza y haciendo prácticamente imposible constituir una nueva relación legítima de matrimonio con una persona distinta del primer cónyuge[102].

En el derecho justinianeo la constitución de un doble matrimonio todavía no tiene una denominación particular técnica, pero ya es considerado un delito distinto del *adulterium* y del *stuprum*[103]. Basta comparar el pasaje de Gayo, 1,62-63 con la Paráfrasis de Teófilo para darse cuenta de la transformación que

[99] C. 1,8,7: *"Nemo iudaeorum morem suum in coniunctionibus retinebit nec iuxta legem suam nuptias sortiatur nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat"*. Cfr. VOLTERRA, *Il matrimonio romano,* cit., p. 298 ss.

[100] C. 9,9,34: *"Si qui adulterii fuerint accusati, et obtentu proximitatis intentata depulerint, per commemorationem necessitudinis fidem crimini derogando, dum existimatur, non debere credi, quod allegatur, vel non potuisse committi, hi, si postmodum in nuptias suas consortiumque convenerint, facinus illud, in quo fuerint accusati, manifesta fide atque indiciis evidentibus publicabunt. Unde si qui eiusmodi reperti fuerint, iussimus in eosdem severissime vindicari, et veluti convictum facinus confessumque puniri"*.

[101] Cfr. VOLTERRA, *Il reato...,* cit., p. 435 ; *Il matrimonio romano,* cit., p. 318 ss.

[102] VOLTERRA, *Per la storia del reato de bigamia,* cit., p. 431, advierte que un primer cambio en materia de bigamia debió darse después de la constitución de Caracalla, cuando el principio monogámico romano se aplicó a todos los súbditoa del Imperio hechos ciudadanos, también a aquellos pertenecientes a pueblos que practicaban la poligamia.

"Tuttavia sino all´epoca del Basso Imperio le costituzioni imperiali dovevano simplicemente ripetere le norme classiche in materia e quindi negare la poligamia, aplicando, quando ricorrevano gli estremi, le pene precrite per l´adulterio". (p. 432); "Dopo le costituzioni che stabiliscono una pena contra il divorzio fuori delle *iustae causae* e dopo la celebre costituzione di Anastasio sul divorzio *communi consensu,* non poteva più presentarsi il caso, che compare così spesso nelle fonti classiche, di un matrimonio il quale scioglie *ipso iure* un matrimonio precedente, o di um matrimonio succedentesi inmediatamente ad uno già sciolto, sì da presentarsi difficile lo stabilire l´esatta posizione giuridica degli interessati. Non si è forse tenuto abbastanza conto che queste costituzioni in tema di divorzio introducono un´innovazione di grande importanza per il nostro istituto, stabiliendo l´obbligo ai coniugi divorzianti o di rimanere celibi, oppure di attendere un determinato tempore prima di passare a nuove nozze. Se nella prima legge di Costantino del 331 contro il repudio (CTh. 3,16,1) il secondo matrimonio compiuto contro l´esplicito divieto è considerato come valido e dà solo diritto alla prima moglie di invadere la casa del marito e di impadronirsi della dote della seconda, nelle costituzioni emanate sul medesimo argumento dagli Imperatori successivini, è dichiarata apertamente l´invalidità del secondo matrimonio ove fatto contro il divieto o prima del termine fissato dopo il repudio" (p. 435).

[103] C. 5,5,2 (la determinación de la pena se deja al arbitrio del juez); C. 9,9,18 (la bigamia es castigada con las penas previstas para el adulterio o el estupro)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

se ha realizado en el derecho. El comportamiento que según el jurista clásico tiene el efecto de constituir un segundo matrimonio y de anular el primero, no tiene en el derecho bizantino efecto alguno sobre el matrimonio existente y es considerado un delito castigado con la muerte[104].

G. El principio «RITE CONTRACTUM MATRIMONIUM EX POSTFACTO VITIARE NON POTEST»

En el tiempo postclásico, al menos justinianeo, se cumple exactamente el principio atribuido al emperador Gordiano (de formulación y sentido compilatorio): «*rite contractum matrimonium ex postfacto vitiari non potest*» y que se encuentra en un rescripto del emperador dirigido a un particular para decidir la cuestión que le ha propuesto si el nombramiento de su padre como curator de su mujer hiciese ilegítimo su matrimonio y *spurii* a los hijos ya nacidos. El emperador contesta afirmando la legitimidad de los hijos y basa su decisión en el mencionado principio[105].

Volterra asegura que «è assai probabile che il principio, il quale non giova alla risoluzione della questione proposta (il dubbio per cui s´interpella l´imperatore sembra connesso all´esistenza o meno della patria potestas del padre sul figlio e comunque è certo che la nomina del padre a curatore o tutore non può avere, retroattivamente alla nomina, alcun effetto sul matrimonio del figlio), sia stato aggiunto dai compilatori giustinianei in quanto risponde al sistema vigente nel VI secolo e non quello classico[106]».

En la concepción clásica del matrimonio un hecho superviniente después de iniciado el mismo y que hiciera cesar uno de los elementos requeridos para la persistencia del matrimonio, privaba *ex nunc* a la unión conyugal de la cualidad de *iustiae nuptiae*.

En el derecho posclásico, donde la unión conyugal legítima surge por la manifestación inicial del consentimiento recíproco, su duración no depende de

[104]VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia,* cit., p. 439: "Nel diritto della compilazione il compiere doppio matrimonio è un fatto configurato indipendentemente dall´adulterio, come un reato, però non avente ancora una denominazione propria. Infatti talvolta vediamo che, come nella L.2 C. 5,5, la repressione sembra affidata all´arbitrio del giudice, talvolta come nella L.18 C. 9,9, si afferma che tale atto è punito con le pene prescritte per lo *stuprum,* tavolta come si in Theoph. I,10,6, si dichiara espresamente la pena di morte"

De la comparación, interesantísima, entre Gayo I, 62-63 y Theoph., Paraphr. I,10,6 VOLTERRA obtiene que "il medesimo comportamento che nel diritto classico può ottenere pieno riconoscimento giuridico di matrimonio e sciogliere *ipso iure* la precedente unione coniugale, non ha nel diritto matrimoniale bizantino alcun effetto sul matrimonio esistente, ma è sempre considerato, anche indipendentemente dal fatto che rientri o meno nell´adulterio o nello stupro, un gravísimo reato punito con la pena di morte. (p. 440).

[105] VOLTERRA, *La* 1.3 *pr. De int. matr. 5,6 e il principio "rite contractum matrimonium ex postfacto vitiari non potest",* BIDR, 37 (1929) pp. 239-245. De la terminología usada en un pasaje de Paulo (D. 23,2,16,2): *"Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensus opus est, sed recte contractum non impedit"* puede dudarse si la expresión *rite contractum* que se encuentra en el texto que nos ha llegado de C. 5,6,3 es debida a un error de un copista medieval que ha cambiado el originario adverbio *recte* por *rite*.

[106] VOLTERRA, s. v. " *Matrimonio*", cit., p. 803.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

la persistencia de la voluntad de los cónyuges, el principio «*rite contractum matrimonium ex postfacto vitiari non potest*» expresa la nueva concepción y responde a la nueva configuración jurídica del matrimonio.

En derecho clásico existen una serie de hechos que, haciendo cesar uno de los requisitos del matrimonio, privaban a la unión conyugal existente del carácter de matrimonio legítimo; los mismos hechos, por el contrario, en derecho posclásico no rompen el vínculo conyugal legítimo existente, el cual permanece entre los cónyuges.

Los casos, de algunos hemos tratado anteriormente, en los que se realizaba la aplicación de lo que consideramos un nuevo principio en la legislación de los emperadores cristianos, son los siguientes:a) caída en cautividad de uno de los cónyuges o de ambos; b) deportación de uno de los cónyuges; c) nombramiento como senador del marido de la liberta (C. 5, 4,28); d) adopción del yerno o de la nuera por parte del suegro;e) condena *ad metalla*[107].

H. Novella *74, 5*

En esta Novela, Justiniano nos proporciona un argumento que parece nos da luz, para ver, con suficiente claridad, de que concepto de matrimonio parte para decidir algunos casos. El Emperador manifiesta que, con frecuencia, recurren a él mujeres que se lamentan de haber sido traicionadas por los maridos, los cuales después de haberles prometido, jurando sobre el Evangelio, de tenerlas por mujeres, las abandonan con los propios hijos. Justiniano decide:

> *Et siquidem mulier modis legitimis ostendere potuerit, virum ea se conditione in domum recepisse, ut legítimam uxorem et liberorum legitimorum matrem haberet, nullo iam modo illi licentia detur contra legis constitutionem eam domo expellendi, sed habeat eam legítimam sintque liberi ei legítimi.*

Es claro, pues, que la decisión tomada por Justiniano choca nuevamente con la doctrina clásica. Ya que, como sabemos, en el régimen clásico el marido y también la mujer, podían en cualquier momento disolver el matrimonio, cuya existencia estaba ligada a la duración de la voluntad, a la *affectio*, elemento mutable en cualquier instante; según la Novela, sin embargo, aún que cambie el sentimiento del hombre, la sociedad conyugal no puede disolverse, cuando la mujer pueda probar que el marido había consentido, al comienzo de la vida

[107] Por otra parte, Justiniano introduce una excepción nueva al principio: "*matrimonium ex postfacto vitiari non potest*", en nuestro punto. Es el caso de que uno de los cónyuges abrace la vida monástica. En efecto la entrada del cónyuge en un monasterio fue una de las justas causas del *divortium bona gratia*. Pero, de tal modo que si el divorcio no se hiciere, la disolución se seguía igualmente *ipso iure*, como significa el Emperador: "*Si vero constante adhuc matrimonio aut vir solus aut uxor sola intraverit in monasterium, solvatur matrimonium et citra repudium, postquam tamen persona pergens ad monasterium schema perceperit*" -Nov. 123,40-. Cfr. TABERA, *Professio monástica causa divortii in iure Iustiniani*, en "Acta Congressus iuridici intern.", Roma (1935) p. 191 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

matrimonial, en tenerla por su legítima esposa. Carusi observa al respecto: «Ora sembra difficile negare che all´andamento di questo discorso corrisponda il concetto di una rilevanza decisiva del consenso iniziale, il quale può essere bensi nei debiti modi distrutto con contraria manifestazione, ma perdura nei suoi effetti inmutato *medio tempore*, indipendentemente da mutazioni obbiettive di comportamento, o soggettive di sentimento»[108].

I. La nueva legislación sobre el divorcio.

Las constituciones de los emperadores cristianos que disciplinan el divorcio ponen de manifiesto la influencia de las ideas cristianas y, al mismo tiempo, la formación gradual de una nueva concepción jurídica del matrimonio.

En claro contraste con el concepto jurídico clásico del matrimonio y con la tendencia seguida por Augusto en su legislación familiar y demográfica de constreñir al marido a repudiar a la mujer adúltera para no incurrir en el *crimen lenocinii,* cuya *accusatio* es pública, las constituciones imperiales, a partir de Constantino, siguen una orientación completamente distinta[109].

De las disposiciones imperiales que vamos a analizar se deduce que el divorcio unilateral ya no es concebido como la cesación de la voluntad de uno de los cónyuges, sino que es considerado como el efecto de la manifestación de una voluntad positiva de uno de los cónyuges dirigida a la ruptura del vínculo. Lo que presupone necesariamente la concepción de un matrimonio fundado sobre la voluntad inicial de los cónyuges.

La serie de constituciones imperiales contra el divorcio se abre con la célebre CTh. 3,16,1 de Constantino, del año 331, y dirigida al prefecto del pretorio Ablavio[110], la cual no es recogida en el Código justinianeo.

Probablemente, en el texto original se exponían los motivos por los que se daban aquellas disposiciones y acaso, también, (como en CTh. 16, 1,2 y en C. 1, 1, 8) se indicaba la fuente de la cual se extraía, dato este que los compiladores han dejando de indicar, limitándose a reproducir solamente la parte dispositiva:

> *Imp. Constantinus A. ad Ablavium p. p.... Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa,velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per*

[108] CARUSI, *Effetti civili dell´annullamento del matrimonio canonico preconcordatario (art. 22 disp. trans. L. 27 maggio 1929 N. 847),* Rivista di Diritto Civile, 22 (1930) p. 528, nt. 59.

[109]Mientras que las leyes augusteas parecían inspiradas en el principio de que el mantenimiento de un matrimonio mancillado por un adulterio es presunción absoluta de lenocinio de tal forma que se configura por solo este hecho el delito, bajo Constantino, por el contrario, se intenta impedir a toda costa la ruptura del matrimonio por divorcio unilateral, sometiendo a graves penas al que lo realiza fuera de algunas *iustae causae* taxativamente determinadas por el legislador, castigando con severas sanciones al cónyuge que da lugar al nacimiento de la *iusta causa*, intentando a través de estas sanciones mantener entre los cónyuges el vínculo conyugal e impedir que puedan celebrar un segundo matrimonio. (VOLTERRA, s. v. "*Matrimonio*", cit., p. 791).

[110] Sobre Ablavio, que es recordado en distintas fuentes, cfr., entre otros, BORGHESI, *Les préfets du prétoire,* "Obras completas", X, París (1987) pp. 199-203; P. W., R. Enc., I, 103.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

quasqumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri si homicidam vel medicamentarium 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 sua confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eicerit, 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»[111].

Las disposiciones de esta constitución responden a las concepciones de expresadas por escritores cristianos y por los Concilios. Con esta constitución se actúa parcial e indirectamente el principio de que el matrimonio, una vez celebrado, no puede disolverse aunque los cónyuges vivan separados y que éstos no pueden contraer nuevas nupcias mientras viva el primer cónyuge. La romanística, en general, siempre ha visto en esta ley, que reduce drásticamente las causas de repudio, una clara influencia de la Iglesia sobre el derecho imperial y considera la constitución como un ejemplo significativo de adaptación a los principios cristianos. Ya Godofredo en su tiempo, advirtió que la ley fue redactada «*antistium quoque christianorum procul dubio consilio*»[112].

La innovación constantiniana no se realiza con respecto al divorcio por mutuo consentimiento, que continúa siendo enteramente libre, sino en cuanto al unilateral y este, conforme a la constitución, no es lícito a no ser que esté justificado por motivos grandes y precisos.

[111] Sobre esta constitución cfr. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Constantino,* en "Rendiconti dell´Academia dei Lincei",8ª sr., XIII (1958) pp. 61-80; *IB.,Quelques remarques sur le style des constitution de Constantin,* en "Mélanges H. Lévy-Bruhl", París (1959) pp. 325-334. La constitución, tal como se conserva en el Código teodosiano, presenta características de forma y de contenido que la diferencian claramente de otras precedentes de Constantino. GAUDEMET, *Transformations de la vie familiel,* Romanitas, V,(1962), p. 60, entre otros, ha dudado sobre algunas observaciones de Volterra referentes al estilo de la constitución, que excluye su redacción en la cancillería imperial. Volterra responde que "non vediamo però come dei giuristi avrebbero potuto introdurre delle norme attribuenti alla donna ripudiata il diritto di farsi giustizia da sé, il che, oltre que costituire una violazione all´ordine pubblico, sarebbe stata in contrasto con la tendenza della legislazione imperiale di sopprimere ogni resto della tutela privata delle proprie ragioni. É invece da avanzare l´ipotesi che la costituzione costantiniana non sia stata accolta nel Codice giustinianeo proprio per il suo contenuto non conforme a principi giuridici e siano state invece inserite le disposizioni degli imperatori succesivi più aderenti al sistema legislativo vigente" (s. v. *"Matrimonio"* p. 792).

[112] Cfr., entre otros, TROPLONG, *De l´influence du Christianisme...,* cit., p. 79 ; BIONDI, *Ii diritto romano cristiano,* III, cit., p. 172, SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino,* Milán (1938) p. 128;BASANOFF, *Les sources chrétiennes de la loi de Costantin sur le repudium (CTh. III, 161 a 331) et le champ d´application de cette loi,* " Studi in onore di S. Riccobono, III", Palermo(1936) pp. 177-199. VOGT, *Zur Frage des christlichen Einnflusses auf die Gesetgebung Konstantins d. Gr.,* "Festschrift Wenger", II, cit., p. 133 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Puesto el principio general de que a las mujeres *propter suas pravas cupiditates* no les será lícito conminar el líbelo de repudio a los maridos ni a éstos rechazar a la mujer per *quascumque occasiones*, se establece que: a) la mujer no puede divorciarse por una causa pretextada -*exquisita causa*-como, por ejemplo, que su marido sea *ebriosus aut aleatorius aut muliercularius*[113], sino tan sólo en el supuesto de que hubiera probado que su marido era homicida, envenenador o violador de sepulcros y, entonces, conservarán su dote; b) el marido podrá repudiar a su mujer cuando esta hubiere cometido un adulterio, un envenenamiento o fuera alcahueta, de lo contrario, estarán obligados a restituir la dote y a abstenerse de contraer nuevas nupcias.

Las sanciones previstas en caso de que se hubieran divorciado fuera de las tres causas o *crimina* indicadas eran: a) la mujer perdía todos sus bienes (*usque ad acuculam capitis*) en favor del marido, y era, además, deportada; b) el marido debía restituir la dote recibida de la mujer, y se le prohibe contraer nuevo matrimonio (*aliam non ducere*), de suerte que si lo hace, la mujer ilícitamente repudiada, puede invadir su casa y apoderarse de la dote de la segunda mujer. Por lo que se refiere a la forma de divorcio nada es cambiado aún por Constantino.

El estilo de la constitución, la normativa en ella contenida y el modo con que es dispuesta han inducido a pensar que el texto no ha sido elaborado y redactado por el emperador o por funcionarios de su cancillería, sino por personas pertenecientes al ambiente eclesiástico. Ciertamente que es posible que eclesiásticos y cristianos influyentes que estaban en contacto con Constantino, hayan formado parte de los oficios de la cancillería imperial[114].

Su legislación evidencia positivamente el influjo de las concepciones cristianas[115]; por otra parte no ignoraba las exigencias fundamentales de la Iglesia y la importancia del matrimonio a los ojos del Cristianismo[116].

El legislador no extrae, de la nueva concepción del matrimonio, todas las consecuencias que debiera. En la normativa se tiene presente el divorcio unilateral, pero no el divorcio por mutuo consenso, que continúa siendo lícito.

El divorcio unilateral, cuando se realice fuera de los motivos legales determinados, no se sanciona con la nulidad, sino que simplemente es castigado; se trata, de una disciplina simplemente restrictiva.

[113] Sobre el significado de estos términos cfr. CAES, *De wettige gronden tot cenzijdige echtscheiding in Constantijns wet repudiis (C. Th. 3,16,1, a. 331)*,en " Katolieke Universiteit te Leuven. Philologische Studiën", 20 Januari 1939. Aparece difícil que en el siglo IV un jurista pudiese calificar como *prava cupiditas* el deseo de una mujer de repudiar al marido bebedor, jugador y mujeriego.

[114]Recuérdese: a) al Obispo español Osio de Córdoba, que llevaría a Constantino al conocimiento del cristianismo, convirtiéndose posteriormente en su íntimo consejero (cfr. PALANQUE, *l´Impero cristiano*, en *Storia della Chiesa dalle origini ai nostri giorni*, V,III/1); b) Lactancio, preceptor de Crisipo, primogénito de Constantino (J. DAZA, *Influencia de Lactancio...*, cit.); Eusebio de Cesarea, amigo del Emperador desde el 325 y probable autor de la discutida *Vita Constantini*.

[115] Cfr. GAUDEMET, *La legislation religieuse...* cit., pp. 25-61; también P. P. JOANNOU, *La legislation imperial et le christianisation de l´empire romain (311-476)*, Roma, 1972.

[116] Cfr. la ley contenida en CTh. 9,7,2, ley que tendía a proteger la santidad del matrimonio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

La pena con que se castiga al marido que, repudiada la mujer que no ha incurrido en los *tria crimina*, ha contraído nuevas nupcias, es justificada con las palabras pro *iniuria inlata*. El nuevo matrimonio del marido se considera como una *iniuria* a la primera mujer, es decir, como un ultraje, no como una ilegalidad[117].

Con esta constitución comienza a delinearse una nueva noción de matrimonio y, en particular, un nuevo concepto de consentimiento, que sólo progresivamente irán clarificándose y explicitándose también en el campo jurídico. El cambio se notará más en las constituciones de los sucesores de Constantino, como veremos, por ejemplo, al analizar la *Novella* del 421 de los emperadores Honorio y Constancio. Es el pensamiento cristiano que fermenta la vida social y jurídica de la colectividad.

Un siglo más tarde, precisamente en marzo del año 421, los emperadores Honorio Teodosio II y Constantino II volvieron a insistir en la exigencia de las causas para divorciar; de modo, sin embargo, más benigno que lo hiciera Constantino. En efecto, no ya únicamente alguna de aquellas tres causas, sino cualesquiera, con tal que fuera grave (*magna crimina*); incurriéndose en penas mayores o, menores, según que el divorcio se hiciere con causa leve o sin causa alguna:

> *Mulier quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportatione addicenda suppliciis: 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 unquam penitus socianda coniugio:... Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit quae recedit... a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem* –CTh. 3, 16,2.–

Cuáles se entendiesen como penas graves, no se dice en la constitución citada; quizá dependiera de la estimación del juez. Por de pronto serían, sin duda,las tres señaladas en el Derecho anterior; y quizá también ahora en favor de la mujer para divorciar del marido, las tres enumerados precisamente en el mismo derecho precedente constantiniano, como insuficientes entonces, a saber: si el marido fuese *ebriosus, aleatorius aut muliercularius*.

[117] El término *iniuria* nos parece que está usado en un sentido amplio y no estrictamente técnico-jurídico. La falta de tecnicismo jurídico se manifiesta también en las expresiones usadas para indicar los *tria crimina (medicamentarius, sepulchrorum dissolutor, moecha,* en lugar de *adultera, conciliatrix)* términos estos que no se encuentran en las constituciones imperiales, así como en las frases, también nuevas en el lenguaje jurídico, "*pro tam magna sua confidentia in insulam deportari*" y la otra "*ab is criminibus liberam eiecerit*" para indicar el hecho de haber sido reconocida inocente. Esta ausencia de tecnicismo en el autor de la constitución es todavía más evidente, al constatar que los redactores de la *Interpretatio* expresan la misma norma usando una terminología rigurosamente jurídica, Como afirma VOLTERRA "il medesimo raffronto può farsi con i testi corrispondenti della *lex Romana Burgundionum* (21.1-3) y con l´*Edictum Theodorici* (cap. 54), e maggiormente persuade che CTh. 3. 16,1 non è redatta in ambiente giuridico e da conoscitori del diritto romano" (s. v. "*Matrimonio*", cit., p. 794)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Todavía no se induce nuevo derecho respecto de la forma: que continúa a no ser necesaria. Y permanece todavía igualmente la plena libertad del divorcio por mutuo consentimiento. La norma, a pesar de repetir la desigualdad jurídica y el privilegio del marido con respecto mujer, representa un paso adelante en el camino de la adecuación del derecho matrimonial a los principios morales y religiosos del Cristianismo. Permanecen claros rasgos de ambigüedad, pero hay que subrayar el esfuerzo de los legisladores por impedir el segundo matrimonio fuera de los casos permitidos por la ley[118].

Una ulterior e importante innovación se produce poco más tarde, por obra de los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III con una constitución de enero del año 449, recibida en el CI[119].

Los dos emperadores, con mirada más amplia que sus predecesores, reglamentan nuevamente los casos en que la mujer y el marido pueden *iusta causa* obtener el divorcio; ya que, comentan los dos legisladores, si, por una parte, el *favor liberorum* exige que la ruptura del matrimonio sea *difficilior*, por otra, es necesario ayudar al cónyuge oprimido por *adversa necessitas*.

En cuanto a las causas del divorcio, se vuelve ahora de nuevo a su determinación precisa, como lo había hecho Constantino: *Causas repudii autem* se dice en la constitución, *hac saluberrima lege apertius designamus* –C. 5,17,8,1.– Pudiéndose, por lo demás, en cuanto a ellas, advertir ahora por primera vez la equiparación entre la *uxor* y el marido respecto al adulterio: también el adulterio del marido ofrece justa causa a la mujer para divorciar.

La disciplina, con todo, por más que se vuelvan a determinar las causas de divorcio, no es en esta parte tan dura como la de Constantino, ya que su número es mucho mayor. Prácticamente, vienen a ser las que en la constitución del año 421 se habían hecho en general graves.

Continúa todavía, como anteriormente, lícito el divorcio por consentimiento de ambas partes[120].

La constitución, por primera vez, impone una forma para la validez del divorcio; así, en efecto, suena el texto:

> *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta nonnisi misso repudio solvi praecipimus* –C. 5,17,8, pr.–.

Esta imposición de la forma para la validez del divorcio constituye un hecho nuevo en la historia de la legislación y, conforme al sentido literal del texto, se

[118] BIONDI, *Diritto romano cristiano, III,* cit., pp. 174-175.

[119] *Nov. Theod.* 12; C. 5,17,8.

[120] Parece indudable que siempre fue lícito el divorcio de común acuerdo; no significando nada en contra el que el Emp. Anastasio lo diga expresamente en una constitución del a. 497. (C. 5,17,9). Anastasio con esta constitución, al expresar eso, no intentó de suyo sino el señalar o prescribir que la mujer divorciada en tal hipótesis podía contraer matrimonio al cabo de un año. Hemos visto como Teodosio y Valentiniano le habían prohibido, aun cuando divorciase *iustis de causis*, contraerlo antes de un quinquenio. No trató, pues, de introducir la permisión del divorcio *mutuo consensu* (Cfr. ROBLEDA, *El matrimonio...,* cit., p. 268, nt. 75). Véase también VOLTERRA, s. v. *Divorzio,* Nov. D. I., III (1960), P. 64; BIONDI, *Il diritto romano cristiano,* cit., p. 133.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

prescribe para todo divorcio, o sea, para el divorcio como tal: en cuanto a efectos así civiles como penales[121].

La cuestión, como señala Robleda, esta ahora en saber cuál fue exactamente dicha forma. No parece que fuera la antigua augustea de la declaración ante siete testigos y la presencia también de un liberto del divorciante, una vez que el texto no menciona sino la *missio* de un *repudium*[122]. Tiene razón Andreev cuando afirma que la presripción de Teodosio y Valentíano, por una parte significa que en la *praxis* de su tiempo no se usaba ya forma alguna para el divorcio; ya que parece bien claro a tenor del texto resultar la imposición ahora de la forma como algo nuevo; por otra, que la forma que ella impone es la de un simple *libellus* con la comunicación del divorcio o *repudium*[123]. Tal era, además, el uso oriental, que entonces evidentemente tenía que imponerse.

De la compleja legislación de Justiniano sobre la institución matrimonial vamos a analizar particularmente el derecho de las *Novellae*. Es fácilmente contastable que el régimen que resulta del Digesto o del Código se orienta en la dirección de las ideas de Constantino y de sus sucesores, mientras que el de las *Novellae* aparece animado por un nuevo espíritu que dará al matrimonio una nueva impostación[124].

En las *Novellae* encontramos una reordenación completa de la materia matrimonial, con una creciente restricción de la libertad de divorcio.

Tal reordenación no se refiere a la forma; la cual sigue siendo necesaria para validez, tal como lo habían determinado Teodosio y Valentiniano, al haber recibido sin más Justiniano, en su Código la prescripción relativa de aquellos emperadores –C.5,17,8,pr.–, sino a las causas (no en orden a la validez, sino a la lícitud del divorcio), a las penas del divorcio ilícito, y a la clasificación de figuras del divorcio.

En cuanto a las causas, Justiniano las determina con exactitud y las reduce a seis por parte del marido (para que pueda él unilateralmente divorciar) y cinco, por parte de la mujer –Novella 117, cap. 8 y cap. 9–. El emperador señala absolutamente la taxatividad y el rigor de su doble en enumeración con las siguientes palabras:

> *Quia vero plurimas in veteribus et nostris invenimus legibus causas ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt, ea causa perspeximus ex his abscidere aliquas, quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt, et eas solum nominatim praesenti inserere legi, pro quibus rationabiliter potest sive vir sive mulier repudium mittere* -Nov. 117,13.

[121] Que la prescripción de la forma se extienda aquí *ad validitatem* parece desprenderse del obvio tenor del texto, atendida la contraposición entre la constitución del matrimonio y su disolución. Tratándose del valor en cuanto a lo primero, debe tratarse del mismo en el segundo. Cfr. VOLTERRA, *La conception du mariage,* cit., p. 60.

[122] ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano,* cit., p. 267.

[123] ANDREEV, *Divorce et adultère dans le droit romain classique,* RHD, 34, (1957), p. 9.

[124] Cfr. BONFANTE, *Corso,* cit., p. 353 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano,* cit., p. 176.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

Por lo que se refiere a las penas, así del que se divorcia sin aquellas causas, como del que ofrece justa causa del divorcio, también fueron de nuevo, precisadas y determinadas[125]: casi todas de carácter patrimonial[126].

Vuelve también aquí Justiniano a establecer la igualdad entre el marido y la mujer[12].

Por último en cuanto a la clasificación de las figuras del divorcio, cada una de ellas con su régimen diverso, así se expresa el mismo Emperador:

> *Distrahuntur itaque in vita contrahentium matrimonia alia quiden consentiente utraque parte..., pactis causam, sicut utrique placuerit, gubernantibus, alia vero per occasionem rationabilem,quae etiam bona gratia vocatur, alia vero citra omnem causam, alia quoque cum causa rationabili*[128].

Por consiguiente, son cuatro las hipótesis diversas del divorcio. a) por causa inculpable (*per occasionem rationabilem*) llamado por él *bona gratia*;b) de común acuerdo; c) sin causa (inculpable, o justa); d) con causa justa (las seis o las cinco, respectivamente mencionadas anteriormente).

Las causas inculpables justificantes del divorcio en esta primera hipótesis fueron determinadas, de modo distinto, por Justiniano en dos ocasiones. La primera, el año 535 con la Nov. 22; la segunda, el año 542, con la Nov. 117; ambas constituyen, como se ha dicho, la carta magna de Justiniano con respecto a su normativa sobre el matrimonio.

A) Conforme a la Novela 22 aquellas causas fueron las siguientes:

1) El ingreso de uno de los cónyuges en la vida monástica. El motivo de la concesión está en el hecho de que la elección de la vida monástica es equiparada, con respecto al matrimonio, a la muerte. En tal caso se puede preguntar, si se trataba efectivamente de divorcio, o más bien de disolución del matrimonio *vi iuris*. Biondi mantiene que se trata de disolución y no de divorcio[129]; Bonfante habla de divorcio[130]. Nosotros estamos de acuerdo con Robleda cuando escribe: «Justiniano coloca el caso entre los de divorcio, por la relación entre los capítulos 5 y 4 (de la misma Nov. 22), en el primero de los cuales, el ingreso en el claustro, es presentado como causa de divorcio; mas, considérese la Nov. 123,40[131]. Por otra parte, véase igualmente C. 1,3,52,15. Se vuelve aquí a la idea

[125] Nov. 117,13.

[126] No patrimonial es la reclusión forzada (*ad vitam*) en un monasterio: en cuanto a la mujer, Nov. 117,13, y en cuanto al marido, Nov. 134, 11,1.

[127] Nov. 134,11,1 (a. 556), y ya antes, Nov. 127,4 (a.548).

[128] Nov. 22,4. Véase también D. 24,1,62,pr.; 24,2,6.

[129] BIONDI, *Il diritto romano cristiano,* III, cit., p. 184.

[130] BONFANTE, *Corso,* I, cit., p. 361.

[131] Nov. 123,40: *Si vero constante adhuc matrimonio aut vir solus aut uxor sola intraverit in monasterium, solvatur matrimonium et citra repudium, postquam tamen persona pergens ad monasterium schema perceperit.* Véase igualmente C. 1,3,52,15.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

del divorcio. En verdad, no quedan claras en esto las nociones. Se entremezclan en el caso las dos voluntades: la del derecho y la personal de las partes. Resulta inútil hacer la plena distinción, porque Justiniano no la tuvo en la mente. Ahora bien, nosotros tratamos de referir la historia, de interpretar, no, de introducir nociones o distinciones *ex nobis* «[132].

2) La impotencia del marido por tres años, a contar desde la fecha del matrimonio. La impotencia es considerada *occasionem necessariam et non irrationabilem* para disolver el matrimonio. Modificando sus anteriores disposiciones -C. 5,17,10-Justiniano establece que el término de la prueba se fije en tres años (antes eran dos). Hay que observar que esta causa se da sólo en favor de la *uxor*. Nada se dice, en efecto, de la impotencia de la mujer, para un lícito divorcio por parte del marido.

3) La cautividad de un cónyuge. Justiniano queriendo considerar de un modo más humano tales situaciones (*attamen humanius talia contemplantes*) establece que la cautividad rompa *bona gratia* el matrimonio sólo después de un quinquenio a partir de la incertidumbre de su supervivencia -Nov. 22,7-. Debe advertirse aquí bien que no es cuestión de disolución matrimonio *vi iuris*; una vez que después del quinquenio no se sigue aquella sin más, sino que es necesario el *repudium*, bien que no se envíe la comunicación (*libellus*), como pide la naturaleza de las cosas: al no saber si y donde el cautivo viva.

4) la esclavitud sobreviniente, como consecuencia de sentencia judicial, de uno de los cónyuges, si liberto (*si vero decretum iudiciale libertum aut libertam aut horum filios in servitutem redigat...*). Con dificultad, en este caso, se puede hablar de verdadero y propio divorcio.[133] La *ratio legis* está en el hecho de que la esclavitud sobrevenida no difiere de la muerte (*supervenientem servitutem non procul a morte diferre*).

5) Finalmente, en favor de la uxor, la ausencia del marido *militiae causa*, después de 10 años de incertidumbre en torno a la voluntad del mismo de querer permanecer en el matrimonio con ella. Adviértase que no se trata aquí necesariamente de incertidumbre acerca de la sobrevivencia del marido; basta el defecto de alguna muestra de la *affectio maritalis* por un decenio.

Tal fue la determinación hecha Justiniano en este punto en el año 535.

B) En el año 542 revisa la disciplina, haciéndola más estricta, las causas que dan la posibilidad del divorcio *bona gratia* son ya sólo las tres siguientes a) Impotencia del varón; b) Entrada en la vida monástica de uno de los cónyuges; c) Cautividad asimismo de uno de ellos. Estas tres causas han de ser entendidas en el mismo sentido, y han de ser consideradas bajo la misma disciplina, que lo habían sido a tenor de la Nov. 22; una vez que remite, en cuanto a ella a la Nov.

[132] ROBLEDA, *El matrimonio...*, cit., p. 271.

[133] Cfr. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 362. ROBLEDA afirma explícitamente que este supuesto no debía constituir caso de divorcio en la mente de Justiniano (*El matrimonio...*, cit., p. 272).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

117,12:... *in his enim tribus casibus quae de eis prioribus nostris legibus continentur firma esse sancimus.*

La Nov. 117, 10 subvierte decididamente los principios del derecho clásico con respecto al matrimonio, al establecer que también el divorcio por mutuo consentimiento, excepto el que se haga por el voto de castidad de uno de los dos cónyuges, debe ser castigado con las mismas penas establecidas para el repudio fuera de las *iustae causae*: *Quia vero ex consensu aliqui usque ad praesens alterna matrimonia solvebant hoc de cetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecrint. Si autem huiusmodi personae filios habuerint, tam dotem quam antenuptialem donationem eorum filiis conservari disponimus...*[134].

Es la primera vez en el derecho romano que el legislador, toma tan clara y resuelta posición en relación con el divorcio por mutuo consenso. Afirma explícitamente *hoc de cetero fieri nullo sinimus modo*

El paréntesis abierto por Justiniano en este tema ya que antes nunca había tenido lugar la prohibición del divorcio por común acuerdo de los cónyuges, se cerró rapidamente, ya que al poco tiempo de su muerte, acontecida en el año 565, su sucesor, Justino II, con la Nov. 140 (a. 566), indica el retorno a la licitud del divorcio consensual. Es muy interesante el discurso de Justino en la constitución con que se verifica la derogación. Dice que él quiso efectivamente conservar la prohibición; pero no pudo por meno de ceder a las instancias contrarias.

> *Plurimi nos adierunt inter se coniugium horrentes et abominantes et praelia discordiasque propter hoc domi contingere accusantes (hoc quod valde dolorificum et triste consistit), dissolvere propter hoc precantes conubia, vel si ocassiones non habuerunt dicere per quas sine timore hoc lex dabat facere ipsos. Desideria vero et studium eorum pro hac re in aliquando distulimus tempore, aliquando quidem monentes aliquando minantes quiescere eos ab inrationabili circa invicem horrore ad unanimitatem properare et melioris fieri voluntatis. Agebamus vero plus nihil: quoniam (vero) difficile est immutare semedetentos inrationabili passione et horrore. Forsitan enim contigit istis et insidias adgredi ad invicem et venenis aliisque ad mortem agentibus uti, ita ut nec filios eis factos valere ad unam similemque tales voluntates immiscere.*

Viene luego la abrogación mencionada, en el cap. I único

Concluimos la presente colaboración con la siguientes palabras de D´ Ercole: «Nel *Corpus Iuris* si passa, con un crescendo continuo dalle norme, di contenuto genuinamente classico, anunciate in D. 23,2,5; D. 9, 15, 8; D. 49,15,14,1; D. 14,1,32,13; D. 23,2,24, tanto probative per la teoría del matrimonio stato di fatto ad altre che dimostrano come in Giustiniano il matrimonio non è posto in

[134] Nov. 117,10,1. Nuevas interpretaciones sobre el capítulo 10 de ésta , han sido propuestas por BONINI, *Il divorzio consensuale dalla Nov. Iustiniani 117,10, alla Nov. Iustini 140,* BIDR, 14 (1972) pp. 39-70.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176

essere e continua ad essistere, quando sorge e continua l´*affectio maritalis*, ma nasce, necessariamente per alcune categorie di persone, solo quando v´è stata una celebrazione legale: C. 5,4,24; Nov. 117, 4 –non cade al cessare della individua vitae consuetudo: C. 5, 17,7; Nov. 22,14; Nov. 117,11; D. 49,15,8; Nov. 22, 7;D.48,5,14(13), 7– nè al cessare dell´*affectio*: Nov. 117,10; Nov. 134,11; Nov. 74,4; D. 38,11,1,1; C. 5,17,12; Nov. 22,19– quindi non è un vincolo risolubile volontariamente dai coniugi in qualunque momento, ma solo in determinati casi, consentiti dal legislatore, come dimostrano tutte le norme stabilite specialmente nelle Novelle e nemmeno un vincolo che in quei casi determinati possa cadere automaticamente, ma solo dietro l´osservanza di forme prescrite, come dimostrano tutti casi nei quali, nel diritto giustinianeo, sono prescrite forme per lo scioglimento del matrimonio, con effeti assoluti per la inadempienza»[135].

[135] G. D´ERCOLE, *Il consenso deglo sponsi...*, art. Cit., p. 53.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0176