

UNA LECCIÓN DE DERECHO ROMANO:
LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO*

Adelaide Russo**

RESUMEN: 1.- Presentación; 2.- El vínculo matrimonial en el final de la República; 3.- El concubinato; 4.- El matrimonio en Derecho postclásico.

1.- Presentación

Buenos días, soy la Profesora Adelaide Russo, de la Università della Campania Luigi Vanvitelli. Hoy vamos a hablar del vínculo matrimonial. El vínculo matrimonial puede cesar por las siguientes causas: muerte de uno de los cónyuges; incapacidad sobrevenida. La falta de libertad por cautiverio de guerra disuelve el matrimonio, ya que ocasiona la pérdida de la capacidad jurídica del prisionero. Aunque el cónyuge libre permaneciese en el domicilio conyugal en espera del regreso del cautivo, los juristas consideraban disuelto el matrimonio desde el momento de ser capturado. Al regreso del prisionero, por considerarse una situación de hecho semejante a la posesión, el matrimonio no renacía en virtud del derecho de postliminio. El hijo nacido de un matrimonio de cautivos, si entraba en Roma, gozaba de los efectos favorables del postliminio y se convertía en libre y ciudadano romano. La condena a una pena que tiene como consecuencia la reducción a esclavitud, *servitus poenae*, también disolvía el matrimonio, así como si uno de los cónyuges pasase a ser esclavo de otra persona. En el antiguo Derecho quirritario, como consecuencia del régimen de la *manus* y de las concepciones religiosas, el matrimonio se consideraba como un vínculo estable y permanente. Para su disolución en vida de los cónyuges, se requerían actos solemnes de forma y contenido contrarios a los de su constitución. La unión conyugal era una plena comunidad de vida, de actos y de cultos, por lo que las causas del divorcio habían de ser graves, afectando a la unidad familiar y a la dignidad del *paterfamilias*. Para librar a la mujer de la *manus* era necesario una *remancipatio* o una venta en la que el marido renunciaba al poder sobre la mujer. En la unión solemne con los ritos de la *confarreatio*, la separación y cesación de la *manus* tenía lugar por otro acto de ritual solemne, la *diffarreatio*, en cuya virtud la mujer renunciaba al culto y a los dioses de la familia de su esposo. Las primitivas causas de divorcio tienen un carácter mágico-religioso: el adulterio, el ingerir un abortivo, el beber vino o el sustraer las llaves para beber vino son actos deshonorosos en los que la mujer, al someterse a influencias extrañas y exteriores, acepta hechos de posesión y, como tales, comete infracciones a la fidelidad matrimonial. Estas concepciones sobre la

* El texto que sigue nace de una lección en la Universitat de València, Facultad de Derecho, el 11.09.2019. El texto, tal como se ha reflejado, no ha sufrido modificaciones posteriores.

** Dott.ssa Adelaide Russo, ricercatrice della Università della Campania Luigi Vanvitelli.

estabilidad conyugal hacen que los casos de divorcio sean muy raros en los primeros tiempos de Roma.

2.- El vínculo matrimonial en el final de la República

Al final de la República, las nuevas formas sociales y la corrupción de las antiguas costumbres hizo que los divorcios fueran muy frecuentes. En la concepción clásica del matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad, era suficiente para la ruptura del vínculo matrimonial. Los juristas hablan en este caso de *divortium* o de *repudium*. No se considera necesario ningún acto formal, sólo un comportamiento del que se desprende que ya no existe la voluntad de permanecer unidos en matrimonio. Se consideraba suficiente la comunicación del repudio. En un famoso caso, Cicerón describe la situación que se plantea cuando un ciudadano romano, casado con una hispana, abandona a ésta, que se encontraba encinta, y se une en matrimonio con una romana. La principal cuestión que se plantea es si es posible la disolución del matrimonio sin la notificación a la mujer del repudio del marido, por medio de libelo o de nuncio (Cic. de or. 1.40.183; 1.56.238).

El matrimonio supone un elemento material, la *coniunctio*, reflejada en la consideración social – *honor matrimonii*-, y un elemento espiritual, la *affectio maritalis* o recíproca voluntad de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio. El hecho de contraer un nuevo matrimonio supone que cesa esta *affectio* y, por ello, el primer matrimonio deja de existir. Si se considera necesario el requisito formal de la comunicación a la mujer del repudio, el segundo matrimonio sería un concubinato. El hijo nacido del primer matrimonio del romano con la hispana debe considerarse legítimo y la controversia entre los juristas, de la que habla Cicerón, se refiere a la legitimidad del segundo hijo, que depende de la existencia del segundo matrimonio. Será heredero del ciudadano romano sólo el hijo nacido de la hispana debe considerarse legítimo y la controversia entre los juristas, de la que habla Cicerón, se refiere a la legitimidad del segundo hijo, que depende de la existencia del segundo matrimonio. Será heredero del ciudadano romano sólo el hijo nacido de la hispana, si el segundo matrimonio no es válido, y también el hijo nacido de la romana, si las segundas nupcias son válidas. En este último caso heredarán los dos hijos. Augusto, en la ley *Iulia de adulteriis* trata de combatir las causas de divorcio al facilitar las uniones extramatrimoniales y al sancionar al cónyuge que ha dado lugar al repudio con una retención sobre la dote. Esta ley establece que el repudio debía participarse por medio de un libelo y ante siete testigos ciudadanos romanos púberos. La *lex Iulia et Papia* prohíbe a las libertas divorciarse del propio patrono, castigándolas en caso de incumplimiento con la pérdida del connubio. Una constitución de Alejandro Severo declaró la nulidad de la cláusula que penalizase al autor del repudio y el divorcio sigue considerándose un acto libre, y se declaran nulos los pactos de no divorciarse. Una nueva unión matrimonial con una mujer con la que se tiene el derecho de *conubium* tiene por efecto la disolución del matrimonio anterior. El nuevo matrimonio no está sometido en Derecho clásico a ninguna formalidad ni condicionamiento. En el caso de la viuda rige el principio del antiguo Derecho y debe esperar un plazo de diez meses para volver a casarse. Pero este plazo no se exige en el caso de la mujer divorciada y ello podría

ocasionar dudas y controversias sobre la paternidad, por lo que se componen determinadas medidas de control para evitar engaños y fraudes. En la legislación de Augusto, las nuevas nupcias son favorecidas por las leyes matrimoniales. La *lex Papia Poppea* establece la obligación de contraer matrimonio para los hombres entre los veinticinco y los sesenta años, y las mujeres entre los veinte y los cincuenta años. Los que la incumplen son sancionados con la incapacidad sucesoria. Viudas y divorciados son castigados con la misma sanción si no contraen un nuevo matrimonio: las viudas a los dos años de la muerte del marido, los divorciados a los dieciocho meses.

3.- El concubinato

La unión estable del hombre y la mujer sin la recíproca intención de estar unidos en matrimonio, se considera por los juristas como concubinato. En el caso de personas que no tienen el derecho de *conubium*, su unión se considera como matrimonio injusto o como concubinato. Son las concepciones y prácticas sociales, y la unión con determinadas personas de clase social inferior las que distinguen un matrimonio de un concubinato. La concubina no participa como la mujer de la dignidad del marido ni entra en su familia, honor *matrimonii*, y sus hijos no son legítimos. El matrimonio entre esclavos o con uno que sea esclavo se considera *contubernium* y sólo se le reconocen determinados efectos morales. El concubinato adquiriría efectos jurídicos como consecuencia de la legislación matrimonial de Augusto. La *lex Iulia de adulteriis* castigaba toda unión sexual fuera del matrimonio como *adulterium* o como *stuprum*, y enumeraba toda una serie de mujeres de clase social inferior, con las penas previstas para estos delitos. La *lex Papia Poppaea* establecía que no podían ser considerados matrimonios aquellas uniones con determinadas mujeres, con las que se favorece la formación de concubinato. En la práctica, el concubinato se daba también con mujeres ingenuas. Los usos sociales y la intención con que se unían era lo que lo distinguía del matrimonio.

4.- El matrimonio en Derecho postclásico

Las nuevas concepciones sociales sobre la familia, fundada en el parentesco natural, *cd. cognitio*, hacen que la institución matrimonial pase por profundas reformas. Ante todo, se atribuye al consentimiento- *consensus* o *affectio*- un nuevo sentido: la recíproca voluntad de los cónyuges, que da vida al matrimonio, se considera ahora como una voluntad inicial. El principio *consensus faciat nuptias* viene a significar que la manifestación de voluntad de los contrayentes de unirse en matrimonio da existencia al vínculo conyugal, con independencia de que esa voluntad persista o cambie. De acuerdo con este nuevo alcance del consentimiento inicial, las constituciones imperiales dan una mayor importancia a los actos y ceremonias nupciales que dan publicidad a la unión. La entrega de la dote y redacción de un documento sobre el destino de los bienes dotales señala, en muchos casos, el cambio del consentimiento y el inicio de la vida conyugal. Los emperadores dictan disposiciones contra las uniones clandestinas y a partir del siglo IV aparece el nuevo crimen de bigamia, en el que incurren aquellas personas que sin haberse divorciado previamente se unen en un nuevo vínculo conyugal. La legislación de los

emperadores asume una posición hostil frente a las concepciones clásicas y se muestra contraria al divorcio y a las segundas nupcias. El matrimonio, que existe por el consentimiento inicial, perdura, aunque alguno de los cónyuges pierda su capacidad jurídica. Por ello, la cautividad, la esclavitud y la deportación no disuelven el matrimonio como en Derecho clásico. Constantino, en el año 331 a.C., intenta dar una nueva reglamentación al divorcio, especialmente al repudio o divorcio unilateral, limitándolo a tres motivos o causas por parte del marido y de la mujer. Castiga al que se divorcia sin estas causas con penas pecuniarias respecto a la dote y a sus propios bienes, e incluso con el exilio de la mujer que abandonase al marido. La legislación posterior considera excesivamente duras estas leyes y admite el divorcio provocado por la otra parte, considerando con amplitud las causas justas de éste. Justiniano dicta nuevas disposiciones contra el divorcio y distingue las siguientes formas y causas: Divorcio con justas causas; Divorcio sin causa Divorcio bona gratia, fundado en una causa independiente de la voluntad o culpabilidad. El que se divorcia sin justa causa o el culpable, en el divorcio con causas justas, viene castigado con la pérdida de la dote y donación nupcial; si no existiesen estos bienes, con la cuarta parte de sus bienes propios. Además, se le conmina con penas personales, como el retiro a un convento. En el derecho de las Novelas se agravan las sanciones, que se extienden también al divorcio por mutuo consentimiento.