



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Julio

Consentimiento como requisito matrimonial desde su origen en el Derecho Romano

Acceptance as a matrimonial requirement since it's origin in the Roman Law

Realizado por el alumno D^a María Cristina Suárez Acosta.

Tutorizado por la Profesora Dra. D^a María Etelvina de las Casas León.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Romano.

ABSTRACT

This essay consists in a reflection about one of the essential requirements for the valid formation of the marriage, the matrimonial consent and the process of the change of the influence of it in the existence or not of the marriage. We wanted to focus our analysis in the evolution of this requirement, since it roman roots to nowadays, where we can find a consolidated Institution of the marriage, that is reflected in our present moment.

We will see how at the beginning, in the classical era, the matrimonial consent could be continuous, it was enough the fact that just one of the members of the couple declared the wish to conclude the relationship; and it keeps changing until the postclassic era, when it becomes an initial consent, being this the only condition to start a marriage. This situation is maintained along the centuris until nowadays, where it is returned to the continuous consent.

To conclude, being the matrimonial conent the main issue of this essay, we did not want to value the historical origins of the institution of the marrige, nor the colision that is normally produced between the institutions that exercise the power and what the individuals consent to do.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo consiste en una reflexión sobre uno de los presupuestos indispensables para la válida constitución del matrimonio, el consentimiento matrimonial y el proceso de cambio en la influencia de éste en la existencia o no del mismo. Hemos querido centrar nuestro análisis en la evolución de este requisito, partiendo de sus raíces romanas, hasta el momento en el que nos encontramos con una institución consolidada del Matrimonio, la cual se hace eco en nuestros días.

Iremos viendo como en un principio, en la época clásica, el consentimiento matrimonial debía ser continuo, bastaba que uno de los dos miembros de la pareja manifestara su deseo de finalizar la relación, para que la misma dejara de existir; y como éste se va modificando hasta que en la época postclásica se convierte en un consentimiento inicial, siendo ésta la única condición para que se pudiera hablar de matrimonio. Situación que se mantiene durante siglos hasta el devenir de nuestros días, en los que se vuelve al consentimiento continuo.

Para concluir, y siendo el tema troncal del trabajo, el consentimiento matrimonial, no hemos querido entrar a valorar los orígenes históricos de la Institución jurídica del matrimonio, ni tampoco el choque que casi siempre se produce entre lo que las instituciones que ejercen el poder imponen y lo que los individuos consienten en hacer.

SUMARIO

Introducción.**I. Configuración del matrimonio en el Derecho Romano Clásico.**

1. Conceptualización del matrimonio.
 - a. *Coniunctio maris et feminae*.
 - b. *Consortium omnis vitae*.
 - c. *Divini et humanis iuris communicatio*.

2. Elementos constitutivos del matrimonio.
 - 2.1. *Affectio maritalis*.
 - 2.2. *Honor matrimonii*.

3. Naturaleza jurídica del matrimonio.
 - 3.1. Matrimonio como *contractum*. “Teoría de Manenti”.
 - 3.2. Matrimonio como *possessio*.

II. Requisitos para la existencia de la situación matrimonial.

1. Capacidad natural o física de los contrayentes.
2. Capacidad jurídica o *conubium* de los contrayentes.
3. Consentimiento.
 - 3.1. *Affectio maritalis*: Consentimiento continuo.
 - 3.2. *Contubernium*: Uniones de hecho.
 - 3.3. *Consensus facit nuptias*: Consentimiento inicial.
 - 3.3.1. *Consensus parentum* en las mujeres *alieni iuris*.
 - 3.3.2. *Consensus tutoris* en las mujeres *sui iuris*.

III. Evolución del matrimonio y su consolidación como Institución.

1. *Matrimonium cum manu* y *matrimonium sine manu*.
 - 1.1. Formas de *conventio in manum*.
 - a. *Confarreatio*.
 - b. *Coemptio*.
 - c. *Usus*.

2. Inexistencia del matrimonio en defecto de consentimiento. *Iniustum matrimonium*.
 - a. Matrimonio demente.
 - b. Matrimonio simulado.
 - c. Matrimonio por miedo.

3. Impedimentos matrimoniales.
 - 3.1. Consanguinidad, afinidad y cognación legal.
 - 3.2. Ligamen.
 - 3.3. Tutela.
 - 3.4. Prohibiciones *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y *Lex Papia Poppaea nuptialis*.
 - 3.5. Adulterio.

4. Consolidación del Matrimonio como Institución.

IV. Influencia del cristianismo en el Matrimonio en el Derecho Romano.

1. La indisolubilidad del Matrimonio.
2. *Consensus facit nuptias*.

V. Consentimiento matrimonial en la legislación española y en la legislación comparada.

1. Consentimiento matrimonial en la legislación española.
2. Consentimiento matrimonial en la legislación comparada.

Conclusiones Finales.

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio realizaremos una investigación cuyo objetivo principal es conocer y comprender la evolución de un presupuesto indispensable para la válida constitución del Matrimonio, el consentimiento matrimonial. El objetivo principal de este trabajo, es la inquietud personal que siento por la influencia que ejerce el consentimiento en el Matrimonio.

Basándonos en la definición romana clásica de matrimonio: “La unión surgida del consentimiento de varón y mujer”, se nos suscita la inquietud de que no es sólo en el inicio donde debe existir este consentimiento, sino durante todo el transcurso de lo que llamamos matrimonio.

Desarrollando por tanto el concepto de consentimiento, sin entrar en valoraciones de autenticidad de las distintas formas de matrimonio, veremos cómo la *affectio maritalis* suponía uno de los pilares fundamentales que subyacía bajo el Matrimonio y sin la cual el mismo no existiría; partiendo desde el Derecho Romano como camino ineludible para su consolidación y hasta el momento en el que la legalidad se encuentra al mismo como una Institución jurídica consolidada.

Para ello, se nos hace necesario sumergirnos en el Ordenamiento Jurídico clásico, con el fin de analizar cuáles eran las condiciones que debían concurrir para el nacimiento de la situación matrimonial, así como los elementos cuya ausencia era necesaria para que la unión entre dos personas pudiera ser considerada como matrimonio; pero manteniendo en todo momento la línea de actuación en el consentimiento como concepto, obviando otros factores que, aunque cercanos, podrían derivar a otras líneas de investigación.

Finalmente, cabe destacar la complejidad de la materia y, además, dada la limitación impuesta en cuanto a su extensión, trataremos de abordar las figuras jurídicas más relevantes con la mayor precisión posible. Por tanto, el mismo quedará estructurado de forma progresiva y cronológica en lo que se refiere al campo objeto de estudio.

I. CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO.

1. Conceptualización del Matrimonio.

El primer problema que abordaremos en este trabajo es el concepto de matrimonio. Para ello nos centraremos en la época clásica, concretamente en la compilación justiniana. En ésta, se recogen dos citas que establecen el concepto de matrimonio:

I. 1, 9, 1: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”

Modestino D. 23, 2.1: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”.

Se hará necesario primero, analizar si las definiciones anteriormente nombradas lo son del matrimonio constituido, es decir, matrimonio *in facto esse*, o también “de lo que lo hace surgir”¹, es decir, matrimonio *in fieri*². Más concretamente, debemos distinguir aquél matrimonio como estado y éste matrimonio como acto, respectivamente.

La doctrina mayoritaria, entre los que se encuentra Orestano y Robleda, consideraban dichas definiciones como referidas al matrimonio *in facto esse* y no por la causa o matrimonio *in fieri*.

Para una mayor comprensión, a continuación, vamos a analizar cada una de las oraciones independientemente; las cuales nos servirán de base para más tarde demostrar cómo la investigación nos hará derivar en la apreciación de que este concepto no se puede considerar una verdadera institución jurídica.

¹ OLIS ROBLEDA, S.J., El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad, Universitá Gregoriana Editrice, Roma 1970, Pág. 60.

² HERVADA, J. El matrimonio *in facto esse* su estructura jurídica. Según afirma dicho autor, la principal diferencia entre ambos es que el matrimonio *in facto esse* es el resultado de la perfección del *in fieri*. El matrimonio *in fieri* es el pacto o contrato matrimonial conforme a la ley y es causa generadora del matrimonio *in facto esse*. El matrimonio *in facto esse* es la relación jurídica conyugal derivada del pacto o contrato matrimonial.

a. *Coniunctio maris et feminae.*

Coniunctio maris et feminae es propiamente “la unión de un macho y una hembra”, la cual representa como fin propio del matrimonio, la procreación. La *coniunctio*, es decir, la unión que en las personas llamamos matrimonio es de Derecho natural, porque es enseñada por la naturaleza a todo ser vivo sobre la tierra, en el mar o en el aire, tal y como se cita en un texto de Ulpiano³; que destaca que las “Leyes naturales” (aquellas que la propia naturaleza enseñó a todos los animales) son comunes a todos y no exclusivas del género humano.

No es la unión sexual lo que hace el matrimonio, puesto que la misma bien podría aplicarse a cualquier otra relación no configurada como tal, como puede ser el concubinato (unión estable entre personas libres sin llegar a constituir matrimonio) o el contubernio (unión entre esclavos). Así, para que la *coniunctio maris et feminae* pueda llamarse matrimonio y tener configuración jurídica, debe contar con el *conubium*, es decir, capacidad civil, que debe ir a su vez unida a la capacidad natural (diferencia de sexo, edad, ausencia de impedimento por parentesco, etc...). De no ser así, el matrimonio no podría ser considerado *iustum* (legítimo) o lo que es lo mismo, el matrimonio no sería ajustado al *ius civile Romanorum*.⁴

Sobre esto se pronuncia Núñez Paz, quien expone que el término *coniunctio* no puede entenderse como *commixtio o copulatio*, puesto que cabe la posibilidad que dos personas estériles puedan contraer matrimonio. Afirma, que el matrimonio se basa en el consentimiento y en la convivencia, aunque duda en que esta última forme parte del término *coniunctio*, puesto que entiende que sólo implica un vínculo entre los esposos. Además, la autora hace alusión a las aportaciones de Orestano y Volterra, que por primera

³ Ulpiano D.1.1.3., “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi*”.

⁴ En este sentido, el Prof. Miquel cita a Ulpiano (Reg. Ulp. 5.3-5): “*Conubium est uxoris iure ducendae facultas. Conubium habent cives romani cum civibus romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est conubium*”, señalando que de este texto se desprende implícitamente que el *conubium* se entiende tanto para el hombre como para la mujer y que el efecto más importante del matrimonio legítimo sería que los hijos han de seguir la condición del padre convirtiéndose así en ciudadanos romanos bajo la protección de su *patria potestas*, Miquel, J. op. cit. pág. 89.

vez hacen dudar de la existencia de estos dos elementos; para los mismos, el único requisito matrimonial es el consentimiento⁵.

b. Consortium omnis vitae.

Hay numerosas interpretaciones en cuanto al término *consortium omnis vitae* como elemento constitutivo del matrimonio. Aunque en el Derecho justiniano se tienda a interpretar el concepto como la indisolubilidad del matrimonio, es decir, como la perdurabilidad del mismo; no quiere decir propiamente el “consorcio para toda la vida”, ni que el matrimonio no se podía disolver, sino como ha querido definir el propio Modestino, como la comunidad en todas las cosas de la vida de los cónyuges.

En efecto, el matrimonio no consiste en la indisolubilidad de la unión de los cónyuges, posterior base del matrimonio en el cristianismo y que más tarde nombraremos, sino de la voluntad de las partes de permanecer unidos o no, es decir de *la affectio maritalis*.

c. Divini et humani iuris communicatio.

La “comunicación de Derecho divino y humano”, encierra la idea de que se trata de una exigencia cristiana de la igualdad de religión, aunque la mayor parte de la doctrina niegan que así sea, al entenderla solamente como una definición genuina y clásica.

Dice Albertario que “la *communicatio iuris divini et humani* en sentido jurídico se daba en el matrimonio *cum manu*, por el hecho de hacerse la *uxor* heredera del marido, y participante por obligación y derecho en el culto de las divinidades privadas de la familia del mismo”.⁶ Teoría que, como expone Juan Miguel, es rechazada por la doctrina moderna al entender que el propio Modestino hace referencia a todo tipo de matrimonio,

⁵NÚÑEZ PAZ, M.I., Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma, Ed. Universidad de Salamanca, 1988. Pág. 26.

⁶ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 70.

debido a que el mismo se considera como una “situación de hecho valorada socialmente”.⁷

Por su parte, Volterra parece eludir también a la idea de que la definición se refiere al matrimonio *cum manu*, más concretamente al celebrado mediante el rito religioso de la *confarreatio*⁸, que posteriormente analizaremos. Por esta razón, debemos entender que por *divini et humani iuris communicatio*, el hombre y la mujer así unidos, hacen causa en común y se entregan recíprocamente en las cosas divinas y humanas.

2. Elementos constitutivos del Matrimonio.

Del propio concepto de matrimonio se derivaban en la etapa clásica del Derecho Romano, época de mayor auge del Imperio, dos elementos esenciales que lo conformaban: la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*.

Autores como Volterra y Orestano sostienen que no es cierto que los romanos hayan entendido el matrimonio como consistente en estos dos elementos. Conciben más bien, que el *honor matrimonii* no fue tenido en cuenta por los Romanos como elemento esencial o constitutivo del mismo; sino que “su único elemento en tal sentido fue siempre el *consensus*”⁹. A pesar de ello entendemos que ambos conceptos merecen ser objeto de estudio.

2.1. *Affectio maritalis*.

La subsistencia del matrimonio romano clásico recaía en el consentimiento, entendiéndolo a éste como consentimiento continuo y no como inicial, consistente en la permanencia de la intención recíproca de ambos cónyuges de seguir unidos en matrimonio. Es lo que se conoce por *affectio maritalis*.

Modestino nos expone reiteradamente como el consentimiento era el único elemento necesario para la relación conyugal; sin embargo, es cierto que, aunque para la existencia de la situación matrimonial, era necesario partir del consentimiento inicial de las partes,

⁷ MIGUEL, J., “Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre Derecho matrimonial comparado”, en Anales de la Facultad de Derecho nº 20, Servicios de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 2003, Pág. 93.

⁸ VOLTERRA, E., *Lezioni di Diritto Romano. Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961. Pág. 189.

⁹ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 82.

éste no era suficiente únicamente en el momento de contraer nupcias, sino que se tenía que continuar otorgando a lo largo de toda la relación conyugal. Por lo tanto, si cesaba el consentimiento o la *affectio maritalis*¹⁰, también cesaba el matrimonio, pues es la unión de voluntades y no la de cuerpos la que hace el matrimonio¹¹.

2.2. *Honor matrimonii*.

El *honor matrimonii* es propiamente la convivencia o cohabitación que debía existir necesariamente entre los cónyuges. Aunque, para que el matrimonio se tenga por constituido y siendo el consentimiento lo que da vida al matrimonio, basta que conste que se ha dado el mismo; antes incluso de la propia convivencia.

Conservándose dicha convivencia o el *honor matrimonii*, el matrimonio perdurará, siempre que se sostenga de manera continuada la *affectio maritalis*, aunque se suspenda la cohabitación¹². El matrimonio, podía seguir existiendo, aunque los cónyuges no tuvieran una convivencia en común; siempre y cuando ambos se guardaran respeto mutuo que constituía el *honor matrimonii*¹³.

Dice Quintiliano que “ni la *societas vitae* (convivencia), ni las ceremonias o solemnidades nupciales son necesarias en modo absoluto; basta que exista la voluntad de unirse en matrimonio, con tal que se manifieste”¹⁴. Retornamos de nuevo a lo esencial de la *affectio maritalis*: el consentimiento continuo para la existencia de la situación conyugal.

3. Naturaleza jurídica del Matrimonio.

La naturaleza jurídica del matrimonio ha sido una cuestión muy discutida entre la doctrina. Así lo expone Fernández de Buján, reconociendo que “parece, en todo caso, que

¹⁰ NÚÑEZ PAZ, M.I., Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma, Ed. Salamanca 1988, Pág. 55-77., considera dicho término más apropiado que el de *consensus*, por su contenido más profundo y personal, pero aclara que ambos son usados en los diferentes textos indistintamente.

¹¹ D. 35,1,15., “(...) se entiende cumplida la condición tan pronto como quede casada, aunque todavía no se haya trasladado a la casa del marido, pues es la unión de voluntades y no la de cuerpos la que hace el matrimonio”.

¹² D. 50,17,30, “Nuptias non concubitus sed consensus facit”.

¹³ D. 24,1,32,13., “Si los cónyuges hubieran vivido separados mucho tiempo, pero se mantenían el recíproco respeto matrimonial (...) no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino la afección matrimonial”.

¹⁴ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 91.

se ha producido una evolución desde su originaria configuración en la etapa arcaica hasta su conformación en el derecho justiniano”¹⁵.

El autor hace referencia a que las principales tesis, no siempre contradictorias, se mueven en torno a las siguientes posiciones:

- Las que entienden el “matrimonio como mera situación de hecho”;
- las que entienden el “matrimonio como unión entre dos personas con base en un *consensus inicial*” y
- las que entienden el “matrimonio como contrato consensual”.

Además, el autor manifiesta que, en la época arcaica y republicana, habría que hablarse de tipos o formas de matrimonio, más que del propio matrimonio en sí y que es en el Derecho postclásico y justiniano donde se configura como requisito indispensable la voluntad de los cónyuges para constituir el matrimonio, que debe realizarse mediante “*ritos y ceremonias laicas y religiosas*”¹⁶.

Partiendo de estos indicios expuestos por Fernández de Buján, se ha debatido si el matrimonio podía equipararse a otras instituciones similares con gran transcendencia, como el contrato o la posesión.

3.1. Matrimonio como *contractum*. Teoría de Manenti.

Como así advierte Robleda, era sabido que los Romanos tanto en época clásica como postclásica, consideraban al matrimonio como un contrato¹⁷, es decir, que “*el matrimonio surgía en virtud de un consentimiento con carácter contractualístico, por considerársele cual acto inicial de voluntad, del que se originaba un vínculo jurídico*”.¹⁸

Aparece entonces una fuerte corriente doctrinal que no consideraba que el matrimonio fuera para los Romanos un contrato, aunque sus intentos resultaron fallidos al no fundamentar a fondo en contra de la opinión tradicional. Entre sus seguidores encontramos a Glück, el cual contradecía a Donellus, quien afirma darse una verdadera

¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el Matrimonio Romano (I)”. Pág. 44.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. op. cit. Pág. 44.

¹⁷ D. 20,1,4., “(...) no importa en qué términos se haga, como ocurre igualmente en las obligaciones consensuales; por ello, aunque se convenga la hipoteca sin escritura, siempre que se la pueda probar (...) lo convenido vale aún sin escritura si se puede probar de otro modo, como ocurre con el matrimonio, aun cuando no se hayan redactado documentos del acto”.

¹⁸ OLIS ROBLEDA, S.J, op. cit. Pág. 72.

obligación entre los cónyuges. A esta doctrina de Glück, se opone además Savigny con un nuevo concepto de contrato, donde expone que dicho contrato no contenía obligación; que los mismos pueden ser obligatorios y no obligatorios y que el matrimonio era de estos últimos.

Será la “Teoría de Manenti” la que, por primera vez, demuestra que el matrimonio no se fundamenta en un contrato. Parte de la base de que los romanos exigían a tenor de las definiciones de la compilación justiniana dos elementos para dar vida al matrimonio: *consortium omnis vitae* y la *affectio maritalis*. A partir de aquí, Manenti establece que tal consentimiento no podía entenderse como contractual, inicial, es decir que pudiese existir independientemente de su causa, sino que era un consentimiento continuo, *affectio maritalis*. De esta forma, no había diferencia entre el matrimonio *in facto esse* y el matrimonio *in fieri*, ya que el matrimonio se considera como “haciéndose y como hecho a la vez en cada momento”.¹⁹

La doctrina de Manenti fue aceptada generalmente, aunque no faltaron declaraciones ulteriores por parte de sus seguidores, los cuales apreciaban una analogía entre el matrimonio y la *possessio*, que comentaremos en el siguiente epígrafe.

3.2. Matrimonio como *possessio*.

¿Es realmente equiparable matrimonio a *possessio*? Casi todos los seguidores de Manenti han visto en esta analogía los elementos definitorios que caracterizan a cada una de estas figuras; a pesar de que el propio Manenti no la pusiera nunca de manifiesto.

La relación jurídica que existe entre ambas figuras se encuentra como hemos dicho en los elementos que los conforman, ya que mientras el matrimonio se formaba por la *consortium omnis vitae* como elemento objetivo y la *affectio maritalis* como elemento subjetivo, la *possessio* se formaba por el *corpus* como elemento objetivo y el elemento espiritual llamado *animus rem sibi habendi*. Por lo tanto y como afirma Arias Bonet, “no

¹⁹ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 74.

es desacertado calificar tal interpretación como Teoría posesoria del matrimonio romano”.²⁰

Dicha teoría reconoce que tal y como ocurre con el matrimonio, la *possessio* era una situación de hecho, *res facti*, o un *status facti*, dotado de consecuencias jurídicas. Y en efecto, así han pensado numerosos seguidores de Manenti, como Levy²¹, Bonfante²² o Biondi²³.

Por su parte, Albertario sostiene el cambio en dicha concepción romana en el tiempo clásico y postclásico. Afirma el paralelismo entre el matrimonio y la posesión apoyándose en la concepción romana de la posesión, donde se afirma que ésta únicamente se sostiene en el ánimo, así como ocurría con la permanencia del matrimonio. Según él, sólo en dos casos el matrimonio se sostenía en el ánimo: el de la cautividad y el del destierro de uno de los cónyuges.

En conclusión, no sería correcto aceptar la caracterización del matrimonio clásico como posesoria, ni tampoco como contractual. Así, cobra enorme importancia el *consensus* en el matrimonio, que como hemos ido reiterando a lo largo de este estudio, constituyó el elemento esencial de la institución del matrimonio incluso en tiempos del postclásico.

²⁰ ARIAS BONET, J.A., En cuanto a la no reintegración Iure Postliminii del matrimonio romano, 1955. Pág. 567.

²¹ LEVY, Hergang der romischen Ehescheidung. Weimar, 1925.

²² BONFANTE, Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia, Milán, 1963. Ha señalado los dos elementos, *consuetudo vitae* (convivencia) y *affectio maritalis*, como correspondientes a los elementos de la posesión, “*la possessio naturalis o possessio corpore*”.

²³ BIONDI, Corso di istituzioni di diritto romano, Milano, Giuffrè, 1972. Advertir que el autor sostiene la semejanza del matrimonio con la posesión a causa de sus dos elementos, convivencia y *affectio*. Aunque, ello no le impide fundar en dicha semejanza la negación del *postliminium* respecto del matrimonio.

II. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN MATRIMONIAL.

1. Capacidad natural o física de los contrayentes.

La capacidad natural de los contrayentes es uno de los requisitos del matrimonio. En este sentido, la edad necesaria para que las mujeres pudiesen contraer matrimonio era de doce años, tal y como lo expresan las fuentes. En relación a ello, expone un texto de Ulpiano que la casada menor de doce años será mujer legítima cuando haya cumplido los mismos en poder del varón.²⁴

La pubertad de las mujeres no presenta problema alguno, ya que la misma coincidía con los doce años. Ello era debido, según Plutarco, “*a que los romanos casaban a sus mujeres a los doce años e incluso antes, porque así iban al matrimonio sin vicios en el cuerpo ni en las costumbres*”²⁵. Sin embargo, tratándose de los hombres, es conocida la discusión planteada por los juristas acerca de la pubertad.

Por un lado, los Sabinianos que querían que tal determinación se hiciera a través de la *capacitas generandi* y creían necesario recurrir a la *inspectio corporum* para determinar la llegada a esa edad; por otro lado, los Proculeyanos que señalaban la edad de catorce años. Aunque, de las fuentes²⁶ resulta que esta discusión versaba más bien en relación con la tutela y no con el matrimonio en sí.

Fue Justiniano quien resolvió el problema, cuando en una Constitución Imperial del año 529 acogió definitivamente el criterio sostenido por la Escuela de los Proculeyanos fijando, por lo tanto, la madurez en 12 años para las mujeres y 14 para los hombres²⁷.

²⁴ Ulpiano D. 23,1,9., “*Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si fuerint nuptiae collatae. Et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit; si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta; quam sententiam Papinianus quoque probat.*”

²⁵ FERNÁNDEZ VAQUERO, M.E., “Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano Arcaico”, Universidad de Granada, Pág.202.

²⁶ Ulp. 11, 28. “*Liberantur tutela masculi quidem pubertate...*”.

²⁷ C. 5,60, 3., “*Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes, iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos animo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum púberes existimentur, indagazione corporis inhonesta cessante.*”

2. Capacidad jurídica o *Conubium* de los contrayentes.

El *conubium*, era la capacidad jurídica matrimonial que se requería para poder contraer matrimonio. Ulpiano la define como la facultad de tomar esposa jurídicamente: “*conubium est uxoris iure ducendae facultas*”²⁸. Concepto que no ha sido fácil de entender, de ahí el constante debate doctrinal surgido al respecto y al que haremos referencia a continuación.

En los primeros textos clásicos, como el de Ulpiano, es postulado el *conubium* como requisito positivo del matrimonio²⁹, así como la capacidad física y el *consensus*. Sin embargo, a partir de Justiniano, no se realiza mención alguna al *conubium*. Esto no significa que la palabra hubiera desaparecido, sino que simplemente cambió de significado y pasa a ser sinónimo de *matrimonium*³⁰.

Si nos centramos en el concepto en época clásica, se entendía el *conubium* (positivo) como capacidad jurídica de los contrayentes o personalidad jurídica en cuanto al matrimonio. El *conubium* se tenía o no dependiendo de la clase social a la que se perteneciera de modo que, si una persona pertenecía a una clase social determinada, se podía obstaculizar la unión, de tal forma que no se podía contraer matrimonio aun estando en posesión del *conubium*.

En definitiva y según expone Robleda, “el *conubium* es un elemento por su naturaleza relativo”³¹ en función de quienes eran los que pretendían contraer matrimonio; así pues, sólo podía darse en relación a los *cives* (romanos) y los patricios antes de la *Lex Canuelia* (445 a.C.), y, por consiguiente, no había *conubium* entre los *cives* y no *cives*, como los peregrinos (latinos) o los esclavos; o entre unos *cives* y otros, ya que tampoco había

²⁸ Reg. Ulp. 5,3. “*Conubium est uxoris ducendis facultas*”.

²⁹ Reg. Ulp. 5, 2.: “*Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utriusque consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*”

³⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano”, en *Revista General de Derecho Romano* VI (2006), pág. 33, afirma que en las fuentes romanas se utiliza una amplia terminología para hacer referencia a la realidad social del matrimonio, como puede ser *nuptiae, consortium, coniunctio, communicatio, societas, pactum foedus*, etc.

³¹ OLIS ROBLEDA, S.J. op. cit. Pág. 173.

conubium entre *cives* consanguíneos o afines, entre el tutor y la pupila, o el hijo del tutor y la misma pupila, etc.

3. Consentimiento.

Dentro del amplio campo del Derecho de Familia en Roma y partiendo de la definición de matrimonio como “La unión surgida del consentimiento de varón y mujer” y desarrollando por tanto el concepto, se realizará una reflexión sobre cómo la investigación nos hará derivar del concepto de matrimonio en el que sólo bastaba el consentimiento inicial a un contrato efectuado por el legislador donde sin perdurabilidad no existiría el mismo. (Del “*Consensus facit*” al “*Consortium omnis Vitae*”).

Se hará necesario destacar una de las particularidades que hicieron del Matrimonio Romano, en la época clásica, el momento culmen de esta institución. Época donde éste vivió su auge, apoyado en la columna que sostuvo el edificio del matrimonio clásico hasta que fue sustituida y a la que volvió al pasar de los siglos: El consentimiento continuo.

3.1. *Affectio maritalis*: Consentimiento Continuo.

La unión, *coniunctio*, que en las personas llamamos matrimonio, es de Derecho natural, porque es enseñada por la naturaleza a todo ser vivo sobre la tierra, en el mar o en el aire³². No es la unión sexual lo que hace el matrimonio, sino la *affectio maritalis*³³. Tan importante fue para el Derecho romano de todas las épocas, en especial de la etapa clásica, que con palabras de Fernández de Buján³⁴, “*si no había por parte de los esposos intención de permanecer juntos, éste se disolvía*”.³⁵

³² Ulpiano D.1.1.3., “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit*”.

³³ Ulpiano D.24.1.32.13., “*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*”.

³⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit. pág. 36.

³⁵ Modestino D.23.2.1., “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication*”.

La idea de la vida en común, como el fundamento de la noción de matrimonio *maris et feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus*³⁶, era el factor central. El matrimonio romano no se habría caracterizado por un consentimiento inicial, sino por un consentimiento duradero, expresado, por tanto, no con el término *consensus*, sino con el término *affectio maritalis*. Cuando cesaba este *consensus* o la comunidad de vida, terminaba también el matrimonio.

La convivencia es el auténtico contenido del matrimonio, íntimo principio y fin del mismo y por lo tanto no se puede pretender, ni siquiera para que así quede más clara la esencialidad del *consensus* como causa eficiente, incluirla entre los modos de objetivación de la *affectio* en cuanto generador del matrimonio mismo, puesto que ella es el matrimonio mismo, el matrimonio *in facto esse*, en terminología de Robleda³⁷.

El matrimonio fue considerado por los romanos como continuo, no como inicial, o productor de un vínculo que existiese ya de por sí, independientemente de la emisión primera del acto. En efecto, en este tema, la doctrina mayoritaria, con la excepción única de Piero Rasi³⁸, repite invariablemente esa idea sin detenerse a probarlo, ya que se da por evidente e incuestionable.

Durante los primeros siglos de la comunidad política romana, la convivencia de hecho entre dos personas de distinto sexo y con carácter estable, no produce efectos jurídicos, salvo que dicha relación matrimonial se configure dentro del marco de la familia agnaticia o familia *proprio iure dicta*, es decir, dentro del grupo de personas sometidas a la autoridad del mismo *paterfamilias*³⁹.

En Roma no existen formas especiales de contraer matrimonio. Su existencia se deduce del comportamiento de los interesados como tales cónyuges. Para dilucidar si una

³⁶Ulpiano D. 1.1.3., “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”.

³⁷ROBLEDA S.J. op. cit. . Pág. 59.

³⁸RASI, P., “La conclusione del matrimonio nella Dottrina prima del Concilio di Trento”. Pág. 13. En la cual el autor expone lo siguiente: “Secondo l’intenzione dei compilatori, regolavano un matrimonio sorto da uno scambio iniziale di consensi che perdurava non già perchè continuaba l’ *affectio*, ma perchè esisteva un *vinculum* creato dagli sposi che non poteva essere sciolto se non dagli stessi con una successiva, contraria, manifestazione di volontà (...) si apure limitándole all’ultimo periodo, quello postclassico-giustiniano”.

³⁹FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A, op. cit. Pág. 37.

unión determinada de hombre y mujer, podía ser considerada como matrimonio, se basan en distintos elementos, como pueden ser los siguientes:

- a) “La *testatio*” o juramento solemne, realizado ante los censores u otra autoridad, de convivir con una determinada mujer *liberorum quarendorum causa* (D. 50, 16, 220, 3).
- b) “La *deductio in domum mariti*” o la convivencia de la mujer en domicilio del marido (D. 24,1,66,1 y D.35,1,15.).
- c) “El *honor matrimonii*”, es decir, la participación de la mujer en la dignidad social del marido (D 24,1,32,13).

Estas circunstancias no son formas particulares de matrimonio, sino hechos de los cuales se deduce la existencia y perseverancia de la voluntad de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio, que se considera un elemento fundamental, puesto que el matrimonio no se funda en un contrato, sino en el consentimiento continuado de los cónyuges. Son pues, la voluntad de los cónyuges y su comportamiento recíproco, los que determinan si la relación entre un hombre y una mujer en los que existe *conubium* es un matrimonio o un concubinato.

En resumen, para los romanos, el matrimonio era una situación jurídica fundada en la convivencia de los cónyuges y en la *affectio maritalis*, pero siempre prevaleciendo el consentimiento de los esposos, que es el que verdaderamente crea el vínculo. Este consentimiento no es, como en la regulación posterior del matrimonio, simplemente inicial, sino continuo, por lo que no basta el prestado en el momento de contraer nupcias, no sujetas por otra parte, a formalismo alguno, sino que ha de continuarse otorgando, de tal modo que, si en cualquier momento cesa este consentimiento o la *affectio maritalis*, también se extingue el matrimonio⁴⁰.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, A., “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el Derecho romano”, en Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXII, Universidad de Extremadura 2005, pág. 208; MIQUEL, J., “Consortium omnis vitae: una reflexión sobre derecho matrimonial comparado”, en Anales de la Facultad de Derecho nº 20, Universidad de La Laguna, 2003, pág. 89 señala a Volterra y Orestano como representantes más destacados y genuinos de esta tendencia.

3.2. *Contubernium: Uniones de hecho.*

Nos acerca más a nuestro concepto, la unión libre o unión de hecho, la que se denomina en Derecho romano, de *concubinatus*, entre dos personas libres, que deciden convivir, sin intención matrimonial, sin *affectio maritalis*.

El concubinato, a diferencia del matrimonio, se encontraba únicamente reducido a la cohabitación y a la relación sexual. No se encontraba penado por la Ley y estaba socialmente aceptado. Esto era debido a las numerosas restricciones que se impusieron con la aprobación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* (9 a.C.)⁴¹, donde se prohibía el matrimonio con determinadas mujeres, pero con las que sí estaba permitido el concubinato. Según Marciano⁴², dichas mujeres con las que se podía mantener una relación de concubinato eran “las libertas, las libertas ajenas, las mujeres *ingenuae* (“mujeres ingenuas, pero no honestas”), las que nacieron de oscuro linaje y las que hicieron ganancia con su cuerpo (prostitutas, bailarinas...)”.

Fernández de Buján señala que en las fuentes literarias y especialmente en las inscripciones funerarias se pueden encontrar textos que confirman la estabilidad, afectividad y la publicidad de una gran parte de estas uniones⁴³. La unión de hecho respondía por un lado a la prohibición de la pareja de contraer matrimonio, o bien a la libre voluntad de los mismos a no contraer el mismo, ocurre, por ejemplo, “en el caso de una relación estable entre personas del mismo sexo, que en todo caso no constituía un *concubinatus* en sentido técnico o en los supuestos de coexistencia de una relación matrimonial con una relación de hecho, lo que por otra parte no era objeto de prohibición legal”⁴⁴.

⁴¹ A estas leyes nos referiremos en el apartado segundo “Impedimentos matrimoniales” del Capítulo III.

⁴² D. 25, 7, 3., “*In concubinatu potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime ea, quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit; alioquin si honestae vitae, et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, sed necesse este ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere*”.

⁴³ FERNÁNDEZ BUJÁN, A., op. cit. Pág. 40

⁴⁴ FERNÁNDEZ BUJÁN, A., op. cit. Pág. 41.

En la práctica, la unión de hecho se diferencia del matrimonio, sólo en atención a la ausencia de *affectio maritalis*⁴⁵. Es una unión sexual establecida entre un hombre y una mujer, que carece del *honor matrimonii* y de la *affectio maritalis*. En el fondo, el matrimonio es, en esta época, una relación de hecho no regulada por el Derecho. Si se da con la persona no adecuada, no produce efectos jurídicos, ventajosos o nocivos, simplemente es ignorada por el Ordenamiento Jurídico.

Con el fin de consolidar el vínculo matrimonial, en la época arcaica, se hacía necesario cumplir con la exigencia de una previa promesa de futuro que se formalizaría con un contrato verbal de *sponsio*, exigible a través de la *actio ex sponsu* (sanción indemnizatoria en caso de incumplimiento). Sin embargo, en la época clásica, desaparece dicho formalismo de los esponsales, así como la sanción indemnizatoria y se establece como único requisito el consentimiento de quienes pretenden contraer matrimonio.

El matrimonio, entendido como una situación de hecho que se forma a través de la convivencia entre dos personas de diferente sexo y se mantiene por la simple intención de conservar dicha unión, no requería ninguna formalidad, ni para constituir, mantener o disolver el vínculo conyugal⁴⁶.

Desde esta perspectiva, si entendemos el matrimonio como la unión entre hombre y mujer, con fundamento en la voluntad de constituir la relación mediante un consentimiento inicial, que deberá mantenerse como consentimiento continuado mientras dure la intención de conservar el vínculo conyugal, se aproximaría la relación matrimonial a la contractual, en especial al contrato societario.

3.3. *Consensus facit nuptias*: Consentimiento inicial.

A medida que la Historia continúa su marcha, se va produciendo un cambio, no brusco, pero sí en profundidad.

En la época postclásica intervienen factores tales como los derechos orientales y el advenimiento del cristianismo, que provocan una mutación en cuanto al modo de

⁴⁵ D.25.7.4., Paulus 19 resp. Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.

⁴⁶ FERNÁNDEZ BUJÁN, A., op. cit. pág. 44.

entender el consentimiento. El acento jurídico se coloca en el momento inicial de la celebración del matrimonio.

En el periodo que se ha llamado postclásico o del bajo imperio, la columna que hasta entonces había sostenido el edificio del matrimonio clásico, el consentimiento continuo de los conyugues, se derrumba y es sustituida por otra que el tiempo revelaría menos consistente: El consentimiento inicial, que “refleja la voluntad de los cónyuges, conforme al cual se constituye el matrimonio y que debe reforzarse y objetivarse mediante ritos y ceremonias laicas y religiosas, en detrimento de la voluntad de mantener la relación conyugal, que pasa a un segundo término, al propio tiempo que se restringen las causas y aumentan las dificultades para disolver el vínculo matrimonial”⁴⁷

A partir de aquí se suceden numerosos cambios que veremos a continuación.

3.3.1. *Consensus parentum en las mujeres alieni iuris.*

El Matrimonio romano no se conformaba sólo por el consentimiento de las partes, ya que, tanto en la etapa clásica como en la postclásica, se hizo necesario el consentimiento del *paterfamilias*, bajo cuya potestad se encontraban los cónyuges y que venía expresado en las fuentes con diferentes términos como la *auctoritas*⁴⁸ o la *concessio*⁴⁹, entre otros.

Así lo expone el jurista Paulo en el texto que a continuación transcribimos:

“Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt”.⁵⁰

La *auctoritas* representa una declaración de voluntad o *consensus parentum*, como hemos querido llamar a este epígrafe, que otorga eficacia jurídica al consentimiento, pero que no influye en la durabilidad del mismo, ya que esta facultad corresponde exclusivamente a los cónyuges.

⁴⁷ FERNÁNDEZ BUJÁN, A., op. cit. pág. 44.

⁴⁸ D. 23, 2, 3. “*Si nepotem ex filio, et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse, Pomponius scribit; et verum est*”.

⁴⁹ D. 48, 5, 14, 2.

⁵⁰ D. 23,2,2.

Dicho requisito se debía básicamente al interés del *paterfamilias* de que no entraran en su familia personas que estuvieran fuera de su *potestas* y no con la finalidad de proteger a las personas *alieni iuris* de uniones no convenientes.

Ahora bien, en el matrimonio de los varones *alieni iuris* era necesario un consentimiento expreso por parte del *paterfamilias*, ya que los hijos de éstos (y también los nietos) entrarían a formar parte de la familia. A diferencia de ello, para el matrimonio de las mujeres *alieni iuris* sólo bastaba que el *paterfamilias* no se opusiera a la unión, debido a que sus hijos formarían parte de la familia a la que estuvieran sometidas.

Como toda regla general, contiene una serie de excepciones. La primera de ellas referida al caso en el que el *paterfamilias* hubiera negado su consentimiento sin justificación; se podía entonces recurrir ante un magistrado, el cual le obligaba a concederlo una vez probada la falta de razón⁵¹. Y la segunda, aplicable al caso en el que el *paterfamilias* no se hallaba en condición de dar su consentimiento; por carecer del uso de sus plenas facultades (demente)⁵² o por hallarse ausente o en cautividad⁵³.

3.3.2. *Consensus tutoris en las mujeres sui iuris.*

No cabe duda que en lo referente a los varones no era necesario el consentimiento de alguien para su matrimonio, salvo el propio. El único caso que presenta dudas es el de

⁵¹ OLIS ROBLEDA, S.J. op. cit. Pág. 157. En este sentido, el autor Robleda expone como dicha excepción se debía a la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (año 9 a.C.), completada por una constitución de Severo y Caracalla. Consiste en una norma aplicable tanto a los *filiifamilias*, como a las *filiaefamilias*, como así consta en D. 23,2,19., “*Capite trigessimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antoni, per procónsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotae...*”.

⁵² En tiempo de Justiniano, tanto los *filiifamilias* como las *filiaefamilias* podían casarse sin el consentimiento del *paterfamilias*, siempre que el *praefectus Urbi* o el presidente lo autorizasen, previa comprobación de la verdad oyendo al *curator furiosi* y a los parientes principales; independientemente de si se trataba de un demente o un furioso. Así consta en C. 5,4,25. “(...) *Et Ulpianus quidem rettulit constitutionem Imperatoris Marci, quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito Principe, et aliam dubitationem ex hoc emergeré, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplo mente capti et furiosi filios adiuvante (...)*”.

⁵³ En el supuesto de cautividad o ausencia del *paterfamilias*, el Derecho de Justiniano era claro. Tanto los *filiifamilias* y las *filiaefamilias* tenían que esperar tres años antes de contraer matrimonio; si no respetaban tal prohibición, el matrimonio se sostenía con tal de que pareciera que el *paterfamilias* lo hubiera aceptado. A ello se hace referencia en las diferentes fuentes, como en D. 23, 2, 9, 1: Ulp. “*Is cuius pater ab hostibus captus est (si non intra triennium revertatur) uxorem ducere potest*”.

la emancipación de los hijos varones, donde encontramos fuentes al respecto que afirman que quedaba sin efecto el requisito de contar con el consentimiento del paterfamilias⁵⁴.

Así pues, en lo que se refiere a las mujeres *sui iuris* era necesario el consentimiento del tutor únicamente para el matrimonio *cum manu*. El tutor tenía pues, limitada su actuación en lo referente al matrimonio cuando se transmitía la *manus*⁵⁵ de la mujer y la misma pasaba de ser *sui iuris* a estar bajo la potestad de un tercero, además la misma perdía su capacidad patrimonial y todos sus bienes pasaban a su marido como dote⁵⁶.

⁵⁴ Modestino D. 23, 2, 2 “*Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest*”.

⁵⁵ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C.F., “Origen de los poderes del paterfamilias. El pater familiar y la patria potestad”, afirma que la *manus* es una institución que tiene por objeto romper los vínculos agnaticios con su familia de origen y hacerla entrar dentro de la familia del marido, en el lugar de una hija de su cónyuge.

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

III. EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y SU CONSOLIDACIÓN COMO INSTITUCIÓN.

1. *Matrimonium cum manu* y *matrimonium sine manu*.

La *manus* es una institución familiar que proviene de la etapa más antigua de Roma y que está íntimamente relacionada con el matrimonio. Tiene por objeto romper los vínculos agnaticios de la mujer con su familia de origen y hacerla entrar dentro de la familia de su marido, en el lugar de una hija de su cónyuge⁵⁷.

Los términos *matrimonium* y *manus* están tan estrechamente relacionados entre sí que se hace necesario iniciar este capítulo por la discusión referida a la existencia o no de dos especies de matrimonio en Roma en función de dicha *manus*: el matrimonio *cum manu* y el *sine manu*.

Según la doctrina mayoritaria⁵⁸, en un principio, en Roma, el único matrimonio reconocido era el matrimonio *cum manu*, constituido por la unión permanente de un hombre y una mujer⁵⁹ y el cual conllevaba el sometimiento de la mujer a la *manus* del marido tras un año; ésta pasaba a formar parte de la familia de su cónyuge constituyéndose bajo su potestad o la del *paterfamilias*. Más tarde, nació la nueva especie de matrimonio, sin la *manus*, formado por la misma unión permanente, pero sin la pertenencia de la mujer a la familia de su cónyuge. En este último, el matrimonio ya existía antes de que transcurriera el año del *usus*.

Posteriormente, las dos especies de matrimonio existieron sólo sucesivamente y no como dos tipos de matrimonio diferentes y simultáneos, tal y como afirman algunos autores. En cambio, para otros, coexistieron después las dos especies, hasta que el matrimonio *cum manu* terminó por desaparecer a finales del tiempo clásico. Esta teoría,

⁵⁷ Gai, Inst. 1, 114: “La mujer puede hacer esta compra no solamente con su marido, sino también con un extraño; a saber: se dice que la compra es hecha o por matrimonio o por garantía: la compra que hace con su marido con el fin de estar como hija de éste, se dice compra hecha por matrimonio; en cambio, la compra que hace con otro motivo, ya sea con su marido ya con un extraño, por ejemplo, para evitar la tutela, se dice compra hecha por razón de garantía.”

⁵⁸ VOICI, Istituzioni di diritto romano, Milano, 1954, pág. 464.; CANTARELLA, Matrimonio e conventio in manum, pág. 184.

⁵⁹ Gayo Inst. 1,148. “*Quae in manu est proinde ac si filiae, item nurui quae in filii manu est proinde ac nepti tutor dari potest*”.

que mantiene una diferenciación entre las dos formas de matrimonio, ha sido defendida por autores como Bozza⁶⁰ o Biondo⁶¹, entre otros.

Sin embargo, conviene precisar que no nos encontramos realmente ante dos tipos de matrimonio, sino ante una sola figura con una doble manifestación que se proyecta en la posición de la mujer respecto a la del marido. Así lo exponen autores como Bonfante⁶² o Volterra⁶³, que afirman que la distinción entre ambos no es propiamente romana pues da lugar a la creencia de dos especies de matrimonio y, en realidad, éste, era sólo uno y la *manus* no pertenecía a la esencia del mismo.

1.1. Formas de *Conventium in manum*.

Era frecuente en la antigüedad que el matrimonio conllevara el sometimiento de la mujer a la *manus* del marido. Dicha *conventium in manum* era, por tanto, el negocio jurídico por el cual la mujer pasaba a formar parte de la familia agnaticia de su esposo, constituyéndose bajo la tutela del *paterfamilias* (que podía ser su marido si era *sui iuris*, o bien un tercero si era *alieni iuris* y estaba sometido a la tutela de otro).

La *manus* pasaba a formar parte de la patria potestad a la que el marido estuviera sometido, como ocurría en la adopción, es decir, si el marido era *sui iuris* (no sometido a la patria potestad de nadie), la mujer entraba en la familia con la consideración de “hija” de éste; mientras que si el marido era *alieni iuris* (sometido a patria potestad de otro), la mujer entraba a la familia sometida a la patria potestad de su suegro.

Con el fin de encontrar una solución a los numerosos problemas que envuelven a la *manus* y el matrimonio y así poder delimitar lo que realmente no era matrimonio en Roma, intentaremos analizar la *conventium in manum* desde sus diferentes formas: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*.

⁶⁰ BOZZA, F. “Manus e matrimonio”, en Ann. Macerata, 1941. Pág. 111 y ss.

⁶¹ BIONDO, B. “Farreo coemptione usu”, en Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino. Ed. Jovene, Napoli, 1984. Pág. 1301 y ss.

⁶² BONFANTE. op. cit. Pág. 180.

⁶³ VOLTERRA, E. La conventio in manum e il matrimonio romano, in scritti giuridici, v. III. Jovene Editori, Napoli, 1995. Págs. 205 y ss.

a. Confarreatio.

Tal y como venimos afirmando, para los romanos, el matrimonio era una situación jurídica fundada en la convivencia y en la *affectio maritalis* de los cónyuges, pero siempre prevaleciendo el consentimiento de los esposos como requisito esencial para el nacimiento del mismo. Como ya hemos destacado en el capítulo II de este trabajo, el consentimiento debía ser continuo, no bastaba la mera voluntad inicial de comenzar una relación matrimonial, sino que el mismo debía proyectarse de forma duradera.

Sin embargo, como la concepción preclásica del matrimonio tenía sus raíces en el *Ius Sacrum*, se hacía necesaria la celebración de un rito sagrado con el fin de asumir las obligaciones propias de la relación conyugal y así dar publicidad al negocio jurídico. Así ocurría en la *confarreatio*, un acto mediante el cual los novios declaraban su voluntad de iniciar una relación conyugal. Era la forma más solemne y que, en un principio, se reservaba únicamente a los patricios cuyos padres también estuvieran casados de igual modo.

En un texto de Gayo⁶⁴, se puede observar cómo este acto tenía carácter religioso y se desarrollaba a través de una ceremonia consistente en la ofrenda de un pan (*panis farreus*) a Júpiter ante la presencia de los desposados, del *Dialis Flamen* (sumo sacerdote de Júpiter), del *Pontifex Maximus* y diez testigos.

El matrimonio contraído de este modo conllevaba la entrada de la mujer en la familia de su esposo, con abandono jurídico de la suya propia; de forma que la mujer pasaba directamente de la *manus* de su paterfamilias a la de su nuevo marido.

A modo de conclusión, la voluntad de contraer matrimonio realmente se añadía a la *affectio maritalis* (voluntad de continuarlo), la cual toma especial importancia a partir

⁶⁴ Gayo Inst. 1,112: “*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod iovi farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. quod ius etiam nostris temporibus in usu est: Nam flamines maiores, id est diales, martiales, quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt*”.

del siglo II a.C. cuando el *Ius sacrum* es desplazado por el Derecho laico y la *confarreatio* va cayendo en desuso.

b. Coemptio.

Según el testimonio de Gayo⁶⁵, la *coemptio* consistía en una compraventa ficticia, a través de la cual se manifestaba el consentimiento inicial. Se realizaba mediante la *mancipatio* de la mujer a su marido a fin de crear la *manus*, la cual tenía como finalidad “la ruptura de los vínculos agnaticios a través de la creación de la *manus*, dejando a la mujer *loco filiae* de su marido”⁶⁶.

En este rito, que no tenía ya tal carácter religioso como el anterior, la ceremonia se realizaba en presencia del *librepens* (el cual sostenía una balanza) y ante cinco testigos púberes y ciudadanos romanos. El esposo golpeaba la balanza con un fragmento de cobre que, posteriormente, entregaba al que vendía simbólicamente a la mujer: su tutor, si era mujer *sui iuris*, o bien al *paterfamilias*, si se trataba de una mujer *alieni iuris*.

En este sentido, y aunque Gayo define a la *coemptio* como una imaginaria *venditio*, que se ve modificada al tratarse del matrimonio sólo en la última parte del negocio; la doctrina se plantea si realmente fue un negocio formal o se trataba de una verdadera venta de la mujer a cambio de un precio real. Y son la mayoría⁶⁷ los que gravitan alrededor de esta última hipótesis, en base a la cual, el término *coemptio* conlleva una venta imaginaria, siendo su principal efecto el de constituir la *manus* sobre la mujer, pero permaneciendo la misma con los derechos propios de una ciudadana romana.

Esta forma de la *conventium in manum* estuvo reconocida hasta comienzos del Siglo V. d.C., a pesar de que cayera en desuso en los últimos años de la República.

⁶⁵ Gayo 1,113. “*Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam v testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit eum mulier et is mulierem, cuius in manum convenit*”.

⁶⁶ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C.F., op. cit. pág. 216.

⁶⁷ VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*. Pág. 110, el cual lo compara con otros derechos, sobre todo orientales; BONFANTE. Op. cit. pág. 6., entre otros.

c. *Usus*.

La dimensión religiosa que hasta este momento caracterizaba la adquisición de la *manus* sobre la mujer desaparece por completo. La adquisición de la *manus* mediante el *usus* no parte de rito o celebración alguna, sino que la misma se obtiene a través de la convivencia marital continuada durante un año⁶⁸, lo que se podía evitar si la mujer se ausentaba durante tres noches consecutivas de la casa de su esposo (*usurpatio trinoctii*).

Según las palabras de Gayo, no se puede dudar en la analogía entre la *usus* y la adquisición de la propiedad mediante la *usucapio*, es decir por medio del uso continuado, que se recoge en las XII Tablas.

El *usus* pronto cayó en desuso y fue utilizado por los juristas como un simple recuerdo histórico.

Una vez analizadas cada una de las formas de la *conventium in manum*, debemos concluir alegando, como así hizo Volterra⁶⁹ en diversos escritos, que el matrimonio y la *conventium in manum* fueron dos instituciones enteramente distintas, tanto en lo relativo a sus efectos como en lo relativo a su causa, aunque no cabe duda de que es muy probable que el matrimonio fuese acompañado de la *conventium in manum*, debido a la enorme importancia dada al grupo agnaticio. Todo ello, sin perjuicio de que se acompañaran la una a la otra.

El efecto del matrimonio era la unión del hombre y la mujer *filiorum procreandorum causa*, mientras que el de la *conventium in manum* consistía en incorporar a la mujer a la familia jurídica del marido. En cuanto a la causa del matrimonio era la *affectio maritalis*, es decir la voluntad de llevar a cabo la unión; mientras que la de la *conventio in manum* era la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*.

⁶⁸ Gayo 1,111. “*Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transiebat filiaeque locum optinebat. itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet. sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*”.

⁶⁹ VOLTERRA, E., Corso di Diritto Romano. Diritto di famiglia, Pisa, 1931, 1932. Pág. 184 y ss. Para el nombrado autor, la *conventio in manum* se constituía a través de actos formales (la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*), mientras que el matrimonio no suponía un acto inicial de voluntad, sino que se creaba por la simple *affectio maritalis* de los cónyuges, al menos en la época clásica.

Por lo tanto, siendo esto así, es inadmisibles hablar de dos tipos de matrimonio en Roma, ni siquiera hablar de matrimonio propiamente, puesto que hasta este momento seguimos considerándolo como una simple situación de hecho, con el consentimiento como causa evidente del mismo.

2. Inexistencia del matrimonio en defecto de consentimiento.

Cuando una unión matrimonial carece de uno de los elementos esenciales, no merece la consideración de matrimonio; aunque en determinadas ocasiones incluso la concurrencia de los tres presupuestos constitutivos tampoco alcanza plenos efectos jurídicos para el Derecho Romano. Es lo que se conoce como *Iniustum matrimonium*.

El *iniustum matrimonium* era una unión sin relevancia jurídica, es decir aquella que carecía de capacidad física, *conubium* y consentimiento para contraer matrimonio; por lo que no producía efectos jurídicos válidos.

Volterra⁷⁰, manifiesta que al *iniustum matrimonium* le faltaba el requisito del *ius conubii*, requisito esencial para poder contraer matrimonio. No obstante, no podía considerársele nulo o inexistente, sino que simplemente no derivan de él los efectos jurídicos propios del matrimonio legítimo, concebido como *Iustum matrimonium*. D'Ors, por su parte, afirma que no podía hablarse de nulidad puesto que “el matrimonio no era considerado como un acto jurídico, sino como una mera situación de hecho”⁷¹.

Tal y como deducimos de las palabras de Gayo⁷², la nota esencial que diferencia al *matrimonium iniustum* del *ustum* es la existencia o no del *conubium* y de otros requisitos esenciales, lo que daba lugar a ciertas limitaciones matrimoniales, al no cumplir con los requisitos necesarios para ser jurídicamente relevante para el Derecho Romano.

⁷⁰ VOLTERRA, E. “*Inustum matrimonium*”, en. *Scritti Giuridici*, III, 1991, Pág. 441.

⁷¹ D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*. S.A. Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, 1991. Pág. 282.

⁷² Gayo 1,78. “*Quod autem diximus, inter civem romanam peregrinumque nisi conubium sit, qui nascitur peregrinum esse, lege minicia cautum est, ut is quidem deterioris parentis condicionem sequatur. eadem lege ex diverso cavetur, ut si peregrinam, cum qua ei conubium non sit, uxorem duxerit civis romanus, peregrinus ex eo coitu nascatur. sed hoc maxime casu necessaria Lex Minicia: nam remota ea lege diversam condicionem sequi debuisset, quia ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit. qua parte autem iubet Lex ex cive romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur: nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum era*”.

Derivado de lo anterior y centrando de nuevo nuestra atención en el consentimiento mutuo y continuo de las partes, manifestado a través de la *affectio maritalis* y como presupuesto constitutivo de la relación matrimonial, debemos apuntar que era frecuente encontrar durante la etapa clásica un gran número de matrimonios *iniustum* debidos a la falta de este requisito como pueden ser los matrimonios entre dementes, el matrimonio simulado, o el matrimonio celebrado bajo coacción o miedo. Para Robleda estos requisitos podían ser en cualquier caso subsanables.

a. Matrimonio demente.

El matrimonio contraído por aquella persona que se encuentra privada de juicio y, en consecuencia, de su capacidad de obrar, en virtud de su salud mental, es inexistente debido a su incapacidad. Así queda expuesto en un texto de Ulpiano⁷³, donde se niega la posibilidad de que el demente contraiga matrimonio.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que en el supuesto de que uno de los cónyuges no se encontrase en posesión de sus facultades mentales, ello no invalidaba el matrimonio si la otra parte quería permanecer unido en matrimonio.

En conclusión, puede decirse que nos encontramos ante un matrimonio inexistente por la falta de uno de los presupuestos indispensables para la relación conyugal, el consentimiento libre y continuado⁷⁴.

⁷³ Ulpiano D. 1,6,8. “*Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. Nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. Quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. Sed et si in furore agente eo uxor concipiat, videndum an in potestate eius nascatur filius: Nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: Quod cum ita se habeat, in potestate filium habebit. Proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: Sed et in furore eius conceptus ab eo qui non furebat sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium. Sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquii in furiosis manentibus: nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque*”.

⁷⁴ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 101.

b. Matrimonio simulado.

El matrimonio simulado es aquel supuesto en el que las nupcias eran simuladas, es decir no había concordancia entre la voluntad querida y la otorgada. Gayo⁷⁵, reconoce que en este supuesto el matrimonio sería inexistente para el Derecho Romano; ya que uno de los presupuestos esenciales para la existencia de una relación conyugal era el consentimiento libre de quienes contraían matrimonio, de modo que si éste era fingido no había nupcias.

En este caso, no cabe hablar de nulidad o ineficacia de estos matrimonios⁷⁶, simplemente de una inexistencia del acto jurídico al estar ausente la *affectio maritalis* entre los cónyuges que han contraído una unión simulada, es decir, inválida.

c. Matrimonio por miedo.

El matrimonio por miedo era aquel contraído en contra de la voluntad de uno de los cónyuges o de ambos. Que el mismo fuese llevado a cabo bajo presión, no implicaba la inexistencia del matrimonio; puesto que el miedo no impedía que existiese consentimiento mutuo, aunque no fuera expresado libremente⁷⁷.

Aunque, cabe destacar que estas uniones han sido objeto de debate por considerarse tanto ineficaces como inexistentes. El profesor Robleda⁷⁸, clasifica el matrimonio por miedo como inexistente, al faltar el elemento de la *affectio maritalis* y no haber, por tanto, acto jurídico alguno.

3. Impedimentos matrimoniales.

Como hemos resaltado anteriormente, la concurrencia de todos los presupuestos esenciales, entre los que se encuentra el consentimiento, no era muchas veces suficiente

⁷⁵ Gayo D. 23,2,30. “*Simulate nuptiae nullius momenti sunt*”.

⁷⁶ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 103, como se recoge por Robleda, es Orestano en STRUTTURA, Pág. 373 y ss. el que distingue entre matrimonio nulo e inexistente, entendiéndose que matrimonio nulo significa también para él matrimonio ineficaz, es decir nulo en cuanto al estado del matrimonio (inexistencia actual de efectos); y matrimonio inexistente, no matrimonio; careciendo de sentido hablar por tanto de ineficacia.

⁷⁷ Terencio Clemente D. 23,2,21. “*Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere*”.

⁷⁸ O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo*; op. cit. pág. 1136.

para que naciera de ella una relación conyugal. La situación de *Iustum matrimonium* debía apreciarse partiendo de la ausencia de los impedimentos legales al nacimiento de la relación conyugal que veremos a continuación. Entendiendo a los impedimentos legales como meras prohibiciones para aquellos que hubiesen contraído matrimonio.

3.1. Consanguinidad, afinidad y cognación legal.

Abordaremos en este epígrafe los impedimentos de la consanguinidad, afinidad y cognación legal de forma conjunta, dada la relación que hay entre los mismos, puesto que todos ellos forman parte de la estructura de la familia romana.

El matrimonio en línea recta y línea colateral, al menos hasta el tercer grado, entre consanguíneos era inválido. Por lo tanto, el impedimento se daba entre hermano y hermana, consanguíneos en segundo grado, y entre tíos con sobrinas y viceversa, consanguíneos en tercer grado. No hay impedimentos entre hijos de hermanos, ya que se trataría de parentesco en cuarto grado⁷⁹.

Aunque, cabe una excepción, referida a la exclusión del impedimento en tercer grado, es decir del matrimonio entre tío y sobrina y viceversa. Fue introducida por el Emperador Claudio, a través de un SC, a. 49.; para poder contraer matrimonio con Agripina, hija de su hermano Germánico y alcanzaba a toda la línea.

De igual modo, era inválido el matrimonio contraído entre suegro y nuera o entre suegra y yerno, así como entre madrastra o padrasto y su filastro o filastra, respectivamente; como así se refleja en la definición de afinidad⁸⁰ recogida en Digesto 38,10,4,3⁸¹.

Por otro lado, encontramos otro de los impedimentos en la adopción, que se daba entre adoptante y la hija o hijas adoptivas en línea recta, como en línea colateral, es decir entre

⁷⁹ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 182.

⁸⁰ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 189.

⁸¹ D. 38, 10, 4, 3. “*Afines sunt viri et uxores cognati, dicti ab eo, quos duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit*”.

los adoptados y los hijos naturales (nietos) del adoptante, o entre el adoptado y la hermana del padre o la hermana del abuelo⁸².

Es preciso señalar que la adopción tenía los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, aunque es cierto que era un vínculo que, en ciertos supuestos, podía disolverse mediante la emancipación.

3.2.Ligamen

La preexistencia de un matrimonio ya contraído, era una circunstancia que impedía el posterior matrimonio, por parte de los que pretendiesen realizarlo.

El impedimento del ligamen fue un obstáculo tanto en el tiempo clásico como en el postclásico, de modo que era necesario el divorcio del primer matrimonio para poder contraer el segundo. La razón de dicho impedimento, por tanto, no está en la relación de divorcio, sino en la necesidad de disolver el primer matrimonio antes de poder contraer el segundo, ya que, preexistiendo el primero, no sería válido el segundo⁸³.

Todo ello, a causa del Principio de la Monogamia, invariable en el tiempo y confirmado por Volterra⁸⁴: *“Questi passi sembrano dimostrare chiaramente come all’epoca classica il concetto del matrimonio e del divorzio romano e il principio strettamente monogamico portassero necessariamente alla decisione che il secondo matrimonio sciogliesse necessariamente ipso iure il primo, intendendosi cessata l’affectio maritalis nei riguardi del coniuge precedente da parte del coniuge che si unisce con altra persona stabilmente con intenzione di formare un nuovo vincolo matrimoniale”*. A esto no se opone, el romanista Gayo⁸⁵, quien afirma, nuevamente, que el matrimonio romano es monogámico.

⁸² OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Págs. 187 y 188.

⁸³ OLIS ROBLEDA, S.J., op. cit. Pág. 180.

⁸⁴ VOLTERRA, Il matrimonio romano. Pág. 296.

⁸⁵ Gayo, 1, 63. *“Item eam (ducere no licet) quae mihi, quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus, quondam, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse non potest, neque ídem duas uxores habere”*.

3.3. Tutela

Ni el tutor ni el curador podían desposar a la mujer que tuvieran como pupila en edad adulta; salvo que viniera precedido de una *sponsalia* pactada con el paterfamilias, o bien viniera estipulado en el testamento de este último.

El impedimento duraba sólo mientras durase la tutela (o curatela) y, en todo caso, mientras la pupila no superase los 25 años de edad⁸⁶.

Dicho impedimento se debió principalmente, según el jurisconsulto Calistrato⁸⁷ (s. III d.C.) a los continuos engaños relativos a los bienes de la pupila.

3.4. Prohibiciones de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y de la *Lex Papia Poppaea nuptialis*.

En cuanto a las prohibiciones recogidas en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y de la *Lex Papis Poppaea nuptialis* (9 a.C.), cabe tener en cuenta que ambas leyes, formaban un único cuerpo jurídico, denominado *Lex Iulia et Papia Poppaea*⁸⁸, que aprobado en tiempos de Octavio Augusto tenía como finalidad principal intentar la restauración de la familia romana sobre la base de las tradiciones para desarrollar una política legislativa que favoreciera las uniones matrimoniales contraídas lícitamente, así como fomentar la natalidad.

En una época en la que no existían más fuentes que las costumbres, estas leyes matrimoniales se convirtieron en una pieza clave para el Derecho Romano clásico y en este sentido, se hace necesario, por tanto, reparar en las prohibiciones o impedimentos emanados de las mismas.

⁸⁶ O. ROBLEDA. Op. cit. Pág. 204 y 205.

⁸⁷ D. 23, 2, 64, 1. “(...) cum ideo prohibueril (SC.) huiusmodi nuptias ne pupilae in re familiari circumscribantur ab his qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur”.

⁸⁸ FALCAO, M. Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1973. Pág. 11.

El primero de estos impedimentos era el matrimonio entre senadores, sus hijos y sus ulteriores descendientes hasta el tercer grado, tanto ellos como ellas⁸⁹, por una parte, y libertinos, personas de teatro y prostitutas, por la otra⁹⁰.

El segundo de los impedimentos lo establecía la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* entre los ingenuos, por una parte, y las personas que practican el lenocinio, o los libertos de ellas, las condenadas en juicio como adúlteras y las mujeres involucradas en “diversiones públicas”, por otra⁹¹.

Estos impedimentos continuaron en vigor hasta al menos la primera parte del tiempo postclásico, aunque Justiniano acabó por derogarlos en su totalidad.

3.5. Adulterio.

En lo referente a la calificación del adulterio, la *Lex Iulia et Papia Poppaea* incluía en este concepto las relaciones extramatrimoniales, es decir, el matrimonio entre ingenuos y mujeres *in adulterio deprehensas*⁹².

La adúltera no podía contraer matrimonio en absoluto, tanto en la vida del marido, como después de su muerte. La *Lex Iulia de adulteriis* convirtió el adulterio de las mujeres en crimen o delito lesivo del bien público, condenable, por tanto, en juicio público. En el delito o crimen, se funda, además, que el impedimento matrimonial tenga carácter de medida penal.

Como se puede observar, no se da ningún tipo de impedimento en cuanto al matrimonio entre ingenuos y libertos, aunque es cierto que dicho obstáculo pudo existir ya en la caída de la República, tal y como manifiesta Celso en D. 23,2,23: “*Lege Papia Cavetur omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere*”.

Como conclusión podríamos afirmar que las leyes matrimoniales promulgadas durante el Principado favorecieron los matrimonios entre diferentes clases sociales, al

⁸⁹ D.23, 2, 47.

⁹⁰ O. ROBLEDA. Op. cit. Pág. 192.

⁹¹ O. ROBLEDA. Op. cit. Pág. 193 y ss.

⁹² D. 23, 2, 44, 8. “*Eas, quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, Senatores non ducent*”.

tratar de agrandar el cerco de personas que tenían *conubium*, así como su regulación jurídica. Aunque, ello no impidió que las mismas cayeran en desuso a partir del siglo IV d.C., debido a la oposición del cristianismo con sus nuevas ideas acerca del matrimonio.

4. Consolidación del Matrimonio como Institución.

El Matrimonio se considera por un sector mayoritario de la doctrina como un hecho social, el cual para tener relevancia jurídica debe ser conforme a derecho⁹³. El matrimonio, por tanto, interesa a los romanos en la medida en que despliega efectos jurídicos, tales como la constitución de hecho de una sociedad conyugal o la filiación, como resultado de la obtención de la patria potestad.

Puesto que únicamente el matrimonio legítimo produciría nuevos ciudadanos, y era en este sentido una fuente de ciudadanía, el mismo parecía interesar a los juristas, solamente para el control de la nueva ciudadanía⁹⁴. Principio político de la civitas⁹⁵.

En consecuencia, la institución matrimonial cambió de forma considerable en época postclásica debido a las transformaciones originadas en torno a la familia tradicional romana y a la influencia progresiva del cristianismo, con la llegada de los emperadores Constantino I y Justiniano⁹⁶.

Hasta este momento, la única legislación matrimonial existente era la de Octavio Augusto, que pasa a ser parcialmente derogada por Constantino I. El matrimonio, como situación de hecho que se manifiesta a través de la voluntad de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio a través de la *affectio maritalis*, comienza a dejarse de lado, cobrando mayor importancia otro tipo de consentimiento, el inicial o *consensus facit nuptias*⁹⁷. El matrimonio postclásico se basa ahora, en un consentimiento inicial de dos personas capaces, en el que vínculo se mantenía, se conservase o no el *consensus*.

⁹³ J. A. SOUTO. Derecho matrimonial. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2002. Pág. 43.

⁹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit. Pág. 40.

⁹⁵ FUENTESECA, P. Derecho Privado Romano. Madrid, 1978. Pág. 387 y 388.

⁹⁶ MUÑOZ CATALÁN, E. Las uniones extramatrimoniales ante la falta de *conubium*: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica. Huelva, 2013. Pág. 303.

⁹⁷ VOLTERRA, E. op. cit. Pág. 647. Volterra sostiene que tal afirmación significa que el matrimonio estaba basado en la voluntad recíproca de los contrayentes, y ya no en una voluntad continuada.

Tras la Constitución Antoniniana del 212 d.C., desaparece el requisito del *conubium*, con la intención de favorecer por un lado la plena equiparación de los cónyuges y por otro, la capacidad general de todas las personas de elegir con quién contraer matrimonio, ya que la misma concedía la ciudadanía romana a todos los súbditos del Imperio. El matrimonio perduraba por el consentimiento inicial, aunque alguno de los cónyuges perdiese su capacidad jurídica.

Aunque, si bien es cierto que no fue hasta el emperador Justiniano, cuando se derogó de forma completa la legislación sobre el matrimonio de Augusto, a través de la Constitución del año 534 d.C.⁹⁸, momento en el cual aparece el matrimonio como lo conocemos ahora, como un negocio jurídico con el consentimiento como causa evidente del mismo: El matrimonio como Institución.

⁹⁸ CJ. 6,51,1: “Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret”.

IV. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

1. Indisolubilidad del matrimonio.

Como hemos visto hasta ahora, el matrimonio en Derecho clásico requería un consentimiento con carácter de permanencia, mientras que en Derecho canónico era necesario un consentimiento inicial. Teniendo este concepto como punto de partida, “*ha querido hallarse en el cristianismo, más concretamente en su doctrina canónica el móvil determinante de la Teoría del consentimiento inicial*”⁹⁹.

No puede negarse que cuando se comienza a dilucidar la nueva concepción de consentimiento inicial, el cristianismo estaba provocando profundos cambios; aunque no es hasta años más tarde, incluso siglos después cuando empieza a hablarse de un cuerpo jurídicamente elaborado de doctrina canónica. Es más correcto referirnos a la incidencia del Derecho romano en la concepción cristiana, dando forma a la misma con su construcción jurídica clásica, y no al contrario¹⁰⁰.

Aunque, se hace necesario destacar la importante innovación que produce el cristianismo en dos ámbitos fundamentales, la patria potestad y la predilección por algo que hasta el momento era inimaginable para el Derecho clásico: La indisolubilidad del matrimonio¹⁰¹.

El matrimonio en Derecho postclásico surge de un consentimiento inicial de los cónyuges, o *consensus facit nuptias*, que sigue vigente a partir del siglo IV d.C. y que continúa existiendo aun cuando la voluntad de uno de ellos de seguir unido al otro cesa. Esta nueva concepción de matrimonio viene confirmada en las constituciones imperiales

⁹⁹ NÚÑEZ PAZ, M.I. op. cit. Pág. 41

¹⁰⁰ SOUTO, J.A., op. cit. Pág. 44. “Las intervenciones de la Iglesia se dirigen a los aspectos religiosos o morales, sin cuestionar la configuración jurídica del matrimonio romano. La monogamia, la indisolubilidad o ciertas prohibiciones para contraer matrimonio con paganos se desenvuelven en el ámbito de las recomendaciones morales, sin traspasar el campo de lo jurídico. Como ha afirmado V. Reina: «podemos concebir la intervención jurisdiccional de la Iglesia en esta primera época como una actividad tendente a evitar que el Derecho Romano paganizase el matrimonio de los cristianos. Por tanto, tal intervención tenía un carácter excepcional e interno y la vigencia del Derecho romano seguía teniendo carácter general. La Iglesia no pretendía elaborar un Derecho matrimonial completo, sino dictar -sólo cuando fuera preciso- algunas normas a las que debían atenerse los cristianos en la asunción de la legislación romana «”.

¹⁰¹ NÚÑEZ PAZ, M.I. op. cit. Pág. 42.

conservadas en los Códigos de Teodosiano, Justiniano y en las Novellas, y será el punto a partir del cual operará toda la doctrina canonística y civilística posterior¹⁰².

Si recurrimos a la *Novella 22*¹⁰³, como fuente ineludible, promulgada por el emperador Justiniano en el año 536, etapa final de la vigencia del Derecho Romano, vemos como el mismo declaraba que el matrimonio romano era una relación humana que se constituía por la voluntad de los cónyuges de permanecer unidos bajo la consideración de marido y mujer. Asimismo, reconocía la disolubilidad del matrimonio, ya que expone que “*todas las cosas que se hacen entre los hombres es disoluble cualquiera que se liga*”¹⁰⁴.

En esta época, de transición entre la Edad Antigua y la Edad Media, la supervivencia del Estado exigía contar con una sociedad fuerte, a través de la institución del matrimonio en la que los esposos, con voluntad sincera, hicieran efectiva la idea tradicional de *societas*. Fue en este momento cuando Justiniano, acometió múltiples reformas, que tenían por objeto darle a la institución del matrimonio la importancia que para el Estado estaba adquiriendo.

Los cambios que introdujo este emperador, influido por su ideología cristiana, resultaron sorprendentes para sus súbditos, habituados a sus costumbres y a la tradición romana y todo ello, con la intención de imponer lenta e inexorablemente, la indisolubilidad¹⁰⁵ del matrimonio¹⁰⁶.

¹⁰² NÚÑEZ PAZ, M.I. op. cit. Pág. 57.

¹⁰³ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/605/6.pdf>

¹⁰⁴ CATALÁ RUBIO, S. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2006. Pág. 73.

¹⁰⁵ LÓPEZ-ALARCÓN, M. Y NAVARRO-VALS, R., Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado. Ed. Tecnos, SA., 1987. Pág. 75. “La indisolubilidad consiste en la perpetuidad del vínculo matrimonial, una vez constituido válidamente, sin que pueda disolverse fuera de la muerte, ni por su propia naturaleza, ni por la voluntad de los cónyuges, ni por acto de autoridad humana. Lo confirma Jesucristo en Mt. 19, 3-7. « Lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre»”.

¹⁰⁶ CATALÁ RUBIO, S. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2006. Pág. 73.

2. *Consensus facit nuptias.*

El principio bíblico de la comunidad conyugal “*duo in carne una*”¹⁰⁷, aportaba un argumento de peso en contra de la suficiencia del consentimiento de los cónyuges para la verdadera constitución del matrimonio, de acuerdo a la teoría inicial de consentimiento, *consensus facit nuptias*.

A ello se oponía, la concepción germánica¹⁰⁸ del matrimonio, según la cual el mismo se formaba a través de la cesión del *mundium*¹⁰⁹ mediante un contrato, por parte de quien tenía la autoridad sobre la mujer, seguido generalmente de una dote.

El Papa Nicolás I, a mediados del s. IX, afirmó respondiendo a los búlgaros que “*para el matrimonio es suficiente el consentimiento de los que se casan y que, si éste falta, todo lo demás, incluso el propio coito, no tiene efecto alguno*”¹¹⁰. Es lo que comúnmente se conoce como la “*copulatheoria*”, la cual rivalizó en la Iglesia con la teoría consensual del Derecho romano, dominando ésta última en Francia y aquella en Italia. Aunque, la línea consensual en sus líneas fundamentales, se hizo común en toda la Iglesia latina, a principios del Siglo XIII.

La doctrina católica, otorga la siguiente definición de matrimonio, que como podemos observar es idéntica a la del Derecho Romano: “*matrimonium est viri et mulieris maritalis coniunctio inter legitimas personas, individuam vitae consuetudinem*

¹⁰⁷ GRANADOS, J., Una sola carne, en un mismo espíritu: Teología del matrimonio. Ed. Pellicano. Madrid, 2014. Pág. 151. A partir de este Principio, se entiende al matrimonio como “la conjunción en una sola carne del varón y de la mujer de modo que, acogiéndose y entregándose mutua e irrevocablemente, compartan una misma vida indivisible y se abran, desde ahí, a la generación de los hijos y al servicio de la Sociedad, en el horizonte de un camino común hacia el Creador”.

¹⁰⁸ PLANITZ, H., Principios del Derecho Privado Germánico. Barcelona, Bosch Casa Ed. Pág. 289. Planitz expone: “El matrimonio era una comunidad de vida plena y duradera, y para los germanos tenía además carácter divino, puesto que en ella se consumaba la renovación de la Sippe. El marido gozaba del *munt* o potestad sobre su mujer; un matrimonio sin *munt* no tenía lugar entre los germanos”.

¹⁰⁹ CAZORLA, M.C., La protección jurídico patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho Romano. Revista de Derecho UNED, Núm 7, 2010. Pág. 131. El *mundium*, era el equivalente germánico de la *manus*, es decir, la potestad jurídicamente atribuida al cabeza de familia sobre el círculo de miembros que la integran. El *mundium* o también llamado *munt*, en particular, se atribuía al jefe de la Sippe sobre todos sus componentes otorgándole un poder que iba mucho más lejos que la simple patria potestad del Derecho romano.

¹¹⁰<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/consentimiento-matrimonial/consentimiento-matrimonial.htm>.

*retinens*¹¹¹. Aunque, falta en la misma, la nota esencial que distingue al matrimonio cristiano del romano, la comunicación de la gracia.

En el cristianismo, hasta el s. XVI, la competencia para la regulación del matrimonio correspondía exclusivamente a la Iglesia. La única forma de matrimonio era aquella celebrada eclesiásticamente y sin control alguno por parte del Estado, hasta tal punto que Pío X condenaba la negación del matrimonio como institución divina por parte de los modernistas¹¹², así como la negación de la sacramentalidad del matrimonio por aquellos que los consideraban como cosa exterior y mundana.

El matrimonio cristiano, por tanto, se funda indisolublemente en la prestación recíproca del consentimiento de cada uno de los cónyuges como causa eficiente de éste y es en base a ello por lo que a partir del s. XII, la mayoría de los canonistas abordan al mismo desde la categoría de los contratos por el llamado Principio consensual, por el cual *“solum consensus requiritur ad essentiam matrimonii”*¹¹³. Esta aportación de la canonística medieval, ha sido el principal argumento de los civilistas contemporáneos para reducir el matrimonio a un simple contrato, por el cual se deja a la libertad de los cónyuges la determinación de los efectos, duración y finalidad del mismo.

En el s. XIX hasta mediados del s. XX, las leyes civiles eran una copia de la normativa canónica, excepto en la Ley de Divorcio. Actualmente, en el s. XXI, en algunos países ya no existen similitudes, sino grandes diferencias entre las legislaciones matrimoniales canónica y civil como, por ejemplo, en España, donde tal y como ocurría en el Derecho clásico, el matrimonio requiere un consentimiento con carácter de permanencia.

¹¹¹ "El matrimonio es la unión marital de varón y mujer entre personas legítimas, que retiene una comunidad indivisible de vida". P. LOMBARDO, *Quatuor libri Sententiarum*. Sent. IV 27, 2.

¹¹² El Sílabo de Pío IX (1864), Las encíclicas Arcanum de León XIII (1880) y Casti connubii de Pío XI (1930).

¹¹³ CANDAU CHACÓN, M.L., Las mujeres y el honor en la Europa Moderna. Publicaciones Universidad Huelva. Pág. 244. Según la autora, el Principio consensual resultaba de la influencia del Derecho Romano, ya que para los romanos “el matrimonio es un hecho social que se manifiesta en la convivencia con consentimiento continuado; cuando cesa éste, se interrumpe la relación matrimonial”.

V. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y COMPARADA.

En primer lugar, y para hacer un estudio más certero de lo que ahora mismo nos atañe, será necesario conceptualizar “sistema matrimonial”; como aquel conjunto normativo de derecho común que relaciona la regulación matrimonial del Ordenamiento jurídico con las distintas formas matrimoniales (artículo 32.2 de la Constitución Española), en cuanto al modo de contraer, al régimen matrimonial y a sus efectos.

Partiendo de esta base, procederemos a contraponer el consentimiento, requisito fundamental para el nacimiento legítimo del matrimonio, de la legislación española con la legislación comparada, únicamente de aquellos sistemas matrimoniales de Derecho comparado más representativos del mundo Occidental.

1. Consentimiento matrimonial en la legislación española.

El Sistema matrimonial que se aplicaba en España, era el sistema romano, en el que bastaba el mero consentimiento sobre la base de la *affectio maritalis*. Aunque, después de un Decreto de 1564 comienza a aplicarse el matrimonio canónico¹¹⁴.

Posteriormente, con la aprobación del Código Civil español en 1889, el cual ha perdurado hasta la Constitución de 1878, rige en toda España un concepto unitario de matrimonio, basado en los principios y derecho de libertad religiosa (art. 16 CE) y del derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE). Al respecto, expone la propia Constitución en su artículo 32.1.:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

El matrimonio puede definirse como la unión entre dos personas con el fin de establecer una plena comunidad de vida. En este sentido, y en relación con el requisito del consentimiento como presupuesto fundamental, cabe destacar el artículo 45 del Código civil, que explica lo siguiente:

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, A., op. cit. Pág. 212.

“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”.

Del nombrado artículo, se desprende que no es suficiente cualquier declaración de consentimiento sino uno específicamente matrimonial y en las formas que se determinan en los artículos 49 y 50 de la propia Constitución. Además, en el Código civil español se exige el cumplimiento de una serie de formalidades, aunque desligadas en todo momento del consentimiento matrimonial.

La necesidad de consentimiento, como requisito indispensable puede verse reflejada en el artículo 73.1. del Código civil, donde se pone de manifiesto que *“es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”*.

En conclusión, el matrimonio español, en cuanto vínculo jurídico, se constituye por el consentimiento que prestan los esposos acompañado del cumplimiento de determinadas formalidades. El vínculo conyugal persiste con independencia de la voluntad de los contrayentes¹¹⁵.

2. Consentimiento matrimonial en la legislación comparada.

a) Alemania

En Alemania, nos encontramos con un Sistema monista¹¹⁶, en el cual el Estado sólo reconoce el matrimonio celebrado conforme a las normas de su propio Ordenamiento Jurídico, es decir únicamente se reconoce y se permite el matrimonio civil. Los matrimonios religiosos son irrelevantes, carecen de efectos.

¹¹⁵ CATALÁ RUBIO, S., op. cit. Pág. 72.

¹¹⁶ MORENO BOTELLA, G., “Libertad religiosa y Sistemas matrimoniales en el Derecho comparado”. Pág. 196.

El BGB expresa una definición de matrimonio en su artículo 1.353.1.:

“El matrimonio se contrae de por vida. Los esposos están recíprocamente obligados a convivir en comunidad conyugal”¹¹⁷.

El matrimonio cesa por la falta de voluntad de los cónyuges de continuar con la convivencia en común, tal y como se recoge en el artículo 1.567.1:

“Los cónyuges viven por separado cuando entre ellos no existe una comunidad de vida y cuando uno de los cónyuges rechaza la vida matrimonial”¹¹⁸.

Sin embargo, no se expresa de manera explícita la necesidad del consentimiento de los cónyuges, como requisito indispensable para la configuración del matrimonio como tal.

b) Italia

En Italia por su parte, se establece un Sistema pluralista mixto¹¹⁹, mediante el cual los contrayentes pueden decidir entre matrimonio civil, canónico o cualquier otro matrimonio civil, en los que sólo se acepta la forma.

La legislación de Italia no ofrece una definición expresa de lo que debe considerarse matrimonio, aunque cabe destacar que la Constitución realiza una mención acerca del mismo en su artículo 29.1.:

“La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se registrará sobre la base de la igualdad moral y jurídica de

¹¹⁷ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 1353.1 Eheleiche Lebensgemeinschaft: “Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung”.

¹¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 1567.1 Getrenntleben: “Die Ehegatten leben getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Die häusliche Gemeinschaft besteht auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben”.

¹¹⁹ MORENO BOTELLA, G., op. cit. Pág. 197.

*los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia*¹²⁰.

Aunque, tampoco la prestación de consentimiento por parte de los esposos, se exige como presupuesto fundamental para el nacimiento de la relación conyugal.

c) Gran Bretaña

Por su parte, Gran Bretaña se rige por un Sistema pluralista¹²¹, en el cual los contrayentes pueden decidir la forma de celebración del matrimonio. En este Sistema, los futuros esposos pueden elegir entre el matrimonio en la forma civil, o bien en forma religiosa acogiéndose a alguna Iglesia o confesión.

La legislación de Gran Bretaña, tampoco ofrece una definición clara sobre lo que se entiende como matrimonio, pero dedica una ley (Act. 1949), que habla de todo lo relacionado con el mismo. En la introducción de dicha Ley, se relata lo siguiente:

“Ley para consolidar las promulgaciones relacionadas con la solemnidad y la inscripción del matrimonio en Inglaterra con ciertas correcciones y mejoras autorizadas por The Consolidation of Enactments (Procedure)”¹²².

En lo referente al consentimiento, únicamente se hace referencia al que debe ser otorgado por los padres cuando se trata de matrimonios de personas menores de 21 años y no, en referencia al mismo como requisito para la existencia del matrimonio.

Como se puede observar, no en todos los Ordenamientos Jurídicos se define la Institución del matrimonio. En algunos países, se recoge la regulación del mismo en sus Códigos civiles, como es el caso de España y otros que regulan dicha institución a través de leyes específicas, como es el caso de Gran Bretaña.

¹²⁰ Costituzione italiana, articolo 29.1.: “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.

¹²¹ MORENO BOTELLA, G., op. cit. Pág. 197.

¹²² Act, 1949: “An Act to consolidate certain enactments relating to the solemnization and registration of marriages in England with such corrections and improvements as may be authorised under the Consolidation of Enactments (Procedure)”.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Además, en relación con el consentimiento matrimonial, hay países en los que se recoge el mismo explícitamente como requisito fundamental, como ocurría en el Derecho romano; mientras que otros, siguiendo otras líneas de fundamentación, ni siquiera hacen mención al mismo.

“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”, expone tácitamente nuestro Código civil.

A partir de esta definición que otorga nuestra legislación, la base troncal de este nuestro trabajo, está en dos de las palabras que la integran: Matrimonio y consentimiento. Dos conceptos que no tendrían sentido de existir, si no va el uno acompañado del otro.

No siempre el consentimiento ha sido como en nuestros días, un consentimiento continuo, entendiéndose como tal, el consistente en la permanencia de la intención recíproca de ambos cónyuges de seguir unidos en matrimonio. Así como, no ha sido siempre considerado el Matrimonio como una Institución jurídica.

El desarrollo del trabajo ha consistido en dar respuesta a dos preguntas que se le han suscitado, con anterioridad a elaborar el mismo, al que suscribe:

¿Qué es el consentimiento?, y, ¿Qué características debía tener el Matrimonio para ser considerado conforme a Derecho?

En este sentido y de acuerdo a lo investigado, se enumeran las principales conclusiones con el objetivo de identificar los puntos esenciales del presente estudio:

Primero. Para que podamos llamar Matrimonio a la unión entre dos personas, debe existir consentimiento matrimonial, que debe darse al inicio de la situación conyugal. La eterna discusión se centra en si basta con el consentimiento al inicio de la relación o si éste debe irse renovando durante la duración del mismo, como consentimiento libre y continuado.

Segundo. El consentimiento se configura inicialmente en el Derecho Romano como presupuesto esencial para la existencia de la situación matrimonial, era necesario partir del consentimiento inicial de las partes, si bien éste, no era suficiente en el momento de contraer nupcias, sino que se debía continuar otorgando a lo largo de toda la relación conyugal. Por lo tanto, si cesaba el consentimiento continuo; base fundamental sobre la

que se apoyaba la concepción de matrimonio en la época romana clásica, también terminaba el matrimonio.

Tercero. El matrimonio, no podía existir, hasta este momento, en virtud de un consentimiento únicamente inicial o contractual, es decir, el mismo no consistía en un acto inicial de voluntad del que se originaba un vínculo jurídico, sino que derivaba de un consentimiento continuo.

Cuarto. Como respuesta a la segunda cuestión planteada, para llamarse Matrimonio y tener configuración jurídica, se debe contar con capacidad civil, que debe ir a su vez unida a la capacidad natural. De no ser así, el matrimonio no podría ser considerado legítimo.

Quinto. Puesto que únicamente el matrimonio legítimo, parecía interesar a los juristas, como única fuente de ciudadanía. Es en este momento cuando cobra especial importancia y se empieza a fraguar la ruptura de esta columna que era la base del matrimonio hasta el momento: el consentimiento continuo. El emperador Justiniano, viendo los problemas que acaecían en las costumbres romanas, anula las leyes que hasta este momento existían, con renovadas intenciones de cambiar la columna hacia el consentimiento inicial, como causa evidente del matrimonio como negocio jurídico. Por primera vez, podemos hablar del matrimonio como Institución, y se puede denominar a los artífices del matrimonio, por primera vez, como esposo y esposa. En esta época, las múltiples reformas de Justiniano tenían por objeto darle a la Institución del matrimonio la importancia que para el Estado estaba adquiriendo.

Sexto. Para concluir debemos apuntar que el consentimiento es un presupuesto fundamental que continua vigente en nuestro Ordenamiento jurídico, aunque con algunas modificaciones superficiales. Todo ello dando lugar a una comunidad de vida como es el matrimonio, pilar fundamental de la sociedad. No ocurre así en el resto de la legislación europea, donde el concepto se ha ido difuminando.

Basándome en esta línea, y como cierre de la conclusión, repetiré la misma herramienta que he utilizado al principio, traspasando literalmente la ley italiana, que expone:

“La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio (...)”.

Vemos cómo a pesar del devenir de los tiempos y siguiendo el contexto de la propia Ley, se vuelve a los inicios del matrimonio, donde el mismo continúa siendo de Derecho natural, donde como exponía Ulpiano, es el consentimiento continuo el que forma el matrimonio.



➤ Libros y revistas:

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C.F., “Origen de los poderes del paterfamilias. El pater familiar y la patria potestad”. Editorial Dykinson, S.L., Madrid.

ARIAS BONET, J.A., “En cuanto a la no reintegración Iure Postliminii del matrimonio romano”, 1955.

ASTOLFI, R. Il matrimonio nel diritto romano preclásico. Seconda edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002.

BERNARD MAINAR, R. Derecho Romano: curso de derecho privado romano. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006.

BIONDI, Corso di istituzioni di diritto romano. Milano, Giuffrè, año 1972.

BIONDO, B. Farreo coemptione usu, in Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino. Ed. Jovene, Napoli, 1984.

BONFANTE, Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia, Milán, 1963.

BOZZA, F. Manus e matrimonio, Ann. Macerata, 1941.

CACHINERO SÁNCHEZ, B. “El modelo europeo de matrimonio: evolución, determinantes y consecuencias”. 1981.

CANDAU CHACÓN, M.L., Las mujeres y el honor en la Europa Moderna. Publicaciones Universidad Huelva.

CASTELLO, C. In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano. Dott. A. Giuffrè. Editore. Milano, 1940.

CATALÁ RUBIO, S. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca, 2006.

CAZORLA, M.C., La protección jurídico patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho Romano. Revista de Derecho UNED, Núm 7, 2010.

D'ORS, A. Derecho Privado Romano, S.A. Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra, 1991.

FALCAO, MIGUEL. “Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano”. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1973.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el Matrimonio Romano (I)”.

GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., Derecho Canónico matrimonial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA).

GRANADOS, J., Una sola carne, en un mismo espíritu: Teología del matrimonio. Ed. Pelicano. Madrid, 2014.

HERVADA, J., “El matrimonio in facto esse su estructura jurídica en *Ius Canonicum*”, 1961.

LEVY, Hergang der römischen Ehescheidung. Weimar, 1925.

LOMBARDI, G. Studia et documenta historiae et iuris. Pontificia Universitas Lateranensis. Romae, 1971.

LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARO-VALLS, R., Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado. Ed. Tecnos, S.A. 1987.

LÓPEZ-ROSA, R., DEL PINO TOSCANO, F. “El Derecho de Familia de Roma al Derecho actual”. Ediciones de la Universidad de Huelva, 2004.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., El concepto de Matrimonio en el Código Civil. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2008.

MIGUEL, J.,” Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre Derecho matrimonial comparado”, en Anales de la Facultad de Derecho nº 20, Servicios de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 2003.

MORENO BOTELLA, G., “Libertad religiosa y Sistemas matrimoniales en el Derecho comparado”. Publicaciones área de Derecho eclesiástico. Universidad Autónoma de Madrid.

NÚÑEZ PAZ, María Isabel, Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma. Ed. Salamanca 1988.

OLIS ROBLEDA, S.J. El matrimonio en el Derecho Romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Università Gregoriana Editrice Roma 1970.

PLANITZ, H., Principios del Derecho Privado Germánico. Barcelona, Bosch Casa Ed.

Prieto Sanchís, L., “El sistema matrimonial español”, en Ibán, I.C., PRIETO SANCHÍS, L. Y MOTILLA DE LA CALLE, A., Curso de Derecho eclesiástico, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1991.

RASI, P., Consensus facit nuptias, A. Giuffrè, 1946.

RASI, P., La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del Concilio di trento.

SILVA SÁNCHEZ, A., “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el Derecho romano”, en Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXII, Universidad de Extremadura 2005.

SOUTO PAZ, J.A., Derecho matrimonial. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2002.

VOLTERRA, E. Iniustum matrimonium. Scritti Giuridici, III. Año 1991.

VOCI, Istituzioni di diritto romano, Milano, año 1954.

VOLTERRA, E. Lezioni di Diritto Romano. Il matrimonio romano. Ed. Ricerche, Roma, 1961.

YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., Tratado de Derecho de la Familia, volumen I. Derecho de familia y derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración. Ed. Aranzadi, S.A. Pamplona, 2011.

➤ Páginas web:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=605>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=600>

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1955-10056700582_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BL_En_torno_a_la_no_integraci%F3n_iure_postliminii_del_matrimonio_romano

<https://bonfante.files.wordpress.com/2008/10/capitulo-1-derecho-matrimonial-c.pdf>

<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-primi/titolo-vi/>

www.dialnet.unirioja.es

<http://derecho.isipedia.com/optativas/derecho-matrimonial-comparado>

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/consentimiento-matrimonial/consentimiento-matrimonial.htm>

http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/cost/

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76>

http://www.mercaba.org/TEOLOGIA/OTT/676-690_matrimonio.htm

ÍNDICE DE FUENTES

C. 5,4,25.

C. 5,60, 3.

D. 23, 2.1.

D. 1.1.3

D. 35, 1, 15

D. 50, 17, 30

D. 24, 1, 32, 13

D. 20, 1, 4.

D. 23, 2, 4.

D. 23, 1, 9

D. 1. 1. 3

D. 24. 1. 32. 13.



D. 23, 2, 1.

D. 1. 1. 3.

D. 50, 16, 220, 3.

D. 24, 1, 66, 1.

D. 35, 1, 15.

D. 24, 1, 32, 13.

D. 25, 7, 3.

D. 25. 7. 4.

D. 23, 2, 3.

D. 48, 5, 14, 2.

D. 23, 2, 2.

D. 23, 2, 19.

D. 23, 2, 9, 1.

D. 23, 2, 2.

D. 23, 3, 1.

D. 23, 3, 56.

D. 1, 6, 8.

D. 23, 2, 30.

D. 23, 2, 21.

D. 38, 10, 4, 3.

D. 23, 2, 64, 1

D.23, 2, 47.

D. 23, 2, 44, 8.

D. 23, 2, 23.

Gai, Institutas, 1, 114.

Gai. 1,148.

Gai. 1,112.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Gai. 1,113.

Gai. 1,111.

Gai. 1,78.