

Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso: 2017/2018  
Convocatoria: Julio

# ESTUDIO COMPARATIVO DEL DIVORCIO: TRADICIÓN ROMANÍSTICA FRENTE A LA ACTUALIDAD EN REINO UNIDO

---

[DIVORCE STUDY COMPARATIVE: ROMAN TRADITION  
VERSUS CURRENTLY IN UNITED KINGDOM]

Realizado por la alumna D<sup>a</sup> Claudia Machado Rodríguez  
Tutorizado por la Profesora D<sup>a</sup> María Etelvina de las Casas León  
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas  
Área de conocimiento: Derecho Romano

## ABSTRACT

The present work's purpose is about a comparative analysis between the Roman divorce and the present divorce in United Kingdom, previous allusion to our current legal law. We introduce ourselves with a Roman marriage detailed study in all its aspects, followed by a divorce at Rome deep exam in its different periods and concluding with the present divorce versus divorce at England and Gales comparative analysis.

We notice that, at first, divorce properly said didn't exist and it culminates with more magnificence at the Justinian Era with the possible obtaining of analogies versus the divorce at England and Gales, in spite of the big temporary difference that comprise them and not having existed a Roman law reception at Great Britain, except Scotland.

To conclude, and getting in matters of fundamental work subject, the Roman tradition versus the currently English divorce, it provides amazing results on that subject, in order to confront big legal laws.

## RESUMEN

El propósito del presente trabajo versa sobre un análisis comparativo entre el divorcio romano y el divorcio actual en Reino Unido, previa alusión a nuestro actual ordenamiento jurídico. Nos introducimos con un estudio detallado del matrimonio romano en todos sus aspectos, seguido de un profundo examen del divorcio en Roma en sus diferentes etapas y concluyendo con la confrontación del divorcio actual frente al divorcio en Inglaterra y Gales.

Observamos, que en un principio, no existía ni el divorcio propiamente dicho, sin embargo el mismo culmina con mayor esplendor en la Época Justiniana, y consecuente obtención de analogías frente al divorcio en Inglaterra y Gales, a pesar de la gran diferencia temporal que los comprende y de no haber existido una recepción del derecho romano en Gran Bretaña, a excepción de Escocia.

A modo de conclusión, y entrando en materia fundamental del trabajo, la tradición romanística frente al actual divorcio inglés, proporcionan curiosos resultados al respecto que serán analizados a lo largo de estas páginas.

# ÍNDICE

---

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I. EL MATRIMONIO ROMANO.....	2
1. ANTECEDENTES Y CARÁCTER JURÍDICO .....	2
1.1. Conceptualización del matrimonio.....	2
1.2. Naturaleza jurídica .....	4
2. CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO COMO SITUACIÓN DE HECHO...	4
3. LA ESENCIALIDAD DE LA “AFFECTIO MARITALIS” EN RELACIÓN CON EL “CONUBIUM” .....	5
3.1. <i>Affectio maritalis</i> .....	5
3.2. <i>Conubium</i> .....	6
4. CLASES DE MATRIMONIO ROMANO .....	7
4.1. Matrimonio <i>cum manu</i> .....	7
4.2. Matrimonio <i>sine manu</i> .....	8
5. EL ADULTERIO COMO IMPEDIMENTO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN DE AUGUSTO .....	9
5.1. La <i>Lex Iulia adulteriis</i> .....	9
5.2. Presupuestos del adulterio .....	10
6. LA DOTE.....	11
6.1. Concepto y función .....	11
6.2. Clases de dote .....	12
6.3. Restitución de la dote tras la disolución del matrimonio .....	12
CAPÍTULO II. EL DIVORCIO ROMANO .....	14
1. NATURALEZA JURÍDICA .....	14
1.1. Concepto .....	14
1.2. Fundamento jurídico .....	14
2. ÉPOCA CLÁSICA .....	15
2.1. Cesación de la <i>affectio maritalis</i> .....	15
2.2. Cesación del <i>conubium</i> .....	16
2.3. Efectos del divorcio .....	17
2.3.1. Efectos personales.....	17

2.3.2. Efectos patrimoniales.....	18
<b>3. ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA .....</b>	<b>19</b>
<b>3.1. Tendencia en torno a la restricción de la disolubilidad.....</b>	<b>19</b>
3.1.1. Sistema de justas causas .....	19
3.1.2. <i>Divortium bona gratia</i> .....	24
<b>3.2. El cambio en la concepción del divorcio .....</b>	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO III. EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL FRENTE AL “DIVORCE IN ENGLAND AND WELSH” .....</b>	<b>26</b>
<b>1. EL DIVORCIO EN ESPAÑA.....</b>	<b>26</b>
<b>1.1. Del matrimonio romano al matrimonio actual .....</b>	<b>26</b>
<b>1.2. Las causas de disolución del matrimonio .....</b>	<b>27</b>
<b>1.3. El divorcio: concepto y tipos .....</b>	<b>27</b>
1.3.1. La introducción del divorcio.....	28
1.3.2. Tipología del divorcio.....	28
1.3.3. Evolución en el Derecho Español.....	29
<b>1.4. La vigente regulación del divorcio .....</b>	<b>29</b>
1.4.1. Los motivos de la reforma del 2005 .....	29
1.4.2. Régimen del divorcio.....	30
<b>1.5. La disolución del régimen económico matrimonial .....</b>	<b>31</b>
1.5.1. Sociedad de gananciales .....	32
1.5.2. Régimen de separación de bienes .....	36
1.5.3. Régimen de participación .....	37
<b>1.6. La obligación legal de alimentos.....</b>	<b>37</b>
<b>2. EL DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES .....</b>	<b>38</b>
<b>2.1. Requisitos para obtener el divorcio.....</b>	<b>39</b>
<b>2.2. Causas de divorcio .....</b>	<b>39</b>
<b>2.3. Proceso ante el <i>Family Court</i>.....</b>	<b>40</b>
<b>2.4. Efectos jurídicos de la resolución de divorcio .....</b>	<b>41</b>
2.4.1. Las relaciones personales.....	41
2.4.2. El reparto de los bienes.....	41
2.4.3. Los hijos menores de edad.....	42
2.4.4. La obligación legal de alimentos .....	43
<b>2.5. Medios alternativos extrajudiciales para solucionar el divorcio .....</b>	<b>43</b>

2.6. Recursos ante una resolución de divorcio.....	43
<b>CAPÍTULO IV. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>44</b>
<b>1. EL DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES FRENTE AL DIVORCIO ROMANO.....</b>	<b>44</b>
<b>2. EL DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES FRENTE AL DIVORCIO ESPAÑOL.....</b>	<b>45</b>
<b>3. CONCLUSIÓN FINAL.....</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>48</b>
<b>FUENTES JURÍDICAS .....</b>	<b>52</b>

---

## INTRODUCCIÓN

---

En el presente estudio abordamos una exhaustiva investigación cuyo objetivo principal alude a la confrontación del divorcio en grandes ordenamientos jurídicos, desde la tradición romanística, hasta el actual español y el excepcional inglés, específico de Inglaterra y Gales. De tal manera, que analizamos la existencia o no de notorias analogías entre los mismos, así como las cuestiones más curiosas y sorprendentes a tener en cuenta.

Asimismo, comenzamos abordando el matrimonio romano, como sustento necesario de todo divorcio, desde sus antecedentes hasta la constitución del mismo, con especial mención a la figura de la dote e impedimentos tales como el adulterio. A continuación, entramos en materia con el divorcio romano desde su Época Clásica, hasta llegar a la Postclásica y Justiniana, culminando ésta última con la verdadera concepción del divorcio.

Una vez examinada la tradición romanística, nos aproximamos a la actualidad, comenzando por nuestro ordenamiento jurídico, y mostrando una breve referencia de la evolución del matrimonio romano al actual, así como las diferentes causas de disolución del mismo y sus posibles regímenes económico matrimoniales.

Posteriormente, nos centramos en el espectacular estudio del divorcio inglés, correspondiente a Inglaterra y Gales, examinando tanto los requisitos y causas para la obtención del mismo, como sus consiguientes efectos jurídicos tan sorprendentes como increíbles.

Por último, dada la especialidad y complejidad del presente trabajo, así como la limitación de extensión que se nos impone, tratamos de otorgar mayor trascendencia a los aspectos jurídicos más relevantes y con la considerable precisión al respecto. Por tanto, el mismo se encuentra estructurado de forma cronológica y progresiva en lo referente al tema objeto de estudio.

# CAPÍTULO I. EL MATRIMONIO ROMANO

## 1. ANTECEDENTES Y CARÁCTER JURÍDICO

### 1.1. Conceptualización del matrimonio.

En Roma se entiende el matrimonio como la “*cohabitación del hombre y de la mujer para procrear hijos y constituir entre ellos una comunidad de vida perpetua e íntima*”<sup>1</sup>. Se trata de una relación estable y voluntaria, puesto que la finalidad del mismo consistía en que el hombre se casara para obtener sucesión legítima capaz de continuar con el patrimonio y el culto a los antepasados, asegurando, de esta manera, el descanso de su espíritu posterior a su fallecimiento, mediante el culto doméstico de sus herederos<sup>2</sup>.

Las definiciones del matrimonio las encontramos en la compilación justiniana, propia de la época clásica. Concretamente nos centraremos en las de mayor trascendencia, es decir, en la de Ulpiano y Modestino:

- Iust. Inst. 1, 9, 1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.*
- D. 23, 2, 1<sup>3</sup> (Mod. 1, Reg.): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris communication*<sup>4</sup>.

A continuación procedemos a estudiar las definiciones mencionadas con anterioridad, para una mayor comprensión:

- “*Nuptiae autem sive matrimonium*”: *Nuptiae*, que significa “nupcias”; y *matrimonium*, “matrimonio”; suelen emplearse como sinónimos a pesar de no serlo, puesto que el primero hace referencia a las costumbres sociales y religiosas que demuestran la vida conyugal. Y el segundo, en cambio, hace

<sup>1</sup> BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Española, 3ª ed., Madrid, 1965. Pág. 180.

<sup>2</sup> VAZQUEZ, R., *Consideraciones sobre el divorcio como derecho fundamental*. En: Universidad Complutense, Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”. *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988. Pág. 1681.

<sup>3</sup> D. 23,2, 1 (Modestino 1, Reg.): p. 25.

<sup>4</sup> Existen serias dudas en la doctrina sobre la interpretación de estos textos: en cuanto a la primera parece haber acuerdo en que su autor fue efectivamente Ulpiano; sin embargo, la segunda plantea problemas.



alusión a la posición o estado, indistintamente de que se hayan o no consagradas las nupcias<sup>5</sup>.

- “*Viri et mulieris coniunctio*<sup>6</sup>. *Coniunctio maris et feminae*”: Esto último significa “la unión de un macho y una hembra”, puesto que hace alusión a la relación conyugal compuesta por el consentimiento y la convivencia. En este sentido, la mayor parte la doctrina manifiesta que ambos elementos constituyen el matrimonio; sin embargo, los autores Orestano y Volterra consideran como único requisito constitutivo del matrimonio el consentimiento<sup>7</sup>.
- “*Consortium omnis vitae. Consortium individuum vitae consuetudinem continens*”: Nos encontramos con diversas interpretaciones del término *consortium omnis vitae* como requisito constitutivo del matrimonio, puesto que el mismo se procura entender como la “indisolubilidad del matrimonio”, y por tanto, como la perdurabilidad del mismo. Lo cual no comporta explícitamente el “consorcio para toda la vida”, sino la voluntad de los cónyuges de seguir unidos de por vida –indistintamente de que dicha voluntad cambie posteriormente-, esto es la *affectio maritalis*.
- “*Divini et humani iuris communicatio*”: Se traduce como la “comunicación del derecho divino y humano”, haciendo alusión a los aspectos religiosos y morales. En este sentido, el autor Volterra, junto con Albertario, defienden que dicha expresión se ajusta completamente a la conceptualización clásica del matrimonio<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> GARCÍA GARRIDO, M.J., *Minor annis XII nupta*, LABEO, 3, 1957, pág. 81: “La menor no puede considerarse casada hasta que no sea capaz de varón, aunque las ceremonias nupciales se hayan celebrado con anterioridad”.

<sup>6</sup> *Viri et mulieris*, expuesto en singular hace mención a la monogamia, que siempre fue una constante en Roma. Gayo, *Inst.* 1,63: p. 48, nt. 45; p.53, nt. 137; por todos GAUDEMMENT, J., *Originalité et destin du mariage romain*, Miscellanea, Estrasburgo, 1980, págs. 140-142.

<sup>7</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Pág. 26.

<sup>8</sup> VOLTERRA, E., voz *Matrimonio*; voz *divorzio*, NNDI, Turín, 1957, págs. 330-335; y *La conception du mariage d’après les juristes romains*, Padua, 1940, págs. 35-37. ALBERTARIO, E., *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, Studi di Diritto romano, I, Milán, 1933, pág. 182. Éste último autor considera –en págs. 186-211- que “la *communicatio iuris divini et humani* en sentido jurídico se daba en el matrimonio *cum manu* ya que la *uxor* se hace heredera del marido y participante, por obligación, y derecho, en el culto de las divinidades privadas de la familia de aquel”. Contra esta concepción manifiesta ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho Romano*, Roma, 1970 en pág. 70, que “Modestino no pudo pensar en el matrimonio *cum manu* por dos razones: a) la *manus* nada tenía que ver con el concepto de matrimonio; b) en el tiempo de Modestino sería rarísimo que la *manus* acompañase al matrimonio”.

## 1.2. Naturaleza jurídica.

El matrimonio es la unión de hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano. El mismo se contempla como un hecho social, que para tener relevancia jurídica debe ser conforme al derecho, puesto que debe celebrarse entre personas que tengan *conubium*.

En la literatura jurídica de Roma se encuentra extendida la idea de que el matrimonio romano fue una relación de hecho *-res facti-*, y no de derecho. Opinión que no compartimos al respecto.

El matrimonio romano requiere como elemento constitutivo el consentimiento continuado, para que se perfeccione el mismo. De lo cual deducimos que en el Derecho Romano, con la sola ausencia de la *affectio maritalis*<sup>9</sup> –la cual trataremos a continuación- en uno de los cónyuges cesan los efectos del matrimonio, por lo que no se trata de una *res iuris*, esto es, relación jurídica<sup>10</sup>.

En conclusión, la jurisprudencia clásica asienta una concepción social del matrimonio en *relación jurídica*, la cual se manifiesta cuando un hombre y una mujer –libres-, que ostentan capacidad jurídica, -este es el *conubium*- capacidad natural y edad formal, consienten tu voluntad, continua y efectiva, de permanecer unidos de forma estable y duradera<sup>11</sup>

## 2. CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO COMO SITUACIÓN DE HECHO

En la Época Clásica, el matrimonio romano se considera un *estado de hecho* fundamentado en el consentimiento continuo de los cónyuges, dado que nos encontramos en el periodo de mayor esplendor jurídico de Roma.

En cambio, en la Época Postclásica aparecen una serie de circunstancias que impiden la adaptabilidad del Derecho a la sociedad, por lo que se comienza a apreciar el matrimonio como una institución en sí misma considerada, y por lo tanto, no en base a su eficacia.

---

<sup>9</sup> MIQUEL, J., *Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre el Derecho matrimonial comparado*. En Anales de la Facultad de Derecho, 20; diciembre 2003. Págs. 85 a 98. (Consultado el 10 de Abril del 2018). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1059758>

<sup>10</sup> VAZQUEZ, R., *Consideraciones sobre el divorcio como derecho fundamental*. En: Universidad Complutense, Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”. *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988. Págs. 1681-1682.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ ORTIZ, V. *La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano*. Págs. 616-706.

También es relevante mencionar, que se ven afectadas instituciones como el *patria potestas*. Es por ello, que el matrimonio en este periodo es considerado un *acto jurídico* como consecuencia del consentimiento inicial de los cónyuges, lo cual conlleva la ruptura con la concepción clásica del matrimonio<sup>12</sup>.

### 3. LA ESENCIALIDAD DE LA “AFFECTIO MARITALIS” EN RELACIÓN CON EL “CONUBIUM”

En cuanto a los elementos del matrimonio romano, nos encontramos con el *elemento subjetivo*, que es la *affectio maritalis* o *consensus* –consentimiento–, la cual hace referencia a la intención de permanecer unidos en matrimonio, ya que la misma debe permanecer constante y continuada, puesto que se interrumpe la relación matrimonial cuando cesa la recíproca intención de ser marido y mujer. Y el elemento objetivo, que es el *conubium* –convivencia–, el cual se manifiesta en la consideración social de unión estable y permanente.

#### 3.1. *Affectio maritalis*.

Dicho término hace referencia al requisito del *consentimiento*, puesto que el mismo expresa la duración y continuidad del matrimonio, razón por la cual se utiliza en la Época Clásica, cuando el consentimiento es continuo.

Sin embargo, conviene mencionar en este aspecto la distinción entre las expresiones *affectio maritalis* y *consensus*, ya que cuando la primera es continuada se convierte en una exigencia jurídica; mientras, en el segundo término se exige la constancia de la voluntad. Es por ello que la *voluntad* implícita en ambos conceptos debía permanecer jurídicamente eficaz, no estar corrompida, y por tanto ser auténtica. Y además, la misma debe estar encaminada a mantenerse en una sociedad íntima y duradera, como deducimos anteriormente de las definiciones estudiadas de Ulpiano y Modestino.

Por último, debemos hacer alusión al *consentimiento continuo* y al *consentimiento inicial*; puesto que si bien cabe recordar, el primero se plasma en la configuración clásica del matrimonio. A este respecto, la mayoría de la doctrina romana actual se une a la idea del autor Manenti, cuando el mismo hace alusión a “algunas observaciones a la

---

<sup>12</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 19-20.

teoría del consentimiento continuo”, las cuales provienen del matrimonio como acto jurídico. En cambio, el consentimiento inicial lo encontramos en el matrimonio postclásico, el cual permanece existiendo aun cuando la voluntad de uno de los cónyuges de seguir unidos cese<sup>13</sup>.

En la Época Postclásica, el consentimiento se define como la voluntad inicial encaminada a la constitución de la unión conyugal, por cuanto la misma no cesa por el desistimiento; ya que si los contrayentes no anhelan continuar unidos en matrimonio no se rompe el vínculo conyugal, ni dejan de ser marido y mujer, salvo en caso de divorcio. Es por ello que se le da una mayor consideración a la ceremonia nupcial en esta época.

### **3.2. *Conubium*.**

En la Época Clásica el *conubium* o convivencia matrimonial consiste en la capacidad específica matrimonial que se precisa para contraer matrimonio. Es decir, se trata de la *capacidad jurídica* -o personalidad jurídica- que ostentan los contrayentes, puesto que el mismo conlleva un elemento esencial y constitutivo del matrimonio romano, tal y como afirma el autor Manenti. En este sentido, cabe mencionar que esta teoría fue acogida por la mayoría de la doctrina prácticamente sin discusiones, y hasta tal punto que autores, como Volterra y Ortesano, siguen aplicando<sup>14</sup>.

La convivencia matrimonial se fundamenta en la concepción del *domicilium matrimonii* como hogar y casa, donde se desarrolla la comunidad de vida exteriormente apreciable.

Sin embargo, a pesar de que la gran mayoría de la doctrina romana admitió la esencialidad del *conubium*, surgieron discrepancias trascendentales al respecto, en cuanto a la interpretación del mismo por juristas como Bonafante, Levy y Albertario. No obstante, independientemente de cómo entendamos dicho concepto, importa destacar que las aportaciones de Volterra y Ortesano justifican que el consentimiento es un elemento constitutivo de la relación matrimonial<sup>15</sup>. A lo cual se opone el autor García Garrido

---

<sup>13</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 55-57.

<sup>14</sup> SCIALOJA, V., *Corso di Istituzioni di Diritto romano*. Roma, 1934. Pág. 277.

<sup>15</sup> ORESTANO, R., *La struttura giuridica del matrimonio romano*. Milán, 1951. Págs. 187-239.  
VOLTERRA, E., *La conception du mariage d'après les juristes romains*. Padua, 1940. cit. Pág. 20.

En la Época Postclásica, tras las Constitución Antoniniana –*Edicto de Caracalla*– del año 212 d.C., se *elimina el conubium* como requisito esencial para contraer un matrimonio válido, puesto que la misma extiende la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

No obstante, otros autores afirman que el concepto de *conubium* en la Época Postclásica se convierte en sinónimo del mismo matrimonio, correspondiéndose a la formación negativa de prohibiciones o impedimentos para contraer *iustae nuptia*<sup>16</sup>.

#### 4. CLASES DE MATRIMONIO ROMANO

Según la tesis tradicional, se admite la existencia de dos tipos de matrimonios en Roma, de forma sucesiva o simultánea, amparada por gran parte de la doctrina, desde mediados del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX<sup>17</sup>.

Por tanto, es imprescindible aludir a dos realidades propias de la sociedad romana, las cuales han contribuido de forma esencial al caos doctrinal sobre la discusión acerca de la existencia o inexistencia de estos dos tipos de matrimonio, uno *cum manu* y otro *sine manu*<sup>18</sup>.

##### 4.1. Matrimonio *cum manu*.

Tradicionalmente, el matrimonio *cum manu* se caracteriza por la necesidad de que la mujer se someta a la *manus*<sup>19</sup> del marido o de su *paterfamilias* si se es *alieni iuris*. Es decir, se entiende como aquel establecido mediante la unión permanente de un hombre y una mujer con la intención de concebir, a través de lo cual la mujer comienza a formar parte de la familia del marido. Ello se produce mediante la *conventio in manum*, que se trata de un negocio jurídico que se realiza por cualquiera de las tres formas existentes para ello. De tal manera que, la mujer se desligaba de su familia para entrar a formar parte en la de su marido.

---

<sup>16</sup> MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma Clásica*. Huelva, 2013. Págs. 204-210.

<sup>17</sup> ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*. Roma, 1970. Pág. 1. MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma Clásica*. Huelva, 2013. Pág. 115.

<sup>18</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Pág. 22.

<sup>19</sup> *Manus* hace referencia a la potestad o poder que le corresponde al marido *sui iuris* (no se encuentra bajo la patria potestad de otro) sobre la mujer casada conforme a las formas de la *confarreatio*, *coemptio* o *usus*; o al *paterfamilias* del marido, en el caso de continuar sometido todavía al mismo (*alieni iuris*).

A continuación estudiamos cada una de las formas de la *conventio in manu*, las cuales son Instituciones de Gayo consideradas fuente fundamental<sup>20</sup>:

- *Confarreatio*: Consiste en una ceremonia religiosa efectuada por ambos cónyuges que acompañaba al matrimonio. Cayó en desuso tras la Lex Canulia.
- *Coemptio*: El consentimiento de la mujer conllevaba la causa del mismo, al tratarse de un negocio jurídico. Se trata por tanto de un acto de transmisión de la potestad sobre la mujer.
- *Usus*: En este supuesto se adquiere la *manus*, es decir la potestad marital, mediante la convivencia ininterrumpida durante un año de la mujer casada.

El matrimonio *cum manu* fue considerado como el mayor *valor social y jurídico* concedido a los matrimonios romanos. En este sentido, cabe mencionar que sólo la mujer *in manu* poseía la plena dignidad de esposa<sup>21</sup>.

De esta manera, la mujer *conventa in manum* se encontraba vinculada a sus hijos, lo cual conllevaba el noble título de *materfamilias*, ante la ley civil, a diferencia de la simple *uxor*<sup>22</sup>

#### **4.2. Matrimonio *sine manu*.**

En cambio, el matrimonio *sine manu* consistía en una forma más libre mediante la cual la mujer continuaba conservando los lazos con su antigua familia. En este supuesto, por tanto, la mujer permanece legalmente dentro de su familia de origen, es decir, continúa bajo la potestad de su padre.

En este sentido, ello conlleva como consecuencia que la administración de los bienes no se encuentra en manos del marido, sino que la mantiene el padre de la mujer. Tampoco se le otorga a la mujer el nombre de la familia de su marido, ni se le concede el noble título de *materfamilias*, como sucede en el matrimonio *cum manu*.

---

<sup>20</sup> Gayo, *Inst. 1,108*: p. 45, nt. 15.

<sup>21</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 21-23.

<sup>22</sup> *Uxor* es un término que hace referencia a la esposa legítima del jefe de familia (anteriormente “mujer casada *in manu*”). En este supuesto, a diferencia de la *materfamilia*, nos encontramos ante una huésped de pago que convive en el hogar familiar, y a pesar de que sus hijos le son legítimos, no forman parte de la misma familia.

Por último, es importante mencionar que para un sector de la doctrina, el efecto más trascendental del matrimonio *sine manu*, o libre, es la alusión al *status* de los hijos, puesto que los mismos permanecen con la condición de su padre, y además, se encuentran sometidos a su patria potestad, de la cual procede su pertenencia a una familia distinta<sup>23</sup>.

## 5. EL ADULTERIO COMO IMPEDIMENTO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN DE AUGUSTO

La legislación de Augusto se caracteriza por encontrarse integrada de un conjunto de leyes dirigidas a devolver el antiguo esplendor romano que se encontraba en decadencia. Estas leyes incluyen una serie de *prohibiciones* en cuanto a la celebración del matrimonio, las cuales pueden dividirse en dos categorías: *sociales* –referente a los libertos- y *morales* –referente a las prostitutas-. Ésta última categoría es la que nos concierne, puesto que la misma versa sobre el adulterio<sup>24</sup>.

A la adúltera no se le permitía contraer matrimonio de ninguna manera, no sólo mientras viviera el marido, sino tampoco tras su muerte. A continuación analizamos la *Lex Iulia de adulteriis*, la cual transforma el adulterio de las mujeres en crimen o delito lesivo del bien público, condenable por tanto mediante juicio público.

### 5.1. La *Lex Iulia de adulteriis*<sup>25</sup>.

La *Lex Iulia de adulteriis coercendis* castiga la conducta del adulterio con *carácter de crimen* en sí mismo considerado, de tal manera que además de regular los mismos, incluye novedades consideradas como las de mayor dureza que han existido en la historia del Derecho Penal<sup>26</sup>.

En este sentido, esta Ley hacía *pública* la acusación contra los adúlteros cuando nos encontráramos ante relaciones en las cuales la mujer no era casada, pero se había

---

<sup>23</sup> LIND, G., *Common Law Marriage: A legal institution for cohabitation*. Oxford University Press. Oxford, 2008. Págs. 34 y 52.

<sup>24</sup> MCGUIN, T., *Prostitution, sexuality and the Law in Ancient Rome*. Oxford University Press. Oxford, 2003. Pág. 72.

<sup>25</sup> GOMEZ RUIZ, C., *El divorcio y las Leyes augusteas*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1987. Págs. 115-118.

<sup>26</sup> MOMMSEN, *Romisches strafrecht*. Leipzig, 1899. págs. 686 y ss. ANDREEV, M., *Divorce et adultère dans le Droit romain classique*, RH, 35, 1957, pág. 25. Éste último autor resalta la dureza de la ley que castigaba no sólo a los culpables directos, sino a todo el que favorecía de alguna manera la comisión del crimen.

cometido el delito a sabiendas de la existencia de un matrimonio. La finalidad de darle publicidad a esta acusación se basa en el hecho de que la Ley castiga los actos que perjudican a las buenas costumbres<sup>27</sup>.

## 5.2. Presupuestos del adulterio<sup>28</sup>.

En este aspecto, el adulterio en sentido estricto y exacto no sólo hace referencia a la violación de la fe conyugal, sino a cualquier otra relación sexual considerada ilícita.

El primer presupuesto para encontrarnos ante la existencia del adulterio, requiere que el mismo se cometa *simultáneamente con un matrimonio legítimo de la mujer adúltera*. Es decir, debe tratarse de una mujer casada, que mantiene relaciones ilícitas, y a la cual se le atribuye por tanto la calificación de adúltera. Puesto que la misma circunstancia tratándose de un hombre no da lugar a la calificación de crimen, sino que la ley simplemente lo considera un mero cómplice o coautor del mismo, independientemente de que éste se encuentre o no casado.

El segundo de los presupuestos versa sobre el elemento de *dolo* (“*dolus malus*”) o el *conocimiento* (“*scientia*”) de que se incurre en el mismo. Se trata del elemento común que debe considerarse por el ordenamiento jurídico romano en lo referente a cualquier acto punible. En este sentido, cabe mencionar que dicha exigencia de dolo se encuentra dispuesta en el Título del Digesto dedicado a la *Lex Iulia de adulteriis* (D. 48, 5, 44)<sup>29</sup>.

Sin embargo, entendemos que no existe dolo cuando el primer matrimonio se encuentra disuelto como consecuencia de un repudio no formal, pero real y efectivo. Es decir, que dicho dolo no concurre si el segundo marido tiene conocimiento de la disolución del matrimonio anterior. Por lo tanto, el dolo es el elemento subjetivo que contempla la conducta perversa y fraudulenta a la hora de cometer un acto punible, teniendo conocimiento del mismo.

Por último, el tercer presupuesto hace alusión a la *voluntariedad*, únicamente de la mujer –a diferencia del elemento del dolo que también se requiere en el hombre- a la

---

<sup>27</sup> FERRINI, *Diritto penale*. págs. 361 y 363.

<sup>28</sup> GOMEZ RUIZ, C., *El divorcio y las Leyes augusteas*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1987. Págs. 119-122.

<sup>29</sup> Gayo, I, 119; I, 113; II, 104 y I, 29.



hora de cometer el acto de adulterio. Por tanto, dicho elemento de voluntariedad se encuentra referido únicamente a la mujer, para que el mismo sea efectivo.

## 6. LA DOTE

Durante la Época Clásica predominó en el matrimonio la estricta separación de patrimonios entre los cónyuges, es por ello que los romanos fueron prudentes y conscientes de que necesitaban un modelo de *régimen económico matrimonial* capaz de crear un patrimonio común. Para ello se hizo necesario instaurar una serie de normas que regularan las relaciones entre los patrimonios individuales de cada uno de los cónyuges.

### 6.1. Concepto y función.

La dote<sup>30</sup> se denomina *dos o res uxoria*, la misma se constituye mediante un *conjunto de bienes que la mujer -u otra persona en su nombre- entrega al marido en propiedad*. Es decir, la mujer romana contribuía al matrimonio no sólo con su aportación personal, sino también económica; es por ello, que la dote se considera desde tiempos remotos una contribución a las cargas del matrimonio, pero también una garantía patrimonial para la mujer en el supuesto de disolución del matrimonio.

Por lo tanto, el sistema dotal se caracteriza por su funcionamiento, puesto que el mismo consiste en que el marido asuma totalmente las cargas económicas tanto de la casa, como de la familia, haciendo frente a éstas con su patrimonio individual. A cambio, éste recibe una aportación patrimonial por parte de la mujer, o más generalmente del *paterfamilias* de ésta; y de esta manera, hacer frente con una mayor facilidad a las cargas familiares, y por ende, mejorar la situación económica de la sociedad conyugal<sup>31</sup>.

Con la dote se adjuntan unos *pactos accesorios* para ilustrar el uso, funcionamiento, sujetos y restitución de la misma. Dichos pactos devienen nulos en caso de apreciar en los mismos intención alguna de perjudicar el matrimonio, el establecimiento de la dote o la situación de la mujer.

---

<sup>30</sup> D. 23, 3, 1 y D. 23, 3, 56. La dote es el conjunto de bienes que la mujer u otra persona por ella, entrega a su marido en propiedad. Se configuró desde sus orígenes como una contribución a las cargas del matrimonio. Además, la misma indicaba la existencia del *honor matrimonii*, es decir, el hecho de guardarse consideración y respeto mutuo.

<sup>31</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J., *Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano*. Lex Nova, S.A. Valladolid, 2009. Págs. 193-194.

En conclusión, en un principio, en la Época arcaica y en el periodo preclásico, la dote se incluye dentro del patrimonio del marido. Sin embargo, conforme transcurre el tiempo, a finales de la Época republicana y en la Época imperial, la misma es considerada como un conjunto de bienes propios de la mujer *res uxoria*<sup>32</sup>, la cual debe restituirse una vez disuelto el matrimonio.

Además, es relevante mencionar que esta última Época se aprecia la legislación justiniana, en el sentido de que se fortalecen los derechos de la mujer, tanto en lo referente al matrimonio, como fuera de él, favoreciendo en gran medida la figura de la restitución de la dote, que estudiamos más adelante<sup>33</sup>.

## 6.2. Clases de dote<sup>34</sup>.

Nos encontramos con diferentes modelos de dote, en función del sujeto que la constituye:

- *Dote profecticia*: Cuando la dote es constituida por la persona que ostenta la potestad sobre la mujer, es decir, *paterfamilias*.
- *Dote adventicia*: Cuando la dote la constituye la propia mujer o cualquier otra persona en su lugar, distinta del *paterfamilias*; esto es, una tercera persona, pariente o no.
- *Dote recepticia*: Lo relevante en este caso no es quién la constituye, sino en la forma en la que lo realiza. Es decir, la persona que constituye la dote debe asegurar mediante condición la restitución en caso de disolución del matrimonio, reservándose por tanto el derecho de restitución de la misma.

## 6.3. Restitución de la dote tras la disolución del matrimonio.

En primer lugar, cabe mencionar que la restitución de la dote se lleva a cabo mediante la disolución del matrimonio, tanto por muerte, como por divorcio.

---

<sup>32</sup> GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil*. Barcelona, 1982. Págs. 43 y ss.

<sup>33</sup> ANDRÉS SANTOS, F.J., *Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas*. Segunda Edición Lex Nova, S.A. Valladolid, 2013. Págs. 922-925.

<sup>34</sup> VELEZ PÉREZ, F., *Derecho Romano: La dote*. De 13 de Junio de 2006 (Consultado el 23 de Abril del 2018). Disponible en: <http://derecho-romano.blogspot.com.es/2006/06/la-dote.html>.

Una vez disuelto el matrimonio, la mujer poseía la *actio rei uxoriae*, mediante la cual se exige la restitución del patrimonio entregado al marido en concepto de dote. Ésta la adquirió el marido en calidad de propietario en su momento, y ahora la mujer no la restituye en calidad de propietaria, sino de acreedora; en el sentido de que, su crédito ocupa una posición privilegiada respecto a los demás acreedores del marido.

En este aspecto, el jurista Javoleno requiere que los pactos accesorios a la dote – mencionados con anterioridad-, en lo referente a la restitución de la misma, se realicen entre todas las personas que puedan exigir su devolución. Teniendo en cuenta el tipo de persona a la que nos encontramos, esto es, *sui iuris* o *alieni iuris*<sup>35</sup>.

En cuanto a los *efectos* de la *actio rei uxoriae*, al marido le corresponde devolver la dote a su mujer; sin embargo, el patrimonio de aquel no podía verse perjudicado de acuerdo con el *beneficium competentiae*<sup>36</sup>. De este modo, el marido podría deducir de la dote una serie de gastos familiares.

---

<sup>35</sup> D. 23, 4, 1, 1 (Javoleno, Doctrina de Cassio, Libro IV).

<sup>36</sup> IGLESIAS, J., *Instituciones de Derecho privado romano*. Madrid, 1982. Pág. 573.

---

## CAPÍTULO II. EL DIVORCIO ROMANO

---

### 1. NATURALEZA JURÍDICA

#### 1.1. Concepto<sup>37</sup>.

La disolución del matrimonio romano no requería en aquel entonces una forma legal. Es decir, sólo era necesario notificar el cese de la *affectio maritalis*, ya fuera verbalmente, mediante carta o mensajero. En este sentido, se aprecia una especial dificultad a la hora de determinar si nos encontramos ante un divorcio o un mero desacuerdo entre los cónyuges.

El divorcio constituye un acto de derecho privado que se encuentra sujeto al ámbito de la familia romana, y por consiguiente, regulado por las normas de la misma, conforme al derecho consuetudinario. En este sentido, cabe mencionar que la relación matrimonial se constituía mediante dos requisitos; por un lado, que se diera una *convivencia* real, y por otro lado, la *voluntad* continuada de los cónyuges de seguir siendo marido y mujer. Por tanto, cuando desaparece éste último requisito y cesa la misma, se procede a la disolución del matrimonio.

#### 1.2. Fundamento jurídico<sup>38</sup>.

En cuanto a la licitud del divorcio romano, se fundamenta en la oportunidad de que éste pueda disolverse, y en que se encuentra expuesto en las normas del derecho consuetudinario, como derecho no escrito.

Por otro lado, nos encontramos con la idea de apreciar el divorcio como un *negocio jurídico*, puesto que éstos son actos jurídicos integrados por una o varias declaraciones de voluntad privadas, que el derecho admite como base para la producción de efectos jurídicos. Lo cual encaja en nuestro concepto de divorcio, ya que el mismo se apoya en la voluntad de los cónyuges.

---

<sup>37</sup> VAZQUEZ, R., *Consideraciones sobre el divorcio como derecho fundamental*. En: Universidad Complutense, Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez". *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988. Pág. 1682.

<sup>38</sup> VAZQUEZ, R., *Consideraciones sobre el divorcio como derecho fundamental*. En: Universidad Complutense, Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez". *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988. Págs. 1683-1684.

Por lo tanto, la cuestión estriba en cómo ha de expresarse el *consentimiento*. En este sentido, como es sabido, el matrimonio romano requiere de un consentimiento continuo y permanente para la continuación del matrimonio, puesto que si la misma cesa se produce la ruptura del matrimonio, y por ende, se da lugar al divorcio –los cónyuges desisten de la voluntad de seguir siendo marido y mujer-.

## 2. ÉPOCA CLÁSICA

Existe un planteamiento general, y prácticamente admitido, de que el divorcio en el Derecho Romano de la Época Clásica fue *libre*. Lo cual quiere decir, si bien, que no nos encontramos ante una forma perfectamente definida, puesto que el efecto de la disolución del matrimonio no se producía de manera inminente. En este aspecto, implantar una forma para el divorcio, con carácter general, no podía lograrse sin proceder previamente a una nueva regulación del matrimonio<sup>39</sup>.

En cualquier caso, es relevante mencionar que la *concepción jurídica del divorcio romano* se establece en el *Derecho Clásico*. En este sentido, la idea principal a tener en cuenta radica en que la realidad jurídica del matrimonio obedece fundamentalmente a la subsistencia y continuación de la voluntad mutua de los cónyuges. Con lo cual, si la misma cesa, nos encontramos ante la figura del divorcio, y por consiguiente resulta el matrimonio disuelto jurídicamente.

### 2.1. Cesación de la *affectio maritalis*<sup>40</sup>.

Anteriormente, en las Épocas Monárquica y Republicana, nos encontrábamos con la figura del *repudio*, como disolución unilateral del matrimonio, siempre a instancia del marido o el *paterfamilias*.

Por tanto, nos encontramos ante un *divorcio* cuando cesa la voluntad de seguir unidos en matrimonio, siempre y cuando ambos cónyuges lo quieran, o tan sólo uno de ellos.

En cualquier caso, nos encontraremos ante una *cesación de la affectio maritalis*, que conlleva la intención mutua y conjunta<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> GÓMEZ RUIZ, C., *El divorcio y las Leyes augusteas*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1987. Pág. 43.

<sup>40</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 101-121.

Ahora bien, es relevante mencionar que, la disolución del matrimonio varía según el cónyuge que haya tomado la iniciativa. Es decir, cuando la iniciativa sea tomada por el marido, el término correcto es el *repudio* (*repidium*). Sin embargo, cuando la decisión corresponda a la mujer, se aplica el término *divertere*.

Los dos pilares fundamentales del divorcio clásico son la libre disolución del matrimonio, y la repercusión del consentimiento de los cónyuges. Los cuales impiden la admisión de cualquier tipo de acuerdo o pacto entre los particulares, o incluso, impuestos por la autoridad pública.

En cuanto a la *convivencia* en la cesación del matrimonio, nada se menciona al respecto en ningún texto romano; es decir, no podemos suponer que la falta de convivencia disuelve el matrimonio. Sin embargo, de las traducciones de dichos textos se deduce que lo que efectivamente disuelve el matrimonio es la cesación de la *affectio*, entendida como el consentimiento continuo de los cónyuges. Por lo tanto, la separación o el cese de la convivencia jamás será una causa de disolución del vínculo.

Con respecto a la posibilidad de un *nuevo matrimonio*, en la Roma Clásica nos encontramos con que el matrimonio siempre fue monógamo. Si bien, la tipificación del delito de bigamia no surge hasta el periodo postclásico.

En conclusión, conforme deducen los juristas clásicos, la *cesación del consentimiento de los cónyuges de continuar unidos conlleva el divorcio* propiamente dicho. Para ello, ésta debe ser *auténtica*, puesto que requiere determinar que realmente nos encontramos ante una cesación de la voluntad, y por ende, aportar las pruebas pertinentes que verifiquen la misma.

## 2.2. Cesación del *conubium*<sup>42</sup>.

Recordamos que el *conubium* hace referencia a la convivencia matrimonial, y la ausencia del mismo también conlleva la inexistencia del matrimonio romano. Por lo tanto, poco podemos añadir, puesto que la cesación del *conubium* produce –de igual

---

<sup>41</sup> SCHULZ, F., *Derecho romano clásico* (traduc. por Santa Cruz Tejeiro. Barcelona, 1960. Pág. 126. RICCOBONO, S., *L' idea di "humanitas" come fonte di progresso del Diritto*, Studi Biondi, II. Milán, 1965. Págs. 583 y ss. En este sentido, es indiscutible el papel fundamental de la aristocracia romana en la creación del Derecho Clásico.

<sup>42</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 132-133.

forma que la *affectio maritalis*- la disolución del matrimonio y, como resultado, todos efectos que derivan de la misma, los cuales observamos a continuación.

### 2.3. Efectos del divorcio<sup>43</sup>.

En primer lugar conviene distinguir, por un lado, el *efecto originario o general*; y por otro, los *efectos derivados*. El primero hace referencia a la disolución del vínculo conyugal en su totalidad; mientras, el segundo, en cambio, no hace alusión a los efectos del divorcio en sí, sino a los que proceden del mismo, de una forma indirecta o derivada.

#### 2.3.1. Efectos personales.

Los efectos personales los podemos encontrar tanto en *referencia a los cónyuges*, como a los hijos. En el primero de los casos, si nos encontramos ante una mujer divorciada *sui iuris*<sup>44</sup>, es indispensable que la misma esté sujeta a la figura de la *tutela* para la participación en negocios jurídicos civiles.

Sin embargo, en *referencia a los hijos*, en la Época de Augusto se planteaban problemas cuando se trataba de hijos nacidos –o incluso concebidos- tras el divorcio, y más aún si se había contraído un nuevo matrimonio. En este aspecto, dicho hijo adopta la concepción de “extraño” para el marido, y éste, ante la acción de la mujer, ostenta tres opciones: protestar su paternidad (derecho de no reconocerlo); enviar personas para la vigilancia de su mujer; o simplemente, no manifestarse al respecto (obligación de reconocerlo).

Por otro lado, si el marido sospechara una interrupción del embarazo, cabía la posibilidad de comprobar el mismo mediante la imposición de comparecencia de la mujer ante el pretor<sup>45</sup> para que declarase si se encontraba o no embarazada. Si ésta negaba el mismo, inmediatamente se otorgaba orden a las parteras para la comprobación y reconocimiento.

---

<sup>43</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 121-124.

<sup>44</sup> Mujer *sui iuris* es aquella que no se encuentra sometida al mando de otros.

<sup>45</sup> La figura del *pretor* hace referencia a un magistrado romano situado cuya jerarquía se sitúa inmediatamente posterior a la del cónsul (magistrado de más alto rango).

Por último, en lo relativo a la custodia de los hijos, sólo durante la Dinastía de los Antoninos<sup>46</sup> se le concede la misma a la madre mediante la *causa cognita*<sup>47</sup>. Sin embargo, existe un *rescripto de Diocleciano* referente explícitamente al divorcio donde se plasma el poder otorgado al Juez sobre la decisión al respecto, si los hijos debían mantenerse con el padre o la madre.

### 2.3.2. Efectos patrimoniales.

Como hemos mencionado con anterioridad, el instrumento de la *dote* protagoniza un papel muy relevante en el matrimonio romano, puesto que conlleva una contribución de la mujer para solventar las cargas del matrimonio, propiedad del marido –al menos durante la Época Clásica-. Por lo tanto, recordamos que cuando el matrimonio romano se disolvía por el divorcio, la dote debía restituirse a la mujer mediante la *actio reo uxoriae*.

En el Derecho Clásico surge la figura de la *condictio*, la cual consiste en el mero acuerdo de restitución de los bienes que constituyen la dote, en caso de disolución del matrimonio.

En este sentido, las leyes augusteas asientan la regulación definitiva sobre el modo de efectuar la restitución de la dote, fundamentada en dos *principios*:

- “La dote debe serle restituida a la mujer para así proveer al propio mantenimiento y facilitarle también la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio”.
- “Si las partes deseaban una regulación diferente podían acceder a ella mediante estipulación”<sup>48</sup>.

En definitiva, el juez ostentaba el poder de establecer la restitución de la dote basándose en los principios de la buena fe y equidad entre las partes. En algunos supuestos, el juez

---

<sup>46</sup> La *Dinastía de los Antoninos* transcurre en el Imperio Romano durante los años 96 a 192.

<sup>47</sup> La “*causa cognita*” hace referencia al conocimiento previo de los antecedentes o circunstancias de un litigio.

<sup>48</sup> Principios citados textualmente: NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Pág. 123.



otorgaba al marido una parte de los bienes dotales, surgiendo al respecto la figura de *retetiones*<sup>49</sup>.

### 3. ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA

La concepción del divorcio adolece notables cambios y transformaciones en el periodo postclásico. En este sentido, los factores determinantes de ello son, tanto la admisión de la doctrina cristiana y los derechos orientales, como el inconveniente de adaptar el Derecho clásico a todos los miembros del Imperio.

#### 3.1. Tendencia en torno a la restricción de la disolubilidad<sup>50</sup>.

La libertad de disolver el matrimonio conlleva el aumento de su dificultad, puesto que así se deduce en las *constituciones de los emperadores* de la Época Postclásica y Justiniana. Esta legislación separa las bases de la concepción del divorcio clásico entorno a dos *medios fundamentales* que son:

- *La revocación del divorcio por voluntad de uno sólo de los cónyuges*: Esta limitación se lleva a cabo en relación al divorcio unilateral, ya sea por parte del marido, como de la mujer. Puesto que, sólo se produce cuando se dan determinadas y graves causas tasadas por los diferentes emperadores.
- *Prohibición del divorcio por mutuo consentimiento*: En este sentido, destacamos la voluntad recíproca de los cónyuges en cuanto a la realización del divorcio.

##### 3.1.1. Sistema de justas causas.

El sistema de justas causas tuvo como consecuencia una *profunda evolución de la concepción del divorcio por los emperadores cristianos* que analizamos a continuación.

##### A) Constantino I.

Los cambios incluidos por la nueva legislación hacen referencia a la *reducción de la libertad* de optar por el divorcio, y a la fuerte *intromisión de los poderes públicos* en la esfera privada del individuo.

---

<sup>49</sup> Se presume que la *lex Iulia* habilita al marido a retener parte de la dote.

<sup>50</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 148-156.

Sin embargo, el divorcio convenido por ambos cónyuges continúa siendo libre, y el quebrantamiento de las disposiciones legales sobre el divorcio unilateral no conlleva la realización de un nuevo matrimonio.

La legislación de Constantino I no se mantuvo vigente mucho tiempo, puesto que Juliano –apóstata del cristianismo- procede a su *derogación* en el año 363, restaurando la clásica libertad de disolución del vínculo conyugal.

#### *B) Honorio II y Constantino II.*

Durante el año 421, estos emperadores persisten en la exigencia de unas *causas concretas y definidas del divorcio*. En este sentido, se distinguen diferentes *presunciones* según se trate de la mujer o el marido que analizamos a continuación.

En cuanto a la *mujer*, podemos distinguir las siguientes presunciones:

- Si *prueba causas graves* por parte de su marido, se le concede el *repudio*. Sin embargo, no podrá contraer matrimonio de nuevo hasta transcurridos cinco años desde el divorcio.
- Si *repudia* al marido, y éste es admitido, se produce como consecuencia la pérdida de la dote y de la donación nupcial. Además, se le otorga al marido el poder de acusar a la mujer de adulterio.
- Si *repudia sin probar causa grave*, además de perder la dote y la donación nupcial, no puede volver a contraer matrimonio.

Sin embargo, en lo referente al *marido* se observan las siguientes presunciones:

- Si *repudia* a la mujer que cometa una *causa grave*, el marido conserva la dote y la donación nupcial. Y aparte, ostenta la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio.
- Si *repudia* a la mujer y *prueba causa leve*, restablece su donación nupcial y puede contraer un nuevo matrimonio transcurridos dos años desde el divorcio.

- Si *repudia* a la mujer de forma injusta<sup>51</sup>, además de perder la dote y la donación nupcial, el marido será condenado al celibato<sup>52</sup> perpetuo. Por otro lado, la mujer en este caso tiene la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, transcurridos dos años desde el divorcio.

En definitiva, observamos que la *legislación de Honorio II y Constantino II avanza hacia la restricción de la disolubilidad*. En este sentido, se aprecia una *notoria desigualdad entre el régimen que se le otorga al hombre y el que se le otorga a la mujer*. En este sentido, apreciamos un claro *privilegio en el hombre frente a la mujer*, pues observamos un trato absolutamente desigual que nos evidencia la situación de la mujer en dicha época.

### C) Teodosio II y Valentiano III.

Dichos emperadores aprecian las restricciones impuestas con anterioridad como *exorbitantes*. Por lo que, en el año 439, en base a su legislación, disponen lo siguiente:

- Mantienen en vigor el *sistema de justas causas*, pero además lo *aumentan* de forma notable.
- En lo referente a las *penas*, éstas se *moderan* y además se dotan de un contenido *patrimonial*, a excepción de la prohibición exigida a la mujer sobre no contraer un nuevo matrimonio hasta transcurridos cinco años desde que se produce el divorcio. Y se *suprime* la obligación legal de *celibato perpetuo*.
- Como novedad, se introduce por primera vez la *igualdad –parcial- entre el marido y la mujer en lo relativo al adulterio*. Puesto que, cuando éste se produce por parte del marido, la mujer ostenta una justa causa para divorciarse. Conviene resaltar a este acontecimiento en el cual se aproximan los derechos entre ambos cónyuges.

---

<sup>51</sup> Situación personal del cónyuge injustamente repudiado.

<sup>52</sup> *Celibato* hace referencia al estado de soltero, dicho término proviene del latín (*caelebs-libis*).

- La Ley tiende a dificultar el divorcio como consecuencia de su fundamento en el *favor liberorum*<sup>53</sup>. En este sentido, en caso de divorcio, los hijos tienen la posibilidad de adquirir ventajas patrimoniales.

#### D) Justiniano.

La *restauración íntegra y final de las justas causas* la lleva a cabo Justiniano, mediante una legislación en la cual es conveniente distinguir por un lado, el *Digesto* y el *Código*, y por otro lado las *Novelas* –donde observamos con mayor claridad el nuevo cristianismo–, según indica el autor Biondi<sup>54</sup>.

En el *Código*, Justiniano reúne todas las justas causas del divorcio implantadas por los emperadores Teodosio II y Valentiano III en el año 449, y además añade la causa de “*impotencia del marido*” a la constitución del año 528.

Por otro lado, se incorpora el *aborto* y lo que denominan “*desenfrenada lujuria*” de la *mujer* en una Ley del año 533. Un año después, Justiniano excluye la facultad de obtención de la dote o donaciones nupciales por los hijos de un matrimonio disuelto mediante el divorcio.

En cuanto a las *Novelas*, nos encontramos con las siguientes *presunciones*:

- *Acuerdo entre ambos cónyuges.*
- *Causa justa o razonable.*
- *Sin causa alguna.*
- *Causa no aplicable a ninguno de los cónyuges.*

La definitiva clasificación de las causas elaborada por Justiniano la encontramos en la *Novela 117 del año 542*. En la cual, el marido ostenta la facultad de *repudiar a su mujer* en los siguientes *supuestos*:

---

<sup>53</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Mujeres romanas, filiación y divorcio. Del deber de procrear al Favor Liberorum. (Sobre la perdurabilidad de un derecho injusto)*. En el Derecho y la Justicia. España, 2017. Págs. 419 a 442.

<sup>54</sup> BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano*, III. Milán, 1952. Pág. 180.

- La mujer conoce de la existencia de una conspiración contra el Imperio y no se lo desvela a su marido (Nov. 117,8,2).
- El adulterio por parte de la mujer queda probado (Nov. 117,8,3).
- La mujer delinque contra la vida de su marido (Nov. 117,8,3).
- La mujer asiste a servicios públicos con desconocidos, siempre y cuando el marido no tenga conocimiento de ello, lo realice a sabiendas de la prohibición de éste (Nov. 117,8,4).
- La mujer reside fuera del domicilio conyugal, salvo que habite con sus padres (Nov. 117,8,5).
- La mujer asiste a espectáculos concretos en contra de la voluntad de su marido o prescindiendo de la misma (Nov. 117,8,6).

Por otro lado, como gran aportación novedosa por parte de Justiniano observamos que *la mujer podía repudiar a su marido* en los siguientes *casos*:

- El marido conoce de la existencia de una conspiración contra el Imperio o es él mismo quien realiza dicha conspiración, y no se lo desvela a su mujer (Nov. 117,9,1).
- El marido *trata de delinquir contra la vida de su mujer*, o incluso tiene conocimiento de que otros tienen la intención de hacerlo y no la advierte (Nov. 117,9,2)<sup>55</sup>.
- El marido *atenta contra la pureza de la mujer* (Nov. 117,9,3)<sup>56</sup>.
- El marido acusa falsamente a su mujer de adulterio (Nov. 117,9,4).
- El marido que traslada a vivir al hogar conyugal a otra mujer o la visita fuera de él –en la misma ciudad-, y continúa con dicha actitud tras haber sido advertido por los padres u otras personas dignas (Nov. 117,9,5).

---

<sup>55</sup> Observamos un indicio de de tipificación sobre la *violencia de género*, basada en una causa sobre repudio al marido.

<sup>56</sup> Clara referencia a la *violencia de género*, concretándose la misma en los abusos y agresiones sexuales del marido a la mujer, y consecuente causa de repudio de aquél.

En todos estos casos que hemos mencionado, se obtenía una *verdadera disolución del matrimonio*. Se observa una clara *discriminación en el trato de la mujer*, ya que normalmente se la culpaba de querer vivir de forma indecente. Dicha discriminación se resuelve en la *Novela 127,4 del año 548*, mediante la cual se sanciona el principio de que si se trata de un mismo delito –indistintamente cometido por la mujer o el marido–, debe acompañarle la misma pena. De esta manera, se pretende lograr la *igualdad y equiparación en el repudio*, tanto si se trata del hombre como de la mujer, lo cual se plasma en la *Novela 134,11 del año 556*. Ésta última novela dispone que si se repudia fuera de los casos enumerados con anterioridad, el hombre o la mujer deberán ser recluidos en un monasterio, perdiendo de esta manera todo su patrimonio a favor de los hijos, o incluso a favor del propio monasterio –en el supuesto caso de que no hubiera hijos o ascendencia–.

### 3.1.2. *Divortium bona gratia*.

En la etapa de Justiniano se contempla un tipo de divorcio unilateral considerado lícito, el cual recibe la denominación *divortium bona gratia*. Éste se manifiesta en los siguientes supuestos:

- Uno de los cónyuges se incorpora a la vida monástica (Nov. 22,5).
- La impotencia del marido durante un periodo de tres años, a contar desde la fecha en que se contrajo matrimonio (Nov. 22,6).
- La sumisión de un cónyuge, cuando transcurridos cinco años se desconoce su supervivencia (Nov. 22,7).
- La esclavitud sobrevenida de alguno de los cónyuges (Nov. 22,9).
- A favor de la mujer, en el caso de ausencia del marido, siempre y cuando hayan transcurrido diez años en los cuales se desconozca la voluntad sobre la continuidad del matrimonio (Nov. 22,14).

### 3.2. El cambio en la concepción del divorcio<sup>57</sup>.

En definitiva, se produce un cambio drástico y absoluto, puesto que en la *Época Clásica*, definíamos el divorcio como la *cesación del consentimiento* de uno o ambos cónyuges. Sin embargo, en la Etapa Postclásica y Justiniana nos encontramos con lo siguiente:

- *No cabe la cesación del consentimiento*, puesto que se produce una separación entre los momentos iniciales y finales del matrimonio. Y el momento final se manifiesta como consecuencia de un nuevo consentimiento.
- Este nuevo consentimiento no conlleva el divorcio, sino que se declara como *causa* del mismo. El divorcio es la *ruptura* y consiguiente *disolución del vínculo* conyugal.
- No es indiferente quien otorga el consentimiento, puesto que se despliega el *sistema de las justas causas* al respecto. Si el divorcio es otorgado por ambos cónyuges, es porque el mismo se produce por mutuo acuerdo –consentimiento– entre ambos.

---

<sup>57</sup> NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca, 1988. Págs. 157-164.

## CAPÍTULO III. EL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL FRENTE AL “DIVORCE IN ENGLAND AND WELSH”

---

### 1. EL DIVORCIO EN ESPAÑA

La cultura romana es pilar fundamental en la cultura moderna de Occidente, sin embargo es curioso observar que muchos hábitos y tradiciones subsisten actualmente. Puesto que, en nuestra sociedad aún se sostiene el grupo doméstico diseñado por los romanos denominado *familia*. Dicha institución la encontramos vinculada a la del *matrimonio*, que a día de hoy continúa determinándose por la unión legítima entre dos cónyuges.

#### 1.1. Del matrimonio romano al matrimonio actual<sup>58</sup>.

En primer lugar, conviene hacer referencia al período final del Derecho Romano, haciendo alusión a la Novela 22 del año 536, promulgada por el Emperador Justiniano. Ésta manifiesta en su capítulo tercero que el *matrimonio romano* consiste en una relación humana constituida por la voluntad de los cónyuges, para permanecer unidos y reconocidos como marido y mujer. También se contempla al respecto la *disolubilidad*, ya que cualquier vínculo entre hombres podría disolverse.

En este sentido, Justiniano era consciente que durante su periodo se produjo una total transformación que tuvo como consecuencia la transición entre la Edad Antigua y la Edad Media. El *matrimonio* como institución estuvo sometido a muchas reformas que constituyeron la gran trascendencia de la misma para el Estado. Al respecto, se introducen cambios que resultan tan sorprendentes como desconcertantes, ya que la intención en ese entonces, era la de imponer la indisolubilidad del matrimonio.

Por otro lado, el *matrimonio español*, en cuanto al vínculo jurídico, se constituye mediante el consentimiento que prestan los contrayentes, junto con el riguroso cumplimiento de determinadas formalidades. Y es a partir de este momento, cuando el vínculo conyugal subsiste con independencia de la voluntad de los cónyuges. Si éstos

---

<sup>58</sup> CATALÁ RUBIO, S., *Evolución del Derecho de Familia en Occidente: Del matrimonio romano al matrimonio actual*. Por ORERO REVERT, J.A. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2006. Págs. 49-74.



desean proceder a su disolución, es imprescindible la declaración de uno, o incluso de ambos sujetos, en la cual manifiesten su intención de finalizar con la relación, es decir, mediante el *divorcio*. Para que éste sea válido, se requiere que se obtenga mediante sentencia judicial.

Por último, conviene resaltar que se cumplen trece años de *matrimonio igualitario en España*. En este sentido, el *matrimonio entre personas del mismo sexo con plenitud de igualdad*, entra en vigor en nuestro ordenamiento jurídico español en julio del 2005, transformando a España en el cuarto país del mundo que ratifica este tipo de uniones.

### **1.2. Las causas de disolución del matrimonio<sup>59</sup>.**

Según lo dispuesto en el artículo 85<sup>60</sup> del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante Código Civil): “*El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*”. Por tanto, son tres las causas de disolución del matrimonio civil: la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio.

La alusión a la *forma* es un medio de aclaración para que aquellas personas que hayan contraído matrimonio canónico, tengan constancia de que pueden divorciarse civilmente, a pesar de lo dispuesto por la doctrina de la Iglesia Católica<sup>61</sup> en lo referente a la indisolubilidad del matrimonio. Lo cual quiere decir que cesan sus efectos civiles, es decir, ante el Estado es como si no estuvieran casados. Sin embargo, ante el Derecho de la Iglesia Católica siguen estando casados, y por ende, no pueden volver a contraer un nuevo matrimonio canónico.

### **1.3. El divorcio: concepto y tipos<sup>62</sup>.**

El ordenamiento jurídico español define el divorcio como la *disolución del matrimonio civil decretada judicialmente de ambos cónyuges, a petición de uno de ellos, o de ambos*. El término *divorcio* ha sufrido importantes modificaciones con el transcurso del tiempo, puesto que nos hemos encontrado con el *divorcio no vincular* o separación –no

---

<sup>59</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Pág. 175.

<sup>60</sup> Redacción en vigor desde el año 1981.

<sup>61</sup> Hasta aquí todo lo relativo al *matrimonio canónico*.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Págs. 176-178.

desaparece el vínculo matrimonial- y el *divorcio vincular* –extingue el vínculo matrimonial-. En la actualidad, el divorcio conlleva la extinción del matrimonio.

Hasta la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria<sup>63</sup>, el *divorcio* era *judicial*, correspondía al Juez civil competente en la materia decretar el mismo. Sin embargo, tras la mencionada reforma, hemos admitido en nuestro derecho el *divorcio notarial* -mediante el cual los cónyuges manifiestan su acuerdo en escritura pública, y en los casos legalmente previstos-. Asimismo, se admite el *divorcio decretado por el Letrado de la Administración de Justicia*.

### 1.3.1. La introducción del divorcio.

La inclusión del *divorcio* en nuestra cultura jurídica la encontramos en la Reforma protestante, cuando se reduce el factor religioso en la conservación de la indisolubilidad del matrimonio. Recordamos que en el Derecho Romano se aceptaba tanto el divorcio como el repudio, lo cual *nos impide valorar su sistema de divorcio como un antecedente del Derecho vigente*.

En la evolución de admisión y extensión del divorcio tiene especial relevancia la percepción del matrimonio como un *contrato* y la ideología de la *voluntad*, tanto para el nacimiento del matrimonio, como para la cesación del mismo. La aceptación del divorcio es fruto del principio *individualista*, en el sentido de que la voluntad del individuo es propietaria del matrimonio, tanto para decretar su existencia, como para producir su disolución.

### 1.3.2. Tipología del divorcio.

A pesar de la limitada aceptación por los reformadores protestantes, se han originado diferentes tipos de divorcio, en base a las obligaciones legales de su admisión. De tal manera que nos encontramos con los siguientes:

- ***Divorcio-sanción:*** La ruptura del vínculo matrimonial se alega en causas determinadas, relacionadas con el incumplimiento grave de obligaciones matrimoniales por uno de los cónyuges, tales como la fidelidad.

---

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria: Artículo 1: Objeto y ámbito de aplicación*. Ed: Thomson Reuters. Navarra, 2016.

- *Divorcio-remedio o divorcio-ruptura*: Se presenta el divorcio como un medio de solución -remedio- a una situación de ruptura irremediable. Se trata del sistema introducido en el Derecho español durante la reforma del año 1981.
- *Divorcio por mutuo consentimiento*: Surge como consecuencia del acuerdo de voluntades entre ambos cónyuges de proceder al divorcio, sin necesidad de alegar causa alguna.
- *Divorcio-repudio*: O divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges, tras la reforma del 2005 se le concede a ambos cónyuges.

### 1.3.3. Evolución en el Derecho Español.

El Derecho civil español concede la facultad del *divorcio* a partir de la *Segunda República*, junto con el *artículo 43 de la Constitución Española de 1931*, y posteriormente la Ley de 2 de Marzo de 1932. De esta manera, se asentaron dos tipos de divorcio: el divorcio por mutuo disenso y el divorcio resultado de alguna de las causas legalmente previstas. En este sentido, ni si quiera en la Ley de Matrimonio Civil del año 1870 se contemplaba la disolución del matrimonio civil mediante el divorcio.

Posteriormente, la Ley de 2 de Marzo de 1932 fue derogada en el año 1939, como consecuencia de la indisolubilidad del matrimonio, la cual logra obtener el rango de ley fundamental, tras quedar plasmada en el artículo 22 del Fuero de los Españoles de 1945, estableciendo lo siguiente: “*El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble. El Estado protegerá especialmente a las familias numerosas*”.

## 1.4. La vigente regulación del divorcio<sup>64</sup>.

### 1.4.1. Los motivos de la reforma de 2005.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se fundamenta en *dos motivos* para alegar dicha reforma:

- La insuficiencia y perturbación de la regulación vigente desde el año 1981.

---

<sup>64</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Págs. 179-184.

- El impedimento de disolver el matrimonio, como consecuencia del deber de continuar en el mismo en contra de su voluntad.

#### 1.4.2. Régimen del divorcio.

El artículo 86<sup>65</sup> del Código Civil, en cuanto a la opción de la separación, dispone lo siguiente: *“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”*.

Sin embargo, el art. 87 del Código Civil, tras la nueva redacción otorgada por la Ley 15/2015, establece lo siguiente: *“Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio”*. Del mismo, deducimos las siguientes conclusiones al respecto:

- No se exige concurrencia de causa alguna para solicitar el divorcio.
- Ha de ser acordado mediante sentencia judicial.
- Es preceptivo adjuntar el convenio regulador junto a la demanda o solicitud de divorcio de mutuo acuerdo.
- Es necesario que haya transcurrido un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, para solicitar el divorcio. Excepto, cuando nos encontramos ante una demanda ejercitada por uno sólo de los cónyuges y alegando que *“(…) se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”*, de acuerdo con el artículo 81.2 del Código Civil (como remisión del artículo 85 del Código Civil).

---

<sup>65</sup> Redacción en vigor desde la reforma del 2005.

- Si nos encontramos ante un divorcio judicial, de acuerdo con los requisitos legales para ello, el *Juez civil* competente debe decretar el mismo, tanto si es de mutuo acuerdo entre los cónyuges, como si lo requiere uno sólo de ellos. Y lo mismo sucede con el *Notario* o el *Letrado de la Administración de Justicia*.

En cuanto a la *sentencia*, atendemos a lo dispuesto en el art. 89 del Código Civil: “*Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil*”.

Cabe la *reconciliación* entre los cónyuges, siempre y cuando se produzca *antes de dictarse la sentencia judicial de divorcio*, según establece el artículo 84 del Código Civil. En cuyo caso, *la acción de divorcio se extingue* con base en lo dispuesto en el artículo 88 del Código Civil –y también por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges–.

### **1.5. La disolución del régimen económico matrimonial<sup>66</sup>**

El Código Civil regula en su Capítulo IX con la rúbrica “*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*” –del Título IV “*Del matrimonio*”, del Libro I “*De las personas*”– el régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. En este sentido, cabe mencionar que haremos alusión exclusivamente al régimen del divorcio, puesto que es el tema que nos concierne.

Al respecto, el primer párrafo del art. 95 del Código Civil establece lo siguiente: “*La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto*”. En relación al presente artículo, deducimos del mismo el *efecto de la sentencia de divorcio* en su ámbito patrimonial, así como el cese de la convivencia personal de ambos cónyuges.

---

<sup>66</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Págs. 197-199.

Tras la extinción del régimen económico matrimonial, se aplica lo dispuesto en el *convenio regulador*, tanto en su aspecto patrimonial como personal, acordado por los cónyuges. En caso de que no se aportara convenio regulador alguno, es el Juez quien debe determinar las consecuencias de la extinción del régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta la existencia o no de hijos, así como su derecho a cuidado y alimentos que éstos requieran.

De la redacción del mencionado artículo 95 del Código Civil, deducimos que hace principalmente referencia al régimen de gananciales, puesto que es el que disuelve y liquida el matrimonio de forma más contundente. En este sentido, conviene advertir que existen *tres tipos de régimen económico matrimonial* que estudiamos individualmente a continuación.

#### 1.5.1. Sociedad de gananciales<sup>67</sup>.

##### A) Configuración legal.

En *ausencia de capitulaciones matrimoniales*, o *ineficacia* de las mismas, el matrimonio queda sujeto al régimen de sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil. De acuerdo con el art. 1344 del Código Civil: “*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*”.

Del mismo se deducen las siguientes *consecuencias*:

- Que se hacen comunes los bienes que derivan de ganancias o beneficios, denominados *bienes gananciales*, que analizamos más adelante.
- Los bienes gananciales son comunes en el sentido de que constituyen una *masa patrimonial* (patrimonio común) que forma parte de ambos cónyuges.
- La masa patrimonial común se adhiere a una serie de *reglas especiales* de responsabilidad, administración, gestión, disposición, disolución y liquidación.

---

<sup>67</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Págs. 249-294.

- Nos encontramos con *tres masas patrimoniales*: el patrimonio común y los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, los cuales se relacionan entre sí.
- Cuando finaliza el régimen de gananciales y se procede a la división del patrimonio común entre ambos cónyuges, debe tenerse en cuenta en el proceso de *liquidación* el pago de las deudas pendientes, así como los reembolsos y reintegros producidos entre los patrimonios. Sólo después de esta liquidación se procede al reparto de los bienes restantes.

En este sentido, conviene distinguir el término *ganancias* –se producen únicamente tras la liquidación del régimen- del concepto de *bienes gananciales* –los que se convierten en comunes durante el tiempo que se encuentra en vigor el régimen-.

*B) Bienes privativos y bienes gananciales.*

Los *bienes privativos* son aquellos que pertenecen a cada uno de los cónyuges de forma personal y particular. Se encuentran detallados en el art. 1346 del Código Civil: “*Son privativos de cada uno de los cónyuges:*

1. *Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.*
2. *Los que adquiriera después por título gratuito.*
3. *Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.*
4. *Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.*
5. *Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos.*
6. *El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.*
7. *Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.*
8. *Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común (...)*”.

Por el contrario, los *bienes gananciales* son aquellos pertenecientes a ambos cónyuges conjuntamente. Los mismos se encuentran expuestos en el art. 1347 del Código Civil:

*“Son bienes gananciales:*

- 1. Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.*
- 2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*
- 3. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.*
- 4. Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.*
- 5. Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354”.*

#### *C) Disolución y liquidación.*

En cuanto a la *disolución de la sociedad de gananciales*, la misma la encontramos regulada en los arts. 1392 y 1393 del Código Civil, ambos recogen todas las causas de extinción de la sociedad de gananciales, las cuales pueden intervenir de forma automática, o con requerimiento de petición de uno de los cónyuges e incluso resolución judicial.

A) Son causas de extinción *automática* de la sociedad de gananciales, las redactadas en el art. 1392 del Código Civil: *“La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:*

- 1. Cuando se disuelva el matrimonio (divorcio, y fallecimiento o declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges).*
- 2. Cuando sea declarado nulo.*
- 3. Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges.*



4. *Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”.*

B) Son causas de extinción de la sociedad de gananciales con *necesidad de petición de uno de los cónyuges y resolución judicial*, las enumeradas en el art. 1393 del Código Civil: *“También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:*

1. *Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.*

*Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.*

2. *Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.*
3. *Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.*
4. *Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.*

*En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código”.*

En cuanto a la *liquidación de la sociedad de gananciales*, establece el art. 1396 del Código Civil al respecto lo siguiente: *“Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad”*. La liquidación abarca todo un conjunto de actuaciones reguladas en los *artículos 1397 a 1409 del Código Civil* sobre el inventario, pago de deudas, indemnizaciones y reintegros y división y adjudicación del haber resultante entre los cónyuges.

En lo no previsto en dichos artículos, se aplicarán de forma supletoria las reglas sobre participación y liquidación de la herencia (artículo 1410 del Código Civil).

### 1.5.2. Régimen de separación de bienes<sup>68</sup>.

En el régimen de separación de bienes *cada uno de los cónyuges adquiere, individualmente y de forma particular, sus ingresos y rentas. De esta manera, los administra y gasta cada uno libremente*, sin perjuicio de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Este régimen económico de separación de bienes, se encuentra contemplado en los *artículos 1435 a 1444 del Código Civil*. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1435 del Código Civil: *“Existirá entre los cónyuges separación de bienes.*

1. *Cuando así lo hubiesen convenido.*
2. *Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes.*
3. *Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”.*

Del *artículo 1437 del Código Civil* se deduce, en primer lugar, las *titularidades separadas* de ambos cónyuges en cuanto a su patrimonio; y por otro lado, en cuanto a la *gestión de los bienes propios*, cada uno obtiene por sí sus ingresos y rentas, por tanto administra libremente sus bienes y pueden disponer de ellos sin necesidad de contar con la autorización del otro.

Por último, en cuanto a la *extinción* del régimen de separación de bienes, la misma puede darse no sólo como consecuencia de la disolución del matrimonio, sino también mediante pacto –acuerdo- de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales.

---

<sup>68</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Págs. 295-303.

### 1.5.3. Régimen de participación<sup>69</sup>.

El sistema de régimen de participación encuentra sus antecedentes en el Derecho alemán y francés. En este sentido, cabe mencionar que se trata de un régimen económico matrimonial de carácter convencional, puesto que en la práctica a penas ha tenido aplicación.

Dicho régimen se encuentra regulado en los *arts. 1411 a 1434 del Código Civil*, el mismo se caracteriza por actuar de igual forma que el régimen de separación de bienes, pero auxiliando a cada cónyuge, una vez extinguido el régimen, ejerciendo el derecho a tomar parte en las ganancias que haya obtenido el otro. Puesto que así se deduce del art. 1411 del Código Civil: *“En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”*<sup>70</sup>.

En relación con el régimen de participación, establece el art. 1413 del Código Civil, que en lo no previsto en dichos artículos, se aplican de forma supletoria las normas referidas al régimen de separación de bienes.

En cuanto a la *extinción* del régimen de participación, el art. 1415 del Código Civil, de nuevo nos remite a las normas previstas para el régimen de sociedad de gananciales (arts. 1.394 y 1395 del Código Civil).

### 1.6. La obligación legal de alimentos<sup>71</sup>.

Los *alimentos* engloban todos aquellos recursos necesarios para la subsistencia de una persona. Por lo tanto, no sólo se trata de la alimentación en sentido propio, sino además todo lo que abarca la vida en general, como por ejemplo la educación.

Del artículo 142 del Código Civil se desprende el *derecho de alimentos entre parientes* cuando establece lo siguiente: *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

---

<sup>69</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016. Págs. 303-308.

<sup>70</sup> Redacción vigente del año 1981.

<sup>71</sup> Artículos 142 a 153 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Última actualización publicada el 29/06/2017).

*Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

*Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.*

Puesto que la cuestión que nos concierne es la pensión de alimentos a los menores de edad una vez disuelto el matrimonio, la misma se establece mediante el convenio o cuantía en sentencia. No obstante, el problema surge a la hora de determinar *cuándo se extingue* dicha pensión. En este sentido, conviene de nuevo remitirnos al artículo 142 del Código Civil, puesto que del mismo se deduce que aunque los hijos alcancen la mayoría de edad, la obligación de prestar alimentos permanece, siempre y cuando el hijo no haya completado su formación por *“causa que no le sea imputable”*.

Finalmente, la obligación de prestación de alimentos cesará cuando el hijo mayor de edad logre la *independencia económica*.

## **2. EL DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES<sup>72</sup>**

Por lo que se refiere a Inglaterra, conviene resaltar que en el último siglo se ha desvinculado progresivamente a la mujer de la tradicional sujeción jurídica respecto al marido<sup>73</sup>.

El *régimen económico matrimonial* propiamente dicho *no existe en Inglaterra*, al menos en la forma en que nosotros lo concebimos en el ordenamiento jurídico español. Conviene advertir al respecto, que se encuentran diversas normas que regulan determinados aspectos patrimoniales, pero no observamos un régimen económico patrimonial. Es decir, el simple hecho de contraer matrimonio, así como el transcurso del mismo, no conlleva consecuencias patrimoniales.

Por lo tanto, Inglaterra y Gales están sometidos a la jurisdicción de derecho común, y por ende, no encontramos un Código Civil ni un régimen económico patrimonial propio.

---

<sup>72</sup> Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *Divorcio: Inglaterra y Gales*. Última actualización: 09/12/2015. (Consultado el 25 de Junio del 2018). Disponible en: [https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-ew-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ew-es.do)

<sup>73</sup> GALGANO, F., *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Ed: Fundación Cultural del Notario. Madrid, 2000. Pág. 314.

## 2.1. Requisitos para obtener el divorcio.

Tan sólo es necesario para obtener el divorcio *haber residido en el país durante seis meses*, independientemente de la nacionalidad que ostenten los cónyuges al respecto, o el lugar donde llevaran a cabo dicho enlace, e incluso es indiferente el domicilio conyugal<sup>74</sup>.

El primero de los trámites que deben llevarse a cabo para iniciar el proceso de divorcio en Inglaterra y Gales, consiste en que uno de los cónyuges debe presentar una *demand*a por *escrito* ante el tribunal correspondiente. En este caso, ostenta la competencia el *Family Court*<sup>75</sup>, por lo que la demanda de divorcio debe interponerse ante el mismo. En este sentido, el cónyuge demandante debe evidenciar que el matrimonio se ha terminado de manera irreparable, aportando las *pruebas* pertinentes para ello; se trata de una clara manifestación de la *affectio maritalis* propia de la tradición romanística, en cuyo caso se produce la cesación de la misma.

Como *límite temporal* para presentar una demanda de divorcio, nos encontramos con que debe haber transcurrido, al menos, *un año* desde la fecha en que se contrajo matrimonio. Sin embargo, cabe la posibilidad de presentar una demanda de anulación del matrimonio en cualquier momento. Por lo tanto, las pruebas que deben adjuntarse a la demanda de divorcio, deben haber acaecido durante ese año de matrimonio<sup>76</sup>.

## 2.2. Causas de divorcio.

La exclusiva causa mediante la cual puede concederse el divorcio es la *ruptura irreparable del matrimonio*. Para acreditar la misma, se requiere la presentación de pruebas de alguno de los siguientes *hechos* conyugales:

- Cometer *adulterio* con una persona del sexo opuesto<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Colegio de Abogados de Málaga (icamalaga.es). *El régimen económico matrimonial inglés*. Fecha: 4 de Abril del 2014. (Consultado el 22 de Junio del 2018). Disponible en: <http://www.icamalaga-blog.com/2014/04/el-regimen-economico-matrimonial-ingles.html>

<sup>75</sup> Juzgado de Familia.

<sup>76</sup> Desde marzo del 2014, Inglaterra y Gales se suman a la **legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo**, puesto que los mismos pueden contraer matrimonio, y consecuentemente, *iniciar un proceso de divorcio* con los mismos derechos y en las mismas condiciones. No obstante, lo que se venía haciendo desde el año 2005, era formalizar la relación entre parejas del mismo sexo mediante el registro de la unión civil.

<sup>77</sup> Como podemos observar se trata de una causa totalmente paradójica, puesto que entendida a *sensu contrario*, el adulterio cometido con una persona del mismo sexo no se considera causa de divorcio.

- Mostrar una *conducta poco razonable*, lo cual conlleva como consecuencia la imposibilidad de convivencia.
- *Abandonar la vivienda familiar durante un período de dos años*, anteriores a la presentación de la demanda de divorcio.
- *Separación de ambas partes durante un período de dos años*, anteriores a la presentación de la demanda. En este supuesto es preceptivo el consentimiento de la otra parte.
- *Separación de ambas partes durante un período de cinco años*, anteriores a la presentación de la demanda. En este supuesto no se requiere el consentimiento de la otra parte.

### 2.3. Proceso ante el *Family Court*.

En primer lugar, las partes deben efectuar el “*Formulario E*”, en el cual deben establecer una descripción de todos sus bienes, ya sean adquiridos con anterioridad al matrimonio o durante la vigencia del mismo, o incluso aquellos que se hayan previsto adquirir, como por ejemplo una herencia. Todos estos derechos y bienes constituyen el denominado “*saco matrimonial*”, mediante el cual el Juez del *Family Court* debe distribuir entre ambas partes<sup>78</sup>.

Una vez presentada alguna de las causas mencionadas con anterioridad, el Juzgado ostenta el deber de *investigar y analizar los hechos* manifestados por el demandante; así como, los que alegue la parte demandada al respecto.

En caso de que el Juzgado muestre *conformidad* con las pruebas presentadas para demostrar la ruptura irreparable del matrimonio, el Juez del *Family Court* dictará una *sentencia de divorcio*. En primer lugar, se decreta una *decree nisi –resolución provisional de divorcio-*, y *transcurridas seis semanas* posteriores a la misma, el cónyuge demandante adquiere la posibilidad de presentar una solicitud para la consecución de la *sentencia firme de divorcio*. No obstante, existen tasadas excepciones

---

<sup>78</sup> CARRILLO, D., “*To be or not to be*”. *La existencia o no de regímenes matrimoniales en Inglaterra y Gales*. Wolters Kluwe, Revistas, España. De 16 de Abril del 2013 (Consultado el 22 de Junio del 2018). Disponible en:  
<http://www.dianacarrillo.com/pdf/La%20existencia%20o%20no%20de%20regimenes%20matrimoniales%20en%20Inglaterra%20y%20Gales.pdf>

en las cuales no se requiere el transcurso del plazo de *seis semanas* para la obtención de una resolución firme.

Sin embargo, cabe la pretensión de solicitud para conseguir un *auto irrevocable de doce meses*, ulterior a la obtención del auto de divorcio provisional, en cuyo caso le corresponde al demandante acompañar un *escrito* con su pertinente justificación, en la que figure lo siguiente:

- Si ha existido *convivencia entre los cónyuges desde la adquisición del auto de divorcio provisional*, y en caso afirmativo, adjuntar la duración de dicha convivencia.
- Si la mujer –de pareja heterosexual u homosexual- ha quedado embarazada y posteriormente *dado a luz durante el tiempo transcurrido desde que se concedió el auto de divorcio provisional*. En cuyo caso, pueda tratarse de un posible descendiente.

Sólo en ambos casos, puede el Juez del *Family Court* reclamar al demandante una *declaración jurada* donde conste dicha circunstancia. Posteriormente, el Juez dictará una resolución al respecto.

## 2.4. Efectos jurídicos de la resolución de divorcio.

### 2.4.1. Las relaciones personales.

En este sentido, ambas partes ostentan plena libertad para contraer un nuevo matrimonio, si así lo anhelan. Y en cuanto al tema del *apellido*<sup>79</sup>, se puede optar por mantener el apellido de casado, o regresar a usar el de soltero.

### 2.4.2. El reparto de los bienes.

Las *contribuciones de los cónyuges previas al matrimonio* son un poderoso elemento a tener en cuenta, puesto que no se encuentran amparadas, ya que la finalidad de los

---

<sup>79</sup> La cuestión del *apellido* en Reino Unido tiene trascendencia, puesto que a diferencia de la regulación española, los ingleses sólo adquieren un apellido, y generalmente es el del padre. Sin embargo, al contraer matrimonio, automáticamente obtienen el apellido del marido, de tal manera que **la mujer renuncia a su apellido cuanto decide casarse**. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de un matrimonio homosexual, en cuyo caso los hijos adquieren los apellidos de ambos cónyuges.

órganos jurisdiccionales ingleses versa exclusivamente sobre las *necesidades familiares*, de tal manera que la procedencia del bien carece de relevancia.

Tras la sentencia de divorcio, los bienes pueden repartirse *a favor de un cónyuge, de un descendiente o, incluso, de otra persona para la rentabilidad de algún hijo* –propio de la unión familiar-. De esta manera, los Jueces ostentan verdaderos poderes facultativos para considerar la *conveniencia de los hijos menores de edad*, estudiando las siguientes circunstancias:

- Nivel de ingresos, rentas, bienes, etc.
- La aportación al mantenimiento de los e hijos y de la vivienda familiar.
- Las responsabilidades, obligaciones y necesidades económicas de cada parte.
- Nivel de vida de la familia anterior al divorcio.
- Duración del matrimonio, así como edad actual de las partes.
- Posible discapacidad, física o mental, de las partes.
- Participación realizada por cada una de las partes durante el matrimonio y posterior al divorcio.
- Comportamiento de los cónyuges, si fuera pertinente tenerlo en cuenta para el reparto de bienes.
- Tasación de las pérdidas de cada cónyuge como consecuencia de la obtención del divorcio.

#### 2.4.3. *Los hijos menores de edad.*

Posteriormente a la sentencia de divorcio, ambos progenitores *mantienen su responsabilidad conjunta respecto a los hijos de la unión familiar*. Cada uno de los progenitores permanece ostentando la responsabilidad parental en cuanto a los hijos propios de otras relaciones con los que tuvieron tal responsabilidad en el momento de obtención del divorcio. También sigue siendo responsabilidad parental de los cónyuges mantener a los hijos menores de edad que hayan convivido con los hijos de la unión familiar.



En el supuesto de de custodia compartida, el menor reside alternativamente con cada uno de los progenitores<sup>80</sup>

#### 2.4.4. *La obligación legal de alimentos.*

Como regla general, la *obligación de dispensar la pensión alimenticia al otro cónyuge* cesará cuando termine el proceso de divorcio, esto es, cuando se asiente el divorcio definitivo. Sin embargo, nos encontramos como excepción el supuesto de que se haya decretado un auto de obligación alimenticia con respecto a uno de los cónyuges, como decisión en base al proceso de divorcio.

Asimismo, cualquier otro tipo de obligación referente al divorcio continuará en vigor, pero se podrá rectificar en un futuro si concurren los presupuestos pertinentes para ello.

### 2.5. Medios alternativos extrajudiciales para solucionar el divorcio.

El Gobierno inglés promueve la *mediación familiar* para resolver los litigios, sobre todo si surgen en relación a los hijos y relativos a bienes y recursos económicos.

En este sentido, son competentes en la mediación familiar los funcionarios del *Children and Family Court Advisory and Support Service*<sup>81</sup>. El *Family Court* que esté conociendo de un proceso de divorcio, puede separarse del mismo si se acude a la mediación familiar para solucionar los litigios competencia de éstos, y tratar de resolverlos por esta vía

### 2.6. Recurrir una resolución de divorcio.

Cuando se *dicta el auto provisional de divorcio*, cualquiera de los cónyuges que han sido parte en el proceso de divorcio *puede recurrir* ante el tribunal y presentar pruebas con la finalidad de evitar una sentencia irrevocable. De esta manera, el tribunal puede, o bien aplazar la firmeza de la sentencia firme e investigar el asunto; o bien, afrontar el caso de la manera que estime más oportuna.

Una vez se dicte *sentencia definitiva* de divorcio, *no cabe interponer recurso* alguno, salvo tasadas circunstancias.

---

<sup>80</sup> Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *Responsabilidad parental. Inglaterra y País de Gales*. Última actualización: 03/08/2007. (Consultado el 29 de Junio del 2018). Disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_eng\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_eng_es.htm)

<sup>81</sup> Servicio de Asesoramiento Judicial para Menores y Familia.

## CAPÍTULO IV. CONCLUSIÓN

---

### 1. EL DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES FRENTE AL DIVORCIO ROMANO

Como hemos observado a lo largo del presente trabajo, nos encontramos *analogías notables* entre el divorcio en Inglaterra y Gales (en adelante divorcio inglés) y el divorcio romano.

En primer lugar, conviene resaltar la causa de divorcio fundamentada en el *adulterio*, remontándonos a la *Época Clásica*, donde era un *impedimento, exclusivamente por parte de la mujer, para contraer matrimonio en la legislación de Augusto*; puesto que, a la mujer adúltera no se le permitía contraer matrimonio.

Por otro lado, en el *divorcio romano de la Época Postclásica y Justiniana*, en el período de los Emperadores Honorio II y Constantino II observamos la presunción mediante la cual si *la mujer repudia al marido* –y dicho repudio es admitido- *se le otorga el poder a éste de acusarla de adulterio*, algo totalmente desproporcionado y por tanto propio de la época. Sin embargo, en las justas causas de las Novelas de Justiniano, nos encontramos como causa de divorcio el *adulterio de la mujer probado por el marido*. No obstante, a la inversa no es posible dicha causa, pero sí cuando *el marido traslada a otra mujer (amante) a vivir al hogar conyugal*. Por parte del marido, cabe la causa de divorcio si *acusa falsamente a su mujer de adulterio*. Observamos en este período una breve *aproximación a la igualdad parcial* entre hombres y mujeres.

No obstante, es *causa de divorcio inglés* el *adulterio cometido con una persona del sexo opuesto*, por lo que tampoco apreciamos una similitud exacta pero sí una gran aproximación en lo referente al adulterio.

En segundo lugar, en cuanto a la *separación*, entendida ésta como *cese de la convivencia o abandono de la vivienda familiar*, cabe comenzar con la *Época Clásica*, mediante la cual se concedía el divorcio si se producía una cesación del *conubium* (convivencia matrimonial) y la correspondiente *affectio maritalis* (consentimiento). Lo cual cabe relacionar con la causa de divorcio inglés referente a la *separación de ambas partes* durante dos años -mediante la cual es preceptivo el consentimiento del otro

cónyuge- y de cinco años –en cuyo caso no se requiere consentimiento alguno-. En base a lo cual deducimos una gran analogía al respecto.

Asimismo, centrándonos ahora en el *abandono del hogar familiar*, procede la vinculación entre la causa de divorcio romano, propia de la Época Postclásica y Justiniana (Novelas de Justiniano), referente a la *residencia fuera del domicilio conyugal*, tanto por parte del marido como de la mujer. Y la causa de *abandono de la vivienda familiar durante dos años* –anteriores al divorcio- característica del divorcio inglés.

En tercer lugar, a los *efectos personales*, respecto al cónyuge e hijo, tan sólo observamos una aproximación en cuanto a la custodia de los hijos. Ya que, en la Época Clásica del divorcio romano, concretamente en el Rescripto de Diocleciano, la decisión la ostentaba el Juez, al igual que sucede en el divorcio inglés.

A pesar de las notables analogías entre ambos ordenamientos jurídicos, observamos *diferencias apreciables* en cuanto a los *efectos patrimoniales*. Pues resulta, que en la Época Clásica de Roma, en cuanto al tema de la *dote*, encontramos una figura denominada *condictio*, la cual conlleva un mero acuerdo de restitución de bienes, contenidos en la dote, en caso de disolución del matrimonio. Por el contrario, cuando se produce el divorcio inglés, *todo el patrimonio de los cónyuges se encuentra sujeto a distribución*, indistintamente de que hayan sido adquiridos con anterioridad al matrimonio, durante, generado conjuntamente, etc. Lo cual implica una *total discrecionalidad* que ostentan los Jueces ingleses a la hora de repartir el patrimonio.

## **2. EL DIVORCIO EN INGLATERRA Y GALES FRENTE AL DIVORCIO ESPAÑOL**

Tras el estudio realizado, comenzamos con las dos *analogías* más considerables al respecto. En primer lugar, conviene aludir a la *obligación legal de alimentos* en el divorcio inglés y en el divorcio español. En este sentido, observamos que en ambos ordenamientos jurídicos dicha obligación ampara el *derecho de alimentos entre parientes*, ya sea hijos o cónyuge, y con total similitud en cuanto a la adopción de la misma durante el proceso de divorcio, o incluso mediante auto una vez dictada sentencia de divorcio; así como cualquier otra modificación que se requiera en un futuro, siempre y cuando concurran las causas oportunas para ello.

En segundo lugar, encontramos en la *legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo*, aunque en España venía aplicándose desde el año 2005, Inglaterra y Gales se han sumado desde el año 2014.

En cuanto al resto de aspectos comparativos entre el divorcio español y el divorcio inglés, hemos determinado que son *totalmente dispares* entre sí. Ya que difieren en prácticamente todo, conviene resaltar las desavenencias más curiosas al respecto.

Mientras para el divorcio español se requieren diversos presupuestos en cuanto a nacionalidad, certificado matrimonial, etc., en Inglaterra y Gales tan sólo es necesario para obtener el divorcio *haber residido en el país durante seis meses*, independientemente de la nacionalidad que ostenten los cónyuges al respecto.

Por último, en lo referente a los *efectos patrimoniales*, ha quedado constancia de la completa *desproporción de las consecuencias patrimoniales* que conlleva un divorcio inglés, frente al divorcio español. Se trata de la conclusión final que abordamos a continuación.

### 3. CONCLUSIÓN FINAL

En conclusión, si comparamos ambos ordenamientos jurídicos –inglés y español-, observamos que *no pueden ser más dispares*. Puesto que en España, siempre encontraremos un régimen económico patrimonial, así como unas capitulaciones matrimoniales con sus correspondientes límites dispuestos en el Código Civil. De tal manera, que el Juez Civil está obligado a considerar la titularidad de los bienes, así como su naturaleza, ya sea privativa o ganancial, sin posibilidad alguna de administrar los mismos bajo su libre albedrío.

Por lo tanto, deducimos del presente estudio, que el *“régimen económico matrimonial inglés”* se asemeja más bien a un régimen ganancial *sui generis*<sup>82</sup>. Puesto que, incluso en tiempos remotos –finales de la Época republicana y Época imperial- de Roma, existía la restitución de la dote a la mujer, una vez disuelto el matrimonio.

No obstante, hemos apreciamos *curiosas analogías del divorcio inglés frente al divorcio romano*, teniendo en cuenta la gran diferencia temporal que comprende a cada

---

<sup>82</sup> *Sui generis* es una expresión latina que hace referencia a la excepcionalidad, es decir, se trata de algo tan peculiar que no coincide exactamente con lo que designa.

uno de estos grandes ordenamientos jurídicos. Y no conforme con ello, no haber existido una recepción del derecho romano en Gran Bretaña, a excepción de Escocia.

De este modo, es indiscutible la influencia del Derecho Romano en la mayoría de los Estados Europeos, sin embargo, el mismo no tuvo recepción en Inglaterra y Gales, y resulta llamativo que el sistema jurídico anglosajón se encuentre tan próximo al propio del sistema romano en su Época Clásica.

---

## BIBLIOGRAFÍA

---

### LIBROS

- ALBERTARIO, E., *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, Studi di Diritto romano, I, Milán, 1933.
- ANDREEV, M., *Divorce et adultère dans le Droit romainn classique*, RH, 35, 1957.
- ANDRÉS SANTOS, F.J., *Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano*. Lex Nova, S.A. Valladolid, 2009.
- ANDRÉS SANTOS, F.J., *Comentario a la Ley Hipotecaria, Título V, De las hipotecas*. Segunda Edición Lex Nova, S.A. Valladolid, 2013.
- BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano*, III. Milán, 1952.
- BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Española, 3ª ed., Madrid, 1965.
- CATALÁ RUBIO, S., *Evolución del Derecho de Familia en Occidente*. Capítulo: *Del matrimonio romano al matrimonio actual*. Por ORERO REVERT, J.A. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2006.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria: Artículo 1: Objeto y ámbito de aplicación*. Ed: Thomson Reuters. Navarra, 2016.
- FERRINI, C., *Diritto penale romano*. 1976.
- GALGANO, F., *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Ed: Fundación Cultural del Notario. Madrid, 2000.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., *Minor annis XII nupta*, LABEO, 3, 1957.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil*. Barcelona, 1982.

- GAUDEMMENT, J., *Originalité et destin du mariage romain*, Miscellanea, Estrasburgo, 1980.
- GÓMEZ RUIZ, C., *El divorcio y las Leyes augusteas*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1987.
- IGLESIAS, J., *Instituciones de Derecho privado romano*. Madrid, 1982.
- LIND, G., *Common Law Marriage: A legal institution for cohabitation*. Oxford University Press. Oxford, 2008.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 5ª Edición. Editorial: Edisofer, S.L. libros jurídicos. Madrid, 2016.
- MCGUIN, T., *Prostitution, sexuality and the Law in Ancient Rome*. Oxford University Press. Oxford, 2003.
- MOMMSEN, *Romisches strafrecht*. Leipzig, 1899.
- MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma Clásica*. Huelva, 2013.
- NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ed: Universidad de Salamanca. Salamanca, 1988.
- NÚÑEZ PAZ, M.I., *Mujeres romanas, filiación y divorcio. Del deber de procrear al Favor Liberatorum. (Sobre la perdurabilidad de un derecho injusto)*. En el Derecho y la Justicia. España, 2017.
- ORESTANO, R., *La struttura giuridica del matrimonio romano*. Milán, 1951.
- RICCOBONO, S., *L' idea di "humanitas" come fonte di progresso del Diritto*, Studi Biondi, II. Milán, 1965.
- ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*. Roma, 1970.

- RODRÍGUEZ ORTIZ, V. *La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano*.
- SCHULZ, F., *Derecho romano clásico* (traduc. por Santa Cruz Tejeiro. Barcelona, 1960.
- SCIALOJA, V., *Corso di Istituzioni di Diritto romano*. Roma, 1934.
- VAZQUEZ, R., *Consideraciones sobre el divorcio como derecho fundamental*. En: Universidad Complutense, Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”. *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988.
- VOLTERRA, E., voz *Matrimonio*; voz *divorzio*, NNDI, Turín, 1957.
- VOLTERRA, E., *La conception du mariage d’après les juristes romains*, Padua, 1940.

### LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Última actualización publicada el 29/06/2017).

### RECURSOS ELECTRÓNICOS

#### Artículos de revistas:

- MIQUEL, J., *Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre el Derecho matrimonial comparado*. En *Anales de la Facultad de Derecho*, 20; diciembre 2003. (Consultado el 10 de Abril del 2018). Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1059758>

- VELEZ PÉREZ, F., *Derecho Romano: La dote*. De 13 de Junio de 2006 (Consultado el 23 de Abril del 2018). Disponible en: <http://derecho-romano.blogspot.com.es/2006/06/la-dote.html>.



- CARRILLO, D., “*To be or not to be*”. *La existencia o no de regímenes matrimoniales en Inglaterra y Gales*. Wolters Kluwe, Revistas, España. De 16 de Abril del 2013 (Consultado el 22 de Junio del 2018). Disponible en:

<http://www.dianacarrillo.com/pdf/La%20existencia%20o%20no%20de%20regimenes%20matrimoniales%20en%20Inglaterra%20y%20Gales.pdf>

#### **Sitios web:**

- Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *Divorcio: Inglaterra y Gales*. Última actualización: 09/12/2015. (Consultado el 22 de Junio del 2018). Disponible en: [https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-ew-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ew-es.do)
- Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *Responsabilidad parental. Inglaterra y País de Gales*. Última actualización: 03/08/2007. (Consultado el 29 de Junio del 2018). Disponible en:  
[http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_eng\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_eng_es.htm)
- Colegio de Abogados de Málaga (icamalaga.es). *El régimen económico matrimonial inglés*. Fecha: 4 de Abril del 2014. (Consultado el 22 de Junio del 2018). Disponible en: <http://www.icamalaga-blog.com/2014/04/el-regimen-economico-matrimonial-ingles.html>

## FUENTES JURÍDICAS

---

### PREJUSTINIANEAS

#### *Gayo, Institutiones*<sup>83</sup>

- 1,63: p. 48, nt. 45; p.53, nt. 137.
- 1,108: p. 45, nt. 15.
- 119; I, 113; II, 104 y I, 29.

### JUSTINIANEAS

#### *Digesta*<sup>84</sup>

- D. 23,2, 1 (Modestino 1, *Reg.*): p. 25.
- D. 23, 3, 1 (Paul, 14, *ad Sab.*): p. 52, nt. 121; p. 124.
- D. 23, 3, 56,1 (Paul. 6, *ad Plaut.*): p. 38.
- D. 23, 4, 1, 1 (Javoleno, Doctrina de Cassio, Libro IV).

#### *Novellae*<sup>85</sup>

- Nov. 22,3: p. 78, nt. 14; p. 80, nt. 78.
- Nov. 22,5: p. 156.
- Nov. 22,6: p. 156.
- Nov. 22,7: p. 64; p. 156.
- Nov. 22,9: p. 156.
- Nov. 22,14: p. 156.
- Nov. 117,8,2; p. 155.
- Nov. 117,8,3; p. 155.
- Nov. 117,8,4; p. 155.
- Nov. 117,8,5; p. 155.
- Nov. 117,8,6; p. 155.
- Nov. 117,9,1; p. 155.
- Nov. 117,9,2; p. 155.

---

<sup>83</sup> Instituciones de Gayo.

<sup>84</sup> Digesto.

<sup>85</sup> Novelas.

- Nov. 117,9,3; p. 155.
- Nov. 117,9,4; p. 155.
- Nov. 117,9,5; p. 155.
- Nov. 127,4; p. 156.
- Nov. 134,11: p. 156; p. 161.