

MATRIMONIO, DIVORCIO Y FILIACIÓN

15 de enero del 2018



Universidad  
de Alcalá

**MATRIMONIO, DIVORCIO Y  
FILIACIÓN  
COMPARATIVA ENTRE LOS  
DISTINTOS REGÍMENES APLICABLES  
(DERECHO ROMANO Y DERECHO  
ACTUAL ESPAÑOL)**

**MARRIAGE, DIVORCE AND FILIATION**

**COMPARATIVE BETWEEN THE DIFFERENT APPLICABLE REGIMES  
(ROMAN LAW AND CURRENT SPANISH LAW)**

**Máster Universitario en Acceso a la  
Profesión de Abogado**

**Autora:** D<sup>a</sup> SANDRA RODRIGO MARÍN

**Tutor:** Dr. JUAN ANTONIO BUENO DELGADO

Alcalá de Henares, a 15 de enero del 2018

## ÍNDICE

### Contenido

ÍNDICE.....	2
RESUMEN: .....	3
PALABRAS CLAVE.....	3
SUMARIO:.....	3
ABSTRACT:.....	4
KEYWORDS: .....	4
1-INTRODUCCIÓN.....	5
2-MATRIMONIO .....	6
2.1-LAS DIFERENTES FORMAS EXISTENTES DEL MATRIMONIO ROMANO .....	9
2.1.1 El matrimonio “cum manus” .....	10
2.1.2 El matrimonio “sine manu” .....	12
2.1.3 Comparativa entre “paterfamilias” y el esposo .....	14
3.1- Régimen económico matrimonio romano.....	20
3.1.1- La dote en el matrimonio romano .....	20
3.1.2-Donaciones y usufructos.....	24
3.1.3- Bienes parafernales.....	26
4.1- Nueva ética familiar con el Cristianismo.....	28
3-DIVORCIO .....	35
3.1 Conflicto del divorcio en la época cristiana .....	38
3.2 Divorcio en el Código Justiniano .....	41
3.3 Segundas nupcias en el derecho romano .....	43
4-FILIACIÓN EN EL DERECHO ROMANO .....	45
4.1 Diferentes Categorías de filiación dentro del derecho romano.....	46
4.1.1 “ADROGATIO” y “ADOPTIO” .....	47
5-LAS VII PARTIDAS Y LA ACTUALIDAD.....	50
6-CONCLUSIÓN.....	58
7-BIBLIOGRAFÍA.....	62

## RESUMEN:

El estudio de los documentos jurídicos conservados respecto al derecho romano, nos hace conocedores de la evolución que ha sufrido la legislación actual. En este trabajo se muestra la evolución dentro del derecho civil (matrimonio y familia) y como, a lo largo de los tiempos, este derecho se ha ido amoldando a las necesidades de la sociedad cambiante. El análisis de la documentación de la época clásica nos enseña cómo la mujer romana carecía de reconocimiento en la sociedad. Esta falta de reconocimientos jurisdiccionales, conllevó a que el varón fuera una gran autoridad en la época romana, siendo capacitado para ejercer su potestad reconocida en la legislación posterior.

No obstante, el pueblo romano fue evolucionando y con ello las fuentes jurisprudenciales, aconteciendo un profundo desarrollo, siendo Justiniano el pilar fundamental, y continuando con su desarrollo, Alfonso X con las VII Partidas. Progreso que aun se prolonga.

## PALABRAS CLAVE

Derecho actual, Divorcio, Evolución-Jurídica, Filiación, Matrimonio.

## SUMARIO:

1. Introducción.- 2. Matrimonio.- 2.1.Las diferentes Formas existentes del Matrimonio Romano.- 2.1.1 El Matrimonio “*cum manus*”.- 2.1.2 El Matrimonio “*sine manus*”.- 2.1.3 Comparativa “*paterfamilia*” y el esposo.- 3.1. Régimen Económico Matrimonial Romano.- 3.1.1 La Dote en el Matrimonio Romano.- 3.1.2 Donaciones y usufructo.- 3.1.3 Bienes parafernales.- 4.1 Nueva ética familiar con el Cristianismo.- 3 Divorcio.- 3.1 Conflicto del Divorcio en la época cristiana.- 3.2 Divorcio en el Código Justiniano.- 3.3 Segundas Nupcias en el derecho romano.- 4 Filiación en el derecho romano.- 4.1 Diferentes categorías

de filiación dentro del derecho romano.- 4.1.1 “*Adrogatio*” y “*Adoptio*”.- 4.1.1a) “*adrogatio*”.- 4.1.1b) “*adoptio*”.- 5 Las VII Partidas y la actualidad .- 6 Conclusiones.- 7 Bibliografía.

### ABSTRACT:

Analysis of well-conserved legal documents concerning Roman law which allow us to be aware of the evolution that happened in current regulations. In this work, evolution has been carried out within civil law and marriage, over time, this right has been adapted to the needs of the changing society. The analysis of the documentation of the classic time teaches us how the Roman woman, recognition attention in society. This lack of jurisdictional recognitions, i carry to the man was a great authority in Roman age, being able to exercise their recognized practice in subsequent legislation.

However, the Roman people were evolving and with the jurisprudential sources, happening a deep development, being Justinian the fundamental pillar, and continuing with its development, Alfonso X with the VII Parties. Progress that is still prolonged.

### KEYWORDS:

Current Law, Divorce, Filiation, Legal Evolution, Marriage.

## 1-INTRODUCCIÓN

En los orígenes del pueblo romano, tras los continuos cambios a nivel político que fue sufriendo Roma, comenzando por la Monarquía, seguida de la República y por el Imperio, se originaron grandes cambios a nivel legislativo.

Con la aparición de la Monarquía, la regulación legal de la normativa romana se vio reflejada en determinadas disposiciones legales, conocidas con el nombre de *leges regiae*. Estas fueron creadas para la organización de la vida social y religiosa del pueblo romano.

Posteriormente, hacia el siglo VI a. C, tras la caída de la Monarquía un pontífice llamado *Sextus Papirius* quiso recopilar todas las disposiciones relevantes de normativas anteriores, en la obra *Ius Papirianum*. En este cuerpo jurídico, se recopilaron leyes que hasta ese momento no fueron recogidas por escrito, sino que se transmitían de forma oral.

Finalmente, con la llegada de la República, el pueblo exigió un nuevo cuerpo legal que asegurara la igualdad para todos. Por ello, diez patricios, convocados por el propio Senado, se reunieron para elaborar un código escrito que tomaba el nombre de las XII Tablas. Su vigencia fue longeva ya que hasta la redacción del Código Justiniano o el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano tuvo su validez legal.

La ley de las **XII Tablas** fue redactada entre los años 451 y 450 a. C, y se basa en el derecho oral o consuetudinario existente en esos tiempos.

Este cuerpo legal, se fundaba en principios como:

1. La salvaguardia del patrimonio
2. La autoridad del “*pater familias*” como único titular de derecho.

3. La filiación de castigos para las infracciones<sup>1</sup>.

A lo largo de todo el trabajo vamos a ver reflejados estos principios de forma continuada, para prorrogar el estudio del proceso que ha sufrido la normativa romana en relación con la legislación actual, viendo el reflejo de la posición jurídico legal de la mujer dentro de las dos vertientes del derecho (público y privado), enmarcando la regulación dentro del ámbito familiar, estudiando las relaciones personales que sufría dentro del matrimonio y la relación de esta con la situación como *filiae*. Además, también veremos el estudio de la progresión que ha sufrido el “*paterfamilia*” y la fuerza que va ganado la mujer romana con ello.

El hecho de destacar la figura de la mujer romana, nos hace aclarar la evolución que ha ido sufriendo el derecho romano hasta nuestro derecho civil, por ello tomaremos a la mujer en el estudio de la comparativa entre derecho romano y el derecho actual, viendo así la evolución que ha ido sufriendo hasta el siglo XXI.

## 2-MATRIMONIO

Antes de destacar las diferentes formas del matrimonio que había dentro de la sociedad romana y las consecuencias legales derivadas de las mismas, se tiene que preponderar las relaciones familiares y los vínculos que había dentro de la sociedad romana, de este modo los roles que tenían cada uno de los cónyuges dentro del matrimonio los podremos conocer en este estudio con mayor profundidad.

---

<sup>1</sup> <<http://ermoquisbert.tripod.com>> [visto el 08 de diciembre del 2017]

Para empezar, se ha de destacar que dentro de la familia romana, el poder absoluto era del “*paterfamilias*”, encontrándose los hijos bajo la tutela del mismo. Era tan grande su “*potestas*” que la ley le concedía la capacidad de elección de la vida y la muerte de sus miembros familiares “*ius vitae ac necis*” (derecho sobre la vida y la muerte), reconocido en las **XII Tablas**, y más concretamente en la **Tabla IV**.

También debemos acentuar los tipos de “*filiae*” que existían en la sociedad romana: por un lado tenemos la mujer como hija “*alieni iuris*” (dependientes) y por otro lado la mujer como hija “*sui iuris*” (independientes).

La primera clasificación se puede subdividir en tres tipos más (*in potestae, in manu, in mancipio*). Dentro de cada familia, sus miembros estaban bajo la potestad del *paterfamilias*. De esta forma cuando hacemos referencia a “sus miembros” incluimos tanto a hombres como mujeres, en consecuencia la diferencia que emana de los géneros, sería la incapacidad de la hija para contraer obligaciones, mientras que a los hijos se les reconoce capacidad procesal. Sin embargo, mas adelante trataremos esta clasificación, detallandola con más profundidad.

La capacidad jurídica en la antigua Roma, es decir la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones se le concedía al *paterfamilias*, sin embargo el *filiusfamilias* la tenía de forma pasiva. Por ello, al hijo de familia no se le permitía empeorar la situación económica de su *paterfamilias*.

Después de ver la posición de la mujer como “*alieni iuris*”, a la mujer sólo se le va a reconocer la capacidad jurídica para manejar sus propios asuntos, a partir de la figura de la emancipación (*emancipatio*), acto que también incluía a los hijos varones. De esta forma, la mujer pasaba de ser *alieni iuris* a *sui iuris*, teniendo lugar una *capitis deminutio minima*.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Pérdida del *status familiae*, en decir, de los derechos surgidos de las relaciones familiares como (la sucesión). Esta afectaba a los “*sui iuris*” que se convertían en “*alieni iuris*” o viceversa, como por ejemplo sucedía con la emancipación.

Las diferentes categorías dentro de la familia romana y las obligaciones de cada una de ellas, han generado que en el matrimonio romano también se sigan reconociendo dichas obligaciones. Por ello, la figura del *paterfamilia* tenía una grande equivalencia con la figura del esposo dentro del matrimonio romano, ya que éste albergaba la autoridad dentro de las *nuptiae* romanas, de igual forma la tenía el *paterfamilia* dentro de su estirpe.

En le época del Imperio, la autoridad del *paterfamilias* sobre sus hijos y sobre su cónyuge (*in manu*), va disminuyendo. En el siglo II el *paterfamilias* deja de tener sobre sus hijos el *ius vitae ac necis*, que las XII Tablas y las leyes sagradas le concedían. El hecho de no ejercer este derecho no significaba que esta figura careciera de poder sobre toda la familia, ya que el derecho de abandonar a su estirpe lo seguía conservando. El abandono se daba sobre todo a los hijos bastardos o ilegítimos y a las hijas. Sin embargo, en el momento que esta figura tomara a un *fili* bajo su protección, no podía desocuparse del mismo, ni decidir su venta ni su *mancipatio*.

La emancipación de un hijo, reconoció un cambio de la República al Imperio. A finales de la República, la emancipación era un castigo al hijo, una condena que le situaba fuera de la familia, perdiendo todos los lazos con la misma y derechos como los de la herencia. En el Imperio, la *mancipatio*, era una situación más ventajosa, que se le proporcionaba a los hijos, ya que se les concedía la capacidad de adquirir y administrar sus propios bienes.

## 2.1-LAS DIFERENTES FORMAS EXISTENTES DEL MATRIMONIO ROMANO

El matrimonio romano se configura como una institución social cuya estructura se basa en una unión familiar, la base de todo ello se sustenta en la convivencia continuada de dos personas de diferentes sexos (hombre y mujer) siempre que se prestara el consentimiento para ello. Las fuentes jurídicas romanas recogen dos formas diferentes de la definición de matrimonio:

*D.23.2.1: “<Las nupcias son unión de varón y hembra, y consorcio de vida, comunicación del derecho divino y humano>*

*Instituciones 1.9.1:< El matrimonio es la unión entre hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble>”<sup>3</sup>*

Para que el *coniugium* produjera efectos, en concordancia con el emperador César Octavio Augusto debía albergar varias situaciones, como que ambos esponsales fueran de sexo opuesto o llegaran a la pubertad (en mujeres 12 y en varones 14). A su vez, esta figura producía una serie de consecuencias jurídicas:

\* *Cum manus*: el marido tenía el poder sobre su esposa. Las *manus* desaparecen con la muerte de uno de los cónyuges.

\**Sine manu*: en este matrimonio, el marido no poseía la mano de la esposa, y por ello tampoco disponía de los bienes de la misma, por consiguiente, el padre y el abuelo del esposo podrían disponer de dichos bienes. Esto quería decir, que la mujer pertenecía a su primitiva familia y no pasa a la de su marido.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> SILVA SANCHEZ, A; “notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano”; Universidad de Extremadura; p 4.

<sup>4</sup> <<http://www.culturaclasica.com>> [visto el 3 de julio del 2017]

Estas dos consecuencias jurídicas las podemos identificar como dos tipos de matrimonio romano, que Roma conoció y admitió sucesiva o simultáneamente a lo largo de su historia.

### 2.1.1 El matrimonio “*cum manus*”

Este se entendió constituido por la unión permanente de un hombre y una mujer, *filiorum procreandorum causa*<sup>5</sup>, por el cual la mujer entraba en *manus* del marido contrayendo el *cum manus*, de esta forma nos podríamos encontrar con dos situaciones mencionadas: la primera de ellas hacía referencia a una mujer *sui iuris* ya que entraba bajo la potestad del marido y la segunda consistía en ser una mujer *alieni iuris*<sup>6</sup>. En cualquier caso, tendría los efectos jurídicos de las personas *alieni iuris*, ya que la mujer estaba bajo la potestad de su marido. De esta forma, la mujer dejaría la situación jurídica de *filia*, pasando a la potestad del marido con una *capitis deminutio mínima*, perdiendo los vínculos agnaticios que la unían a su familia.

La concepción de los distintos tipos de matrimonios, para la mayoría de los autores se dio en épocas diferentes de Roma, siendo el primero de ellos el *cum manu*, alcanzando toda la etapa clásica, hasta las XII Tablas. Gayo consideró que la existencia de este matrimonio debió ser antes de esta Ley ya que en ella se recopilaba el precepto de la *usurpatio trinoctii*:

---

<sup>5</sup> Olis Robleda S.J.; “El matrimonio en el derecho romano, esencia requisitos de validez, efecto, disolubilidad”; Roma; pág 1-2.

<sup>6</sup> Miembros de la familia romana que estaban bajo la *potestas del pater*, cualquiera sea su sexo o edad; podían casarse con su conformidad y si bien los varones púberes podían ejercer cargos públicos, litigar y votar en los comicios, como no tenían patrimonio no podían testar. Todo lo que adquirirían ingresaba al patrimonio familiar, cuyo dueño era el *pater*, lo que se mitigó con la aparición de los peculios, o pequeños patrimonios que pudieron ir adquiriendo los *filius*, separados de patrimonio familiar. A diferencia de los *sui iuris*, (de propio derecho) que poseían, en caso de hombres, plena capacidad <jurídica <http://derecho.laguia2000.com/>> [visto el 7 de julio del 2017]

**Tabla VI**

5.-“(Gayo I.111) *Lege XII Tabularum cautum est, ut si qua nollet usu in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni [usum] interrumperet.*”

*Se prevé en la Ley de las XII Tablas que si una mujer no quiere caer bajo la manus del marido se ausente tres noches cada año y que de ese modo interrumpa cada año la usucapión.”*

La constitución del núcleo familiar venía determinada a la celebración del *coniugium*, que dentro del matrimonio *cum manu* tomaba diferentes formas:

\**Confarreatio*, rito sagrado, que consistía en el ofrecimiento al Júpiter de una hogaza de pan farrero (*panis farreus*), con la presencia de 10 testigos y la intervención del *Flamen diales* (sacerdote de Júpiter) y el *Pontifex Maximus*. Según destacan varios autores, esta forma de contraer matrimonio excluye a la clase plebeya, dato conocido por Perozzi, siempre que ambos esponsales pertenecieran dentro de una misma *gens*. Sin embargo, Cup afirmaba la forma privativa del tipo matrimonial de los patricios, pero se oponía a la idea de Perozzi alegando que ese tipo de ceremonia se daba entre miembros de diferentes *gens*<sup>7</sup>. Lo que si estaba claro era que los patricios destacaban en esta cerebración.

\**Coemptio*, venta simulada. En este tipo de ceremonia nupcial, el padre de la novia entregaba a su hija a un marido que adquirida el concepto de comprador. La compra se realizaba ante cinco testigos y un portador de la balanza “*librepens*”, el marido golpeaba la balanza simbolizando el precio que daba por la mujer a la familia de la misma. Después los esposos se daban el consentimiento mutuo de formar parte de la familia y con ello obtenía el esposo

<sup>7</sup> Olis Robleda S.J.; “El Matrimonio en el derecho romano, esencia requisitos de validez, efecto, disolubilidad”; Roma; p 8.

la *manus* o el poder marital sobre su cónyuge. Según Gayo, esta compra imaginaria es la forma general de realizar el negocio de la *mancipatio*.

\**Usus*, esta forma de matrimonio se configuraba de la misma manera que la obtención de la propiedad de objetos domésticos u objetos muebles. Siendo una cohabitación continuada durante un año, por ambas partes. Tras el transcurso de año la mujer queda bajo la *manus* del esposo a no ser que se hubiera interrumpido el año por tres noches consecutivas.

### 2.1.2 El matrimonio “*sine manu*”

A finales del siglo II a. C, el matrimonio *cum manu* fue perdiendo fuerza. Las formas maritales reflejadas anteriormente fueron desapareciendo progresivamente y con ello en la época de Justiniano, se dio la aparición de un nuevo tipo de matrimonio, el matrimonio *sine manu*. Nació el llamado matrimonio consensual, necesitando el consentimiento de ambos cónyuges, de acuerdo con el aforismo “*consensus facit nuptias*” por ello también se fue extinguiendo la *coemptio*.

Como bien hemos expuesto anteriormente, el matrimonio *cum manu*, se dio antes de la redacción de las XII Tablas, por la referencia de Gayo en la Tabla VI. Así pues, el matrimonio *sine manu* apareció posteriormente. Varios autores, entre ellos Gayo, admiten que la unión *facti* produciría efectos jurídicos matrimoniales, al cabo de un año, siendo posible a partir de esto la *manus*. La frecuencia de la unión contribuyó a evitar la *manus* y con ello el cambio de familia de la esposa y todos los problemas que albergaba esto mismo en el aspecto sucesorio agnaticio, apareciendo el matrimonio *SINE MANU*.

Con dicho matrimonio se prohíbe concretamente la aparición de la *manus*, señalando de este modo el precepto de la *usurpatio trinocitii* (Ley de las XII Tablas, Tabla VI).

El matrimonio *sine manu*, constituyó una unión permanente *siliorum queaerendorum causa*, sin que la mujer perteneciera a la familia del marido, por lo tanto, sin tener ninguna relación jurídica. Por eso destacaremos, cómo la esencia principal de este nuevo tipo de matrimonio la continuación de la mujer bajo la patria potestad de su padre, como *alieni iuris*. Junto a la posición jurídica de *alieni iuris*, la mujer podría llegar al acto de la emancipación, este acontecía el hecho de que la mujer se hubiera emancipado, sin pertenecer a la potestad del marido y tampoco a la de su padre, estando en una posición de persona *sui iuris*.

De esta forma, si la mujer contrajera matrimonio en *alieni iuris*, se le aplicarían las disposiciones privadas y públicas de su condición, perteneciendo a la familia originaria suya y sometándose a la patria potestad del *paterfamilias*. En este caso nos encontraríamos, como la mujer no podría estar subyugada al poder del esposo y el padre de la misma, podría reclamarla del marido con el interdicto (*interdictum*).

Dicho esto, en el caso de que ostentara la condición de *sui iuris*, la mujer podría realizar negocios jurídicos y cualquier acto en relación con su patrimonio, siempre que le concediera una autorización su tutor, ya que se encuentra en una situación jurídica de independencia.

Visto esto, la mujer dentro de este tipo de matrimonio no sólo podía disponer de los bienes, sino que además tenía la posibilidad de recibir herencias y en caso de divorciarse no transferiría la dote al esposo.

En la época del Imperio, de la misma forma que le *paterfamilias* pierde fuerza, el esposo también la pierde. Los diferentes tipos de ceremonia para la concesión del matrimonio, donde sitúan a la mujer bajo la *manus* del esposo, van desapareciendo. El primero a destacar fue el *usus*, seguido del resto de modalidades.

Con la desaparición del matrimonio bajo la figura de la *manus*, se generó otro nuevo matrimonio más característico al que hoy en día celebramos. Con esto me refiero a que la nueva ceremonia nupcial consistía en un consentimiento recíproco de los esponsales con el consentimiento de los padres. La ceremonia constaba de la entrega a la novia por el novio de regalos con cierto coste y un anillo simbólico, herencia que nos ha dejado la antigua *coemptio*, asistiendo a la ceremonia testigos e invitados, seguido de un banquete especial.

En el Imperio, se dictaron las leyes demográficas de Augusto, que eximían la tutela a las mujeres con más de tres hijos. En la época de Adriano, las mujeres casadas, ya no estaban obligadas a pedir el consentimiento necesario a su tutor cómo bien sucedía en los siglos anteriores, para poder ejercer derechos privados como la redacción de un testamento, y los padres ya no decidían por sus hijas a la hora de prestar el consentimiento nupcial, ya que cómo bien hemos explicado anteriormente, la nupcias se celebraban bajo el consentimiento de los esposos.

### 2.1.3 Comparativa entre “*paterfamilias*” y el esposo

La familia romana, desde el momento en que se tiene constancia, se articulaba bajo los principios esenciales: autoridad marital (*manus*) y el poder absoluto del padre de familia sobre sus hijos (*patria potestad*). De esta forma los hijos se encuentran bajo la tutela del *paterfamilia*, que según Gayo, renombrado historiador romano, podemos hacernos a la idea del poder que alcanzaba esta figura con la mención de una cita del siglo II a. C de este notable jurista, viniendo a decir lo siguiente *fere nulli alii sunt homines qui talem in filios suos potestatem habent qualem nos habemos* (ningún otro pueblo tiene sobre los hijos un poder como el que nosotros tenemos), era tan grande su *potestas* que se le concedía la capacidad de elección de la vida y de la muerte de sus miembros familiares *ius vitae ac necis* (derecho sobre la vida y la muerte). Curiosamente, el derecho de velar sobre las vidas de su progenie, tiene su regulación legal recogida en las *XII Tablas* y más concretamente en la *Tabla IV*, la cual atañe a

los derechos de la patria potestad y de los cónyuges. El *paterfamilias*, no sólo optaba al derecho de la vida y de la muerte, sino que además tenía plena libertad para la venta de un hijo legítimo.

Para poder realizar una comparativa entre el *paterfamilias* y el esposo es importante destacar las diferentes posiciones que encarnaban las mujeres como hijas dentro de la familia romana. (*alieni iuris y sui iuris*)

### **2.1.3a)-La mujer como hija “alieni iuris”**

Antes de hacer referencia a los distintos roles que ostentaban las mujeres en Roma, debemos citar los diferentes status jurídicos de las personas que integraban la sociedad romana. Para ello, utilizaremos la división reconocida por Gayo.

*\*Sui iuris (independientes)*

*\*Alieni iuris (dependientes).*

A su vez, Gayo reconoce una tripartición de la división efectuada sobre las personas *alieni iuris*:

*\*In potestae*, podían tenerla los hombres y las mujeres

*\*In manu*, sola las mujeres

*\*In mancipio*

La posición tratada en este apartado no otorgaba muchos derechos a los sujetos. Dentro de cada familia, sus miembros estaban bajo la potestad del *paterfamilias*, incluyendo a hombres y mujeres, en consecuencia la diferencia que emana de los géneros, sería la incapacidad de la hija para contraer obligaciones, mientras que a los hijos se les reconoce capacidad procesal.

La capacidad jurídica en la antigua Roma, es decir la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones se le concedía al *paterfamilias*, sin embargo el *filiusfamilias* la tenía de forma pasiva. Por ello, al hijo de familia no se le permitía empeorar la situación económica de su *paterfamilias*.

A pesar de esto, Gayo hace referencia en algunos testimonios a la posibilidad de que las hijas pudieran ser puestas al frente de determinados negocios, como por ejemplo:

“*Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt*”. (Gai. 9 de. Prov.)<sup>8</sup>

“*En la mayor parte de tiendas prefieren niños y niñas*”.

Si hacemos referencia a la capacidad de actuación de los *alieni iuris*, se les afirma la prohibición de *postulare*. Aunque cómo bien pasa en el caso anterior, en algún texto se puede ver la posibilidad de la actuación de la *actio iniuriarum*<sup>9</sup>.

### 2.1.3b)-La mujer como hija “*sui iuris*”

Después de ver la posición de la mujer como “*alieni iuris*”, a la mujer sólo se le va a reconocer la capacidad jurídica para manejar sus propios asuntos, a partir de la figura de la emancipación (*emancipatio*), acto que también incluía a los hijos varones. De esta forma, la mujer pasaba de ser *alieni iuris* a *sui iuris*, teniendo lugar una *capitis deminutio minima*.

Según Gayo, hay tres clases de *capitis deminutio*:

<sup>8</sup> Buigues, Oliver, G; “La posición jurídica de la mujer en Roma, presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer”; Madrid; p22.

<sup>9</sup> “Acción a favor de la víctima del delito de injurias contra el autor de ese delito”.

\**Capitis deminutio máxima*, que se produce cuando la persona tiene la libertad y la ciudadanía.

\**Capitis deminutio media*, que se produce cuando la persona pierde la ciudadanía sin perder la libertad.

\**Capitis deminutio mínima*, se conserva la ciudadanía y la libertad, pero se cambia el estado del hombre. Esto ocurre con quienes son adoptados o como pasa en este caso como la emancipación.<sup>10</sup>

En cualquier caso, no se concede a la mujer las mismas libertades que al varón, dado que para las actuaciones en los negocios jurídicos, se verá limitada por la figura de un tutor, requiriendo el respaldo y la autorización del mismo. Por ello si nos centramos en el derecho privado que poseía la mujer como “*sui iuris*”, se le cedía la capacidad de administrar su propio patrimonio con plena libertad, estando presente el tutor de la misma en actos como testamentos, aceptación de una herencia o constitución de la dote prestando el tutor la *auctoritas*. El tutor podía ser un impúber o una tutela especial de mujeres que han alcanzado la pubertad (*tutela mulieris*).

Siendo así para los adultos, la regulación de los infantes (de tres años en un principio, en la época clásica hasta los cinco y en el derecho justiniano hasta los siete años) radica en la ausencia de capacidad de obrar y responsabilidad.

Los infantes mayores (de tres, cinco y siete años respectivamente hasta la pubertad), por el contrario, tienen un tratamiento jurídico especial que consistía en que todos los negocios jurídicos *sui iuris* pueden celebrarse de manera válida mediante la asistencia de un tutor legal preceptivo que complementa su capacidad de obrar. No necesitan este complemento para aquellos negocios a título de inventario, que supongan beneficios sin exigir remuneración o prestación compensatoria (como pueda ser la donación).

En lo referente a la esfera penal, es necesario destacar que los infantes mayores, son responsables de toda clase de delito asemejando su condición a

---

<sup>10</sup>

<<https://www.es.wikipedia.org>> [visto el 10 de julio del 2017]

púberes engañados por motivo de su corta edad. Según la “*lex plaetoria* o *laetoria*” se castigará a aquellos individuos que engañen a los púberes menores de 25 años. Como desarrollo de esa ley, el *praetor* creó una *exceptio* para proteger al “*minor*” de las reclamaciones que le hiciera el autor del engaño, regulación aún vigente, al ser nulo, siguiendo lo dispuesto en el **artículo 1301** de nuestro Código Civil, todo negocio jurídico en que una de las partes posea una capacidad jurídica limitada (menor de edad), puesto que se halla viciado el consentimiento<sup>11</sup> y es, en consecuencia, inválido con carácter retroactivo al momento de su constitución.

Por último, el pretor creó una tercera medida de tipo procesal que es la *restitutio in integrum*, en la que declara la restitución de las prestaciones que habían sido intercambiadas, consumando el negocio jurídico (*traditio*)<sup>12</sup>. Medida similar queda determinada en el **artículo 1295**<sup>13</sup> del actual Código Civil.

La mujer no sólo sufría las limitaciones anteriormente dichas, sino que también tenía otras, que afectaban en un grado superior a la esfera personal, cómo bien pueden ser: la imposibilidad de ejercer como testigo en un testamento, aunque estaba capacitada para actuar como testigo en otros casos, siempre que no pesara sobre ella condena por adulterio.

Otro supuesto digno de mención es la posibilidad de que la mujer ejerciera la tutela en caso de viudedad sobre sus hijos, siempre que no volviera a contraer matrimonio. Reflejo de ello es el Código de Justiniano, pero en los tiempos de la Monarquía y de la República esto era inimaginable.

---

<sup>11</sup> “Artículo 1263: No pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por si mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente de su edad de conformidad con los usos sociales”.

<sup>12</sup> <<https://www.es.derechoromano.es>> [visto el 10 de julio del 2016]

<sup>13</sup> “La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

*Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”.*

Por lo que se refiere a la actuación de la mujer en el ámbito contractual privado se podía obligar con autorización de su tutor.

El poder que hemos visto reflejado del *paterfamilias*, se asemeja al poder que ostentan los maridos. Ambas figuras poseían todos los derechos frente a las mujeres y con ello, como bien pasaba con el *ius vitae ac necis*, el marido también puede castigar a su mujer con castigos rigurosos y capitales.

Conforme a la ley de Rómulo, el marido podía matar a su mujer en dos circunstancias: la primera de ellas era por adulterio y la segunda por ingerir vino. También debemos de mencionar, que en el caso de sorprender al marido por adulterio, la mujer no podía seguir el mismo castigo capital, como consecuencia de la falta poder frente a su esposo.

La potestad que tenía el *paterfamilia* sobre sus hijas era plena, potestad que se generaba posteriormente con el matrimonio, pasando el poder al esposo. Hecho que contrasta con el matrimonio *cum manu*. Con el paso de los siglos y entrenado en la época del Imperio, el poder del *paterfamilias* pierde fuerza, esto quiere decir que varios poderes que albergaba posteriormente se debilitan. La autoridad absoluta que era esta figura, en relación a sus hijos y a su esposa (*in manu*), disminuyó. Uno de los derechos que poseía sobre sus hijos “*ius vitae ac necis*” concedido por las XII Tablas y las leyes sacras de la época desapareció.

La *mancipio* de un hijo, cambio su valor de la República al Imperio. En la República, la emancipación era un castigo, una condena que situaba a dicho hijo fuera de la familia, perdiendo de este modo todos los lazos con la misma y derechos que pudieran surgir como la herencia. Sin embargo, en el Imperio, esta figura era más una situación ventajosa para el hijo, ya que se les concedía la capacidad de adquirir y administrar sus propios bienes.

Visto todo lo anterior, podemos ver como una figura era la consecuencia de la otra, iban ligadas, tanto por la Sociedad del momento como por los cambios legales que iban surgiendo. Hemos reflejado como en la República, el *pater* era la persona como más poder dentro de un núcleo familiar y cómo a su vez, el esposo, también lo era por el matrimonio *cun manu* en relación a su

esposa, que en su día fue también hija. Por ello, tanto la hija como la esposa estaban bajo el poder de una figura. Esto se extendió hasta que llegó la época del Imperio, donde el poder del *pater* se fue debilitando, siendo a su vez más débil el poder del esposo frente a la esposa con el citado matrimonio *sine manu*.

### 3.1- Régimen económico matrimonio romano

#### 3.1.1- La dote en el matrimonio romano

La posición de la mujer en la sociedad romana se encuentra restringida a la vida familiar y marital. Por ello cuando la mujer pasa a formar parte de otra familia mediante el matrimonio los juristas se limitaron a tratar una institución jurídica para la protección y la seguridad económica de la mujer casada, recibiendo el nombre de **NOTE**.

La dote era un conjunto de bienes aportados por o a nombre de la mujer al matrimonio, entendiéndose como el patrimonio destinado a la mujer una vez que había contraído nupcias.

La dote se adecuó a los requerimientos sociales de cada época romana, esto quiere decir que de la época Republicana hasta Justiniano esta institución ha cambiado. Este fenómeno también se produce por el cambio que se da en el siglo II a. C con la nueva concepción del matrimonio romano, pasando a ser un matrimonio "*cum manus*" a conceder la facultad de que los cónyuges presten su propio consentimiento con el matrimonio "*sine manus*". El cambio histórico de la concepción del matrimonio no altera la función principal de la institución de la dote, ya que ésta seguía siendo la misma, que era dar protección a la mujer casada. Por esta razón vamos a hacer referencia a esta institución en las diferentes épocas romanas.

### 3.1.1a)-La dote en el matrimonio “cum manu”

La mujer en la familia agnaticia se encontraba en la posición de “*loco filiae*” respecto a su marido, esto quiere decir que el matrimonio *conventio in manus* posiciona a la esposa “en el lugar de una hija” respecto al marido; además si el marido aun seguía bajo la potestad de su padre, es decir seguía siendo *alieni iuris* su esposa también iba a pasar a la potestad del *paterfamilia*.

Conforme a la estructura que acabo de introducir, la mujer aporta o contribuye con la figura de su esposo mediante el ingreso de su dote al patrimonio del *paterfamilia*, cuyo ingreso deberá de estar aportado por el *paterfamilia* de la esposa o por el tutor de la misma. Esta aportación tenía una duración que deberá corresponderse con el límite de vida de los propios cónyuges

La dote que entregaba el padre o el tutor de la esposa, contribuye en definitiva según Solazzi y Bonfante: “*asegurar la dignidad y posición de la mujer en la nueva familia*”<sup>14</sup> o a soportar las cargas del matrimonio. Por ello esta protección que iba dirigida a la esposa albergaba la posibilidad de su manutención en caso de fallecimiento de su esposo con el otorgamiento por el *paterfamilias* de la *Praelegatum dotis* “*obligación jurídica de prestar alimentos entre los cónyuges*” y la devolución de la misma en caso de divorcio.

La reconocimiento de la obligación de prestar alimentos entre los cónyuges una vez disuelto el matrimonio cabe recordar que ni el *ius civile antiquum* ni el *ius praetorum* reconocen este derecho. El deber jurídico de alimentos se empieza a reconocer en el siglo II d. C en la época de Marco Aurelio que impusieron esta obligación en casos específicos entre parientes asignándoles una tutela *extraordinem*<sup>15</sup>. La *Praelegatum dotis*, ha sido muy cuestionada por la variedad de opiniones que ha generado, alguno autores como Bonfante, considera que la entrega de cantidades efectuadas por el marido

<sup>14</sup> <<http://www.historiadelderecho.uchile.cl>> Pulgar Nuñez, X; “la dote protección a la mujer en el derecho romano”[visto el 29 de septiembre de 2017]

<sup>15</sup> Quintana Orive, E; “En torno al deber legal de alimentos ente cónyuges en el Derecho Romano” p 180.

respecto a la mujer no se podrían considerar donaciones, ya que estaban prohibidas. Si bien es cierto, que el marido debía de asegurar un mantenimiento de su mujer durante el matrimonio y de igual forma debía de actuar en caso de viudedad, mediante legados de *peculio* y de *parata* entre muchos otros. En resumen, el deber jurídico de alimentos entre cónyuges no aparece recogido en las fuentes romanas; sin embargo también sabemos que el derecho romano no dejó desprotegida a la mujer gracias a la institución de la dote ya que la principal función de la dote fue la de contribuir a sostener las cargas económicas del matrimonio (*ad onera matrimonii sustinenda*).<sup>16</sup>

### 3.1.2 b)- La dote en el matrimonio “sine manu”

Con la aparición del matrimonio *sine manu*, y con ello la mayor difusión de divorcios, la sociedad romana tuvo que restituir la dote para que la mujer se pudiera amparar con una mayor seguridad en los casos de disoluciones maritales.

Para esta restitución de la dote se celebraron cauciones en el acto de constitución de las mismas, llamándose *cautio rei uxoriae*. Con esta acción el marido quedaría obligado a restituir los bienes dotales entregados por la constitución de la *coniugium*. La reclamación de esta acción hace que la mujer tenga en su poder un derecho propio sobre su patrimonio.

El instigador de la restitución de la dote fue Servio Sulpicio, en relación con el divorcio de Carvilio Ruga, quien repudió a su mujer por la causa de esterilidad.

La consideración de la dote como *rei uxoriae*, marcó un cambio en la historia de ésta, ya que a pesar del ingreso de la dote en el patrimonio conyugal, gozaba de una protección jurídica asegurando la restitución de la misma a la

---

<sup>16</sup> Op cit; pp 190-191.

mujer por disolución del matrimonio, ya bien sea por divorcio o por fallecimiento del cónyuge.

De la *cautio* ya mencionada, emana la *actio ex stipulatio*, por la cual el marido quedaría obligado a la restitución de los bienes dotales comprendidos en la figura de la estipulación. La unión de estas dos acciones atribuye a la mujer derecho sobre su dote y a su vez reconoce que forma parte del patrimonio de la mujer destinado a sustentar las cargas del matrimonio mientras este exista.

Debemos destacar, la diferencia entre la *actio rei uxoriae* y la *actio ex stipulatio*, ya que la primera sirve para la restitución de la dote y la segunda es una acción de buena fe con la que se podía pedir la devolución de lo convenido en la constitución de la dote<sup>17</sup>.

Como bien sucedía en el matrimonio *cum manu*, la dote pertenecía al marido una vez contraído nuevas nupcias, de esta forma durante la pervivencia de las nupcias sería el titular de la dote el marido siendo a su vez el gestor y el administrador de la misma. Una vez disuelto el matrimonio la titularidad de la dote pasaría a la mujer. El esposo en el único caso donde no podría gestionar la dote era en lo referente al *fundus Italicus* (reconocido en la Ley de Adulterio, dictada por Augusto en el años XVIII a. C) y manumisión de esclavos comprendidos en la dote, que para su administración era necesario el consentimiento de su esposa.

Es conveniente hacer referencia a que el marido debe de responder por los bienes dotales, tanto por su dolo como por su culpa.

### ***3.1.1c)- La dote con la legislación Justiniana***

<sup>17</sup> Pulgar Nuñez, X; “La dote como protección a la mujer en el derecho romano; p 29.

Con el régimen dotal Justiniano se consagra como deber jurídico la constitución de la dote. Se dio el derecho a la mujer de poder disponer de su dote cuando la solicitara para su mantenimiento o para el de cualquier miembro de su familia y se abolió el régimen de retenciones de bienes contemplados en la misma.

Justiniano, reconoció como derecho natural de la mujer la propiedad de la dote y admitió que tenía de hecho “*naturiter utramque viam: in rem et hypothecariam*”. Esta frase consagra, que la mujer puede disponer de una hipoteca legal privilegiada sobre los bienes de la dote propiedad del marido en el momento de la restitución; o la mujer acepta la dote como su propietaria y puede ejercer la acción reivindicatoria antes de la restitución. La restitución de la dote a favor de la esposa “*actio rei uxoriael*” es de carácter obligatorio, salvo en los casos de divorcios por culpa de la mujer, como por adulterio.

En este caso el marido sería un administrador de los bienes con propiedad temporal, cuya duración alcanza solo los años de matrimonio, por lo tanto sería similar a la figura del usufructo. Durante el tiempo que el marido fuera el administrador debe de realizar su función con el deber de diligencia además de tener prohibido enajenar bienes inmuebles.

Por lo tanto en la época Justiniana la protección del derecho dotal de la mujer queda confirmada y a su vez la dote está destinada a la protección de las circunstancias familiares que la necesiten y no exclusivamente a la manutención del matrimonio.

### ***3.1.2-Donaciones y usufructos***

Hemos hecho referencia en el apartado anterior, a la prohibición que tiene las donaciones entre los cónyuges, justificándolo con la imposible tasación que se puede llegar a hacer sobre algo tan abstracto como es el sentimiento del

amor. Por ello, la mujer constituyó la figura de la dote para que de esta forma pudiera dar lugar a la restitución de los bienes traspasados al esposo en caso de disolución del matrimonio.

En la etapa de Teodosio I el Grande, reconoció a la mujer el usufructo de los bienes transmitidos en su primer matrimonio, en caso de viudedad, siempre que no celebrara unas segundas nupcias, traspasando en este caso los bienes a la propiedad de los hijos fruto del primer matrimonio, conservando a su vez la mujer el derecho a elegir al hijo favorecido. Dicho esto, hasta la mitad del siglo V d. C, la donación nupcial pasaba por entero a la viuda: bien por usufructo en caso de la existencia de hijos; o bien por propiedad en defecto de hijos.

En la época Republicana, la ausencia de hijos correspondía a la sustitución de la mitad de los bienes al padre y a la madre del marido. Fue el emperador Justino, quien reflejó no sólo la prohibición de las donaciones entre los cónyuges, si no que a su vez se pudiera aumentar la donación inicial durante el matrimonio. Posteriormente, fue Justiniano quien reconoció la constitución de las donaciones, en caso excepcional durante el matrimonio, denominándose “*donationes propter nuptias*”. Esta excepción, se encuentra reflejada en el Digesto del Justiniano, y es considerada como un fondo de reserva o de ahorro correlativo a la dote, para sufragar el mantenimiento de la esposa en caso de fallecimiento del cónyuge cuya regulación está fundamentada en D.24.1.9.2 de las cuales Gayo admitía los siguientes “*porque la donación se realiza cuando dejan de ser marido y mujer*”<sup>18</sup> o incluso por disolución del matrimonio siempre que fuera por causas imputables al marido, reflejadas en D.24.1.11.11 y D.24.1.12 .

La prohibición de las donaciones recogida en el D.24.1.1.10 refleja que en caso de producirse el acto sería inválido de pleno derecho, produciéndose una nulidad absoluta, por lo cual lo donado puede ser revocado por el donante. La prohibición a su vez no sería válida en caso de producirse en las nupcias, esto

---

<sup>18</sup> Morineau, Martha; “*Las Donaciones Entre Cónyuges, Estudio DEL título I del Libro XXIV del Digesto*”; México; 1976; p 15.

afirma el hecho de si el acto jurídico se hubiera realizado con un matrimonio que no fuera válido la donación si lo sería.

Por ello, Justiniano sopesó la prohibición de las donaciones efectuadas una vez producida las nupcias, sin embargo las donaciones que se celebraran antes de la concepción del matrimonio (*ante nuptias*) se condicionaron a la celebración del matrimonio y no surtían efecto si éste no llegaba a celebrarse.

La renovación de estas donaciones compete al marido y sus herederos, si el matrimonio no culminó por culpa de la novia; si fuera culpa mutua, o en caso de premoriencia de uno de los dos, existiría derecho de repetición.<sup>19</sup>

### *3.1.3- Bienes parafernales*

El régimen económico matrimonial no sólo estaba compuesto de la dote, también albergaba otros bienes independientes de los constituidos por la institución estudiada, recibiendo el nombre de bienes **PARAFERNALES**.

Estos bienes eran independientes a la dote, y la administración y gestión de los mismos se efectuaba por la mujer, a no ser que se la hubiera confiado a su cónyuge. Gayo hace referencia a que las mujeres contaran con bienes muebles para su administración que más tarde pasaron a ser también bienes inmuebles y créditos. Por lo tanto la propiedad de estos bienes era de la mujer. Ulpiano a su vez, detalla que los bienes extra-dotales a los que hacemos referencia son objetos que la mujer lleva a casa del marido para su uso y de este conjunto de cosas se realiza un inventario para que el marido deje constancia de la presencia de los mismos.

Las relaciones jurídicas que existían entre los esposos sobre los bienes “parafernales” se basaban en un contrato de mandato y la mujer podía ejercer

---

<sup>19</sup> Bernard Mainar, R; “Derecho romana: curso de derecho privado romano”; Universidad Católica Andres; 2001; p 560.

acciones correspondientes al depósito o al mandato para la devolución de los bienes en cuestión.

Para que la mujer pudiera probar la propiedad de los bienes parafernales, debía de adquirirlos antes del matrimonio de esta forma no dudarían de su propiedad, el problema radicaba en la adquisición de éstos bienes una vez constituido el matrimonio en virtud de la presunción Muciana. El origen de esta institución toma correspondencia con el “fragmento 51 del título 1, libro 24 del Digesto, donde se recoge un texto de Pomponio, que atribuye la norma a Quintus Mucius Scaevola: *Quintus Mucius ait, quum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et venus et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gaxia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse*”<sup>20</sup>. Esto esclarece que ante la duda sobre la procedencia de un bien de la esposa, debe partirse de la honestidad de ésta, y consecuentemente presumir que se lo ha donado el marido, pues otra procedencia conduciría indefectiblemente a una situación inmoral<sup>21</sup>, como sería el hurto de los bienes.

En la actualidad, los bienes parafernales son un mero reflejo del concepto que obtuvo en la época helenística, siendo otro claro ejemplo de la herencia que hemos sufrido en dos mil años de antigüedad. Estos se encuentran recogidos en el **artículo 1.381 del Código Civil**, vienen a consagrar los siguiente “*Son parafernales los bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituirla ésta sin agregarlos a ella*”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> <<http://www.iuriscivilis.com>> [visto el 30 de septiembre de 2017]

<sup>21</sup> <<http://www.iuriscivilis.com>> [visto el 30 de septiembre de 2017]

<sup>22</sup> El presente artículo 1381 del Código Civil, se corresponde con la publicación del Real Decreto de de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Reflejando el artículo en cuestión en Título III. Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio; Capítulo II. De las donaciones por razón de matrimonio; Sección tercera. De la restitución de la dote; Capítulo IV. Publicado en “BOE”, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

#### 4.1- Nueva ética familiar con el Cristianismo

Roma, en los dos primeros siglos a. C, sufrió una gran metamorfosis, en su forma de actuar. Este cambio coincide, con la aparición de un nuevo movimiento ideológico “cristianismo”. La progresiva cristianización romana, contribuyó a que se divulgaran pensamientos, que hasta esos momentos eran inalcanzables, como por ejemplo la igualdad entre el hombre y la mujer; y por lo tanto la nueva forma de concepción del matrimonio.

Sin embargo, no todo es consecuencia de la aparición de la nueva moral cristiana, según un arqueólogo e historiador francés, Paul Veyne (2008) se da una “metamorfosis en la sociedad romana totalmente independiente del influjo cristiano, haciendo que la moral matrimonial en el siglo II a. C, fuese absolutamente idéntica a la cristiana”<sup>23</sup>, Según este historiador, el gran cambio se había visto reflejado por dos acontecimiento: por un gran paso de una aristocracia competitiva a una de servicio y por la autorrepresión reactiva de los plebeyos. La teoría usada por Veyne, se basada en la llegada del principado. Antiguamente, en los siglos anteriores de la época romana, las personas que ostentaban todo el poder eran los *paterfamilias*, teniendo la capacidad de ordenar y de mandar a todos sus miembros familiares. Con el comienzo de estos siglos, el *paterfamilia* pierde fuerza, ya no es la figura con más poder, debido a la aparición de una nueva institución “el príncipe”, siendo el *pater* mero súbdito. De esta forma el *paterfamilias*, había terminado de someter a su esposa, a sus esclavas, a sus esclavos y al resto de personas que estuvieran bajo su potestad, como a prisioneros.

---

<sup>23</sup>

Cantarella, E; “la mujer romana” 1991; p 64.

Este cambio tan drástico en la nueva sociedad, garantizó la nueva convivencia marital de las parejas, es decir, la moral de pareja. Esta nueva ética tuvo un notable reconocimiento, abarcando su usanza a todas parejas de clase alta, como a las parejas que se enmarcaban en el amplio abanico de la plebe, cambiando de esta forma la moralidad de convivencia marital.

Otra ética que marco una gran diferencia en Roma, es la empleada por Aline Rosselle (1984) señala que en relación con el sexo. Según éste, el sexo, era un peligro para la salud, afirmado por los mediáticos de la época, después de diagnosticar síntomas en pacientes como fatiga continuada o una gran debilidad. La solución para ello, era la abstinencia. Esta idea no nació con el cristianismo, ya que en la sociedad pagana ya se daba, creyéndose que la idea de controlar el deseo sexual iba a ayudarles a ser más serios y fuertes. Numerosos filósofos como Séneca, conocido también como el estoico, consideraba que el control de los instintos sexuales de un hombre a su esposa era de sabios, ya que los hombres debían amarlas como esposas, no como objetos de deseo.

Esta continencia se veía refleja también en las mujeres, en la situación conyugal. El matrimonio, como bien hemos analizado anteriormente se daba por diversos motivos, como por ejemplo en las clases altas por razones políticas y económicas; y a falta de estas motivaciones por razón de convivencia, por motivos de la edad o por el mero hecho de tener hijos. Sin embargo, todos los cambios que se han dado, con el cristianismo desaparecen, dándose nuevos deseos como la seguridad, la estabilidad y el afecto o amor que sentían los propios cónyuges. Según Séneca, por ejemplo “un buen marido era el que amaba a su esposa con juicio y no como si fuera una adúltera”<sup>24</sup>. Por ello, un hombre debía de respetar a su esposa, algo que en los siglos anteriores era inimaginable.

Por lo tanto hasta el siglo I a. C la mujer se ha caracterizado de virtuosa para la ciudad y para el bien de los romanos, a partir de este siglo, la mujer seguía siendo virtuosa, pero dentro de la óptica privada, de forma individual, proyectada mas al ámbito familiar que hacia la gloria de Roma.

---

<sup>24</sup>

Cantarella, E; “La mujer romana”1991; p 69.

Si nos remontamos al principio de este apartado, el cambio sociocultural que se estaba dando en Roma, hizo que se cambiara la forma de ver el matrimonio en esa época. El matrimonio era considerado libre. El significado de “libre”, hacía referencia a la inexistencia de acuerdos para celebrarlo y a la existencia del matrimonio con solo la convivencia de ambas partes, cuando estas tuvieran la  *affectio maritalis*. Con esta expresión se destaca la palabra “intención” con la cual se obtenía la convivencia marital.

Que el matrimonio fuera libre también significaba la negativa que pudiera tener el hijo frente a la voluntad del padre. Esto viene a decir, que el padre no puede obligar al hijo a casarse si este no estaba de acuerdo. Se tenía que dar un consentimiento al padre para que el matrimonio se celebrara, ya fuera un hijo o una hija.

Diferentes juristas romanos, otorgaron una definición legal al matrimonio, entre estos destacan, Ulpiano y su discípulo Modestino.

Según la definición de Ulpiano “el matrimonio significa una unión de un hombre y de una mujer que implica una comunidad de existencia”. Otra definición que posteriormente Justiniano recoge en su Digesto, es la procedente de otro jurista posclásico de reconocido nombre y discípulo de Ulpiano, Modestino (siglo III d. C) esta viene a decir lo siguiente: “el matrimonio consiste en la unión de hombre y mujer, consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano” (D 23, 2, 1 *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*)

La hija, en este caso, como bien dice un pasaje de Paulo y Ulpiano “el consentimiento de la hija se presupone, a menos que ella se oponga a la voluntad paterna, y la posibilidad de disentir se concede a la hija cuyo padre le haya elegido un esposo  *indignum moribus vel turpem*”<sup>25</sup>

Con la llegada del cristianismo, la nueva moral de pareja era contraria a la nueva ideología. Para los paganos, la  *affectio maritalis*, debía de persistir

---

<sup>25</sup>

Cantarella, E; op.cit; p72.

durante toda la vida de la convivencia entre ambas partes, dicho de otra forma, hasta el perecimiento del matrimonio. Sin embargo, para los cristianos la *affectio*, solo tenía que existir antes de la ceremonia, una vez celebrado el matrimonio la voluntad de las partes no tenía ninguna relevancia, ya que estaban unidos para siempre, sin poder revocar la unión. Por lo tanto el matrimonio para los cristianos era indisoluble y por ello, se intenta limitar el divorcio que existía ya antes de darse el cristianismo.

En los siglos del Imperio las reglas en materia del divorcio, habían cambiado, este cambio se vio favorecido por la nueva forma de ver el matrimonio, todo ello iba parejo. Haciendo ver al divorcio como un intento fallido de ambas partes por construir una relación sólida. Con el cristianismo, como ya hemos hecho referencia anteriormente, el matrimonio es indisoluble. Se hacía cada vez más inalcanzable la idea de que un tercero, es decir el *paterfamilia* disolviera un matrimonio.

En el siglo III a. C, se intervino para eliminar algunas formas de disolución de matrimonio. Como era la pérdida del *status libertatis* y el *civitatis*. En la época clásica, el matrimonio queda disuelto si se correspondía con un prisionero de guerra. Pero a partir del siglo III, si dos cónyuges caen en cautividad y tienen un hijo éste sería ilegítimo, salvo que los padres hubieran adquirido de nuevo la libertad, así lo dijo Severo y Caracalla. Justiano modificó parcialmente la norma, en relación con los prisioneros de guerra, estableciendo que los cónyuges que estaban en esta situación el matrimonio se consideraría válido y por ello existente; y si uno de los cónyuges hubiera sido declarado muerto o desaparecido, el matrimonio seguía siendo válido hasta que no tuviera noticia cierta de la muerte, y por ello no podría contraer nuevo matrimonio hasta ese momento, todo ello en un periodo de cinco años.

Con la pérdida de la ciudadanía, también se dieron nuevas reglas, considerando que la pérdida del *status* de ciudadano no disuelve el matrimonio.

Si seguimos en la dirección del divorcio, Constantino y Justiniano, persiguieron una serie de limitaciones. Para hacer más difícil la situación de

divorciarse, reunieron un acervo de obstáculos, como por ejemplo la necesidad de *libellus repudii*, o que estuvieran presentes en el acto del divorcio siete testigos.

A pesar de ejercitar las circunstancias anteriores, para poder consolidar un divorcio debían de proceder al empleo de una reiterada normativa, dándose concretamente tres eventualidades: *ex iusta causa*, *sine causa*, *communi consensu*.

\*La primera de ellas tenía lugar cuando alguno de los cónyuges, ponía en manifiesto motivos con regulación legal, donde quedara reflejada la disolución del matrimonio. Siempre debía de considerarse un motivo culpable para el cónyuge. La culpa, debido a la desigualdad entre ambos sexo, no recibía el mismo significado, si estamos hablando de la culpabilidad del marido, se daba en casos como la prostitución de la esposa y la culpabilidad de la esposa se daba por adulterio o por comportamientos como la asistencia a los banquetes o baños con extraños o sin consentimiento del marido. Solo guardaban el mismo motivo de culpabilidad, en caso de atentado contra la vida de un cónyuge.

\*El segundo motivo, es el divorcio solicitado por una de las partes sin las causas tasadas en la legislación.

\*Por último, podríamos hablar del motivo solicitado por ambas partes sin causa justificada y posteriormente prohibido por Justiniano.

Este nuevo pensamiento, no sólo endureció la moral del divorcio, sino que además, el adulterio y el aborto también se vieron afectado por la rigidez de las normas.

La concepción cristiana, no reconoce el adulterio, sino que para ellos es un pecado, un delito bastante grave, del cual nace una sanción penal. Constancio y Constance, sustituyeron el exilio a la isla por una condena a muerte, quemando a los adúlteros o sometiéndolos a la *poena cullei* o “pena del saco”, reservado para los parricidas en Roma. Este castigo constaba de lo siguiente: “*el reo era en primer lugar apaleado con vergas; posteriormente se colocaba en torno a su*

*rostro una capucha de piel de lobo y se le calzaba con zuecos de madera; se le introducía en un saco al que se le “cosía”, juntamente con un perro, un gallo, una víbora y un mono; se cerraba dicho saco y finalmente se le arrojaba al curso de agua más próximo”<sup>26</sup>.*

Se dieron grandes limitaciones respecto a la *lex Iulia*, que reflejaba la capacidad que poseía el marido respecto a una mujer adúltera para poder asesinarla sin que se produjera el homicidio. Sin embargo, la provocación de este acto seguía considerándose como homicidio, por ello Pío considero más conveniente que al marido homicida se le castigara con un delito más leve que el homicidio, como los trabajos forzosos de por vida “*humilis loci*”. Otro gran avance, fue que el marido que hubiera asesinado al cómplice de su esposa, debiera de darse las condiciones de tiempo, lugar y persona, en caso de que las condiciones previstas en la *lex Iulia*, no se dieran se sometería al marido al exilio.

Como podemos ver, la violación de la fidelidad en el matrimonio romano, seguía siendo con la usanza de una pena a la mujer y al cómplice de la misma, a pesar de los grandes cambios que se han dado a lo largo de los siglos de la historia de Roma. Claramente, y siguiendo la guía de actuación de las penas romanas, cuando un hombre casado tiene relaciones con otra mujer que no había contraído nupcias, como por ejemplo una prostituta, esta no recibía ninguna sanción. Incluso con la nueva moral cristiana, en la cual se predicaba que el hombre y la mujer eran iguales, a la hora del adulterio, se mantenía el criterio de las sanciones de la vieja moral. El avance en esta materia se vio reconocido con Justiniano, quién limitó las condenas prohibiendo la pena de muerte a las adúlteras, sin embargo estas debían de ser penadas por la comisión del delito siendo encerradas en un monasterio, y solamente con el perdón del marido podían llegar a salir. Destaco de esta referencia que el perdón tenía que darse en menos de dos años, si pasaban los dos años a la mujer le correspondía pasar la vida en el monasterio, de igual forma acontecía si el marido perecía.

---

<sup>26</sup>

<<https://www.hislibris.com>> [visto el 20 de septiembre de 2017]

Justiniano, también modificó de la *lex Iulia*, que el marido matara impunemente a la esposa por adulterio. Este restableció el principio de conceder la impunidad por asesinato del cómplice de la esposa si se daban las circunstancias de la *lex Iulia* pero no se le concedía la impunidad si mataba a la esposa. Con esto se evitaban un gran número de homicidios, ya que el cómplice debía de ser avisado por escrito, firmados por testigos.

Hemos dejado constancias en apartados anteriores, como la mujer en la época de Justiniano logró que parte de los bienes que se aportaban con la celebración de las nupcias formaran parte de su patrimonio particular. Pues bien, si hacemos referencia a los diferentes bienes que componen el patrimonio de una mujer veremos que no solamente estaban formados por la dote o los bienes parafernales, dentro del ámbito familiar las mujeres gozaban de bienes patrimoniales propios, cuya única discrepancia se observaba en el patrimonio diferenciado de mujeres de la alta sociedad y de la plebe. Ulpiano, fue uno de los primeros juristas que dejó constancia en la disposición del patrimonio que los hijos *alieni iuris*, sin hacer distinciones por sexo podían disponer, con la siguiente referencia:

D.15,1,5,3.(ULP.29 ad ed.): “*Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*”<sup>27</sup>

El peculio es un pequeño patrimonio que concede el padre a cada uno de sus hijos, cuya composición consta de bienes muebles o inmuebles, esclavos, créditos o cualquier objeto que el púber haya ganado, pero en este trabajo nos vamos a centrar en el correspondiente a la mujer. Se podría distinguir dos clases: el peculio *profectio* (reconocida por Justiniano como *paganum*) y adventicio.

El primero de ellos, está formado por bienes que el padre concede a sus hijos y esclavos para su gestión. El peculio conocido como *peculium*, surge en la época del emperador Constantino y forma los bienes de los hijos cuyo

<sup>27</sup> Buigues Oliver G; “La posición Jurídica de la mujer en Roma: presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer”; Madrid; 2014; p 68.

administrado en este caso suele ser la madre o familiares ascendientes maternos. Con esto observamos, que el origen de los bienes que constituyen el peculio puede radicar en la sucesión testada o intestada, en los bienes ante nupcias, o en bienes que forman parte del régimen económico matrimonial de los esposos, como la dote.

### 3-DIVORCIO

El divorcio romano consistía en suprimir, por muerte de uno de los cónyuges o por iniciativa de uno o de ambos cónyuges (tipificadas en los textos sagrados como las XII Tablas) el concepto del matrimonio. Esta cesión o cese de la voluntad es lo conocido por los juristas como “*divortium*” o “*repudium*”. Generalmente, en los textos clásicos y constantemente en las constituciones de los emperadores del Bajo Imperio, el primer término es usado para indicar el divorcio bilateral y el segundo término para indicar el divorcio unilateral.<sup>28</sup>

Como hemos reflejado anteriormente, el matrimonio *cum manu* en los primeros tiempos había sido siempre indisoluble. En ningún momento, se podía pensar que la mujer pudiera repudiar al marido, Si bien es cierto, que el marido si podía repudiar a la mujer ya que este poseía sobre la mujer todo su autoridad.

En la época clásica, el divorcio se consideraba como “divorcio libre”, por ello bastaba la voluntad del marido y de la mujer para dejar de estar juntos, cesando con ello su convivencia marital. Esto hace referencia a la libertad que tenían para formalizar el divorcio los dos sexos, sin embargo si es cierto que las mujeres tenían más dificultades tanto sociales como económicas.

---

<sup>28</sup> Lozano Corbí E; “La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el derecho justiniano”; Zaragoza; p 183.

Este divorcio por tanto era completamente libre. Los cónyuges solamente realizan unas meras formalidades para que constara de alguna forma la disolución del matrimonio y tuvieran alguna prueba.

Al igual que sucedía en el matrimonio, el consentimiento que tenían que dar los padres para que existiera el matrimonio tenía que desaparecer.

Pero el divorcio, no solamente se daba por mera voluntad de las partes. Ya que para poder contraer matrimonio, tenía que existir capacidad patrimonial, si este requisito de validez desaparecía por cualquier motivo, el matrimonio se disolvía. Los motivos de disolución eran:

\*Por la pérdida del *status libertatis*, de los cónyuges (hombre libre). Se daba sobretodo en casos de prisioneros de guerra. Esta condición no es considerada un derecho, sino un estado de derecho, dotado de consecuencias jurídicas, si desaparecen las condiciones maritales de su existencia, el matrimonio quedaría cesado, así que la eventual vuelta de la esclavitud se consideraría un nuevo matrimonio<sup>29</sup>.

\*Por la pérdida de la libertad en consecuencia de una circunstancia penal, “*servitus poenae*”.

\*También se podía dar la disolución marital por la pérdida de la ciudadanía romana de los esposos. Salvo que hubieran celebrado el *conubium* con la ciudadanía de otra ciudad.

El divorcio en la Roma Antigua, debía considerarse un acto poco común. Según fuentes jurisprudenciales el matrimonio formalizado por el sacerdote de Iove, el *flamen dialis*, era indisoluble. Este sacerdote, que sobrepasaba en rango al “*Potifex maximus*”, en caso de que efectuara un divorcio o la mujer de un matrimonio efectuado por éste falleciera, debía de dar su dimisión al cargo. Se conocen otros testimonios de autores como Plutarco (Plutarco), dónde se aplica

---

<sup>29</sup> Carcopino,J; “La vida cotidiana en ROMA en el apogeo del IMPERIO” 2011; p59.

la ley del rey Rómulo, esta anula la capacidad de las mujeres para consignar el divorcio y concede a los hombres poder repudiar a las mujeres en caso solo de envenenamiento, sustitución o sustracción de las llaves y adulterio. La ingesta de alcohol en las mujeres estaba prohibida en la Roma clásica de este modo si el esposo sorprendía a la mujer tomando vino podía matarla o divorciarse de ella. Para impedir que la mujer cometiera esta falta, Plutarco y Polibio, argumentan que ellas debían de hacerse cargo de las llaves de la bodega donde se encontraba el vino y por medio del “*ius osculi*” (derecho al beso), las mujeres debían de besar en la boca a su esposo o a cualquier miembro de la familia para asegurarse de la falta de alcohol en el cuerpo. Progresivamente, ya en el siglo I a.d.C, la sociedad se volvió algo más tolerante, en este sentido, con las mujeres, ya que el vino pasó a formar parte de la alimentación básica. El último divorcio registrado por esta cuestión se produjo en el 194 a C.<sup>30</sup>

Debemos destacar de esta figura, que tanto en la República como en el Imperio, era un hecho normalizado, tanto para el primer matrimonio, como para los siguientes. Sí que es cierto, que depende de las clases sociales, ya que la gente rica y con poder si divorciaban más a menudo, no sólo por temas económicos, sino por temas políticos. Las familias nobles, forjaban sus alianzas con la concepción de un nuevo matrimonio, y con ello unían reinos. De este modo, numerosas familias nobles contrajeron nupcias varias veces, así es el caso de Fulvia (hija de Sepronio), quien contrajo matrimonio tres veces.

En el derecho romano clásico, todo matrimonio formalizado, tanto *cum manu* como *sine manu*, podía ser disuelto por acuerdo de ambos cónyuges o por deseo de uno de ellos. Todos los acuerdos que limitaban o excluían esta institución fueron considerados nulos. Con la expansión de Roma y el contacto con otras culturas, sobre todo la griega, el repudio y el divorcio se hicieron mucho más frecuentes. Solo Augusto<sup>31</sup> intento fijar una serie de causas, reprimiendo uniones fuera del matrimonio a través de la “*retentio propter mores*”, castigando con una sanción pecuniaria, siendo en ocasiones la restitución de la dote, al cónyuge que hubiera provocado el motivo de la repudio.

<sup>30</sup> <[www.gladiatrixenlaarena.blogspot.com](http://www.gladiatrixenlaarena.blogspot.com)> [visto el 6 de diciembre de 2017]

<sup>31</sup> En la *Lex Iulia de adulteriis coercendi*.

Augusto dejó plena libertad para el acto del divorcio, sin embargo a través de la “*Lex Iulia de Adulteriis*”, impuso que el repudio debía ser efectuado en presencia de siete testigos y con la participación de un liberto.

En los primeros siglos, el divorcio obligaba a restituir a la esposa a su familia paterna y en el caso de que el padre de la esposa hubiera fallecido a devolverla la condición de *sui iuris*. Para ello se tenían que realizar una serie de ceremonias o actos solemnes que dependían también del tipo de matrimonio que se hubiera celebrado. Por ello, se daban dos tipos de disoluciones diferentes:

Por un lado, está la ceremonia para la disolución conyugal que recibía el nombre de *diffarreatio*, correspondiéndose con la ceremonia nupcial de *confarreatio*<sup>32</sup>. En esta ceremonia, los esposos se reunían en el hogar familiar para rechazar una hogaza de pan, renunciando la esposa al culto familiar del marido. Rompiendo de esta forma el compromiso que unieron en la ceremonia.

La otra ceremonia simbólica, recibía el nombre de *remancipatio*, correspondiendo al matrimonio *coemptio*. Con esta ceremonia, se disolvía el matrimonio y se anulaban la *manus matital*, con una aparente reventa en la que se repetía los actos realizados en la ceremonia nupcial para la adquisición de la esposa.

### 3.1 Conflicto del divorcio en la época cristiana

En el cristianismo, el matrimonio era conocido como una unión indisoluble, por ello la institución del divorcio no era reconocida. Con los primeros emperadores cristianos el divorcio unilateral se empezó a eliminar. En el año 331, Constantino, impuso castigos al cónyuge que se divorciara unilateralmente fuera de de tres causas tasadas “*iustae casusae*”:

---

<sup>32</sup> Antigua forma del matrimonio romano entre patricios, los romanos que se casaban con este tipo de ceremonia deseaban que sus descendientes llegaran a ser vírgenes vestales o *flamines* de Júpiter. La ceremonia en cuestión se practicaba con el *Flamen Dialis* y el *Pintifex Maximus*.

1. Para la mujer

- Por motivos homicidas del hombre
- Cuando el hombre sea reconocido como violador de sepulcro.
- Cuando el cónyuge haya envenenado.

2. Para el hombre

- Adulterio de la mujer
- Cuando la mujer haya envenenado
- Cuando la mujer se dedicara a hacer de Celestina.

Si el divorcio unilateral no era originario de unas de las causas mencionadas en el párrafo anterior, los cónyuges incurrirían en una serie de sanciones. En el caso de la mujer, perdería la dote dejando todos sus bienes en el domicilio conyugal perteneciendo dichos bienes al ex marido y además sería deportada volviendo a su familia de origen, con el impedimento de una nueva contracción de matrimonio. En el caso del marido, debería restituir la dote si celebraba nuevas nupcias, y la esposa repudiada tenía la posibilidad de apoderarse de la dote que hubiera entregado la nueva esposa

No fue hasta el año 421, cuando se incorporaron una serie de causas nuevas para solicitar el divorcio unilateral, más acordes con la sociedad del momento. Se distinguían las siguientes: “*magna crimina o graves causae de la morum vitia*” o “*mediocres causae*”.

- “*Magna crimina*” si uno de los cónyuges cometía alguno de los “*magna crimina*”, el otro podía divorciarse libremente sin incurrir por ello en pena.<sup>33</sup>

- “*Mediocris causae*” se diferenciaba entre el hombre y la mujer. La mujer que se divorciaba por “*mediocris causa*” perdía la dote y la donación nupcial y se le impedía que pudiera contraer un nuevo matrimonio; si se divorciaba “*sine causa*”, era castigada con las mismas penas pero, además, se la condenaba a la deportación perpetua. El varón que se divorciaba por una “*mediocris causa*” debía restituir la dote, pero conservaba la donación nupcial y podía volver a casarse si esperaba dos años; si se divorciaba *sine causa*, perdía tanto la dote como la donación nupcial y se le castigaba con el celibato perpetuo.<sup>34</sup>

Todas estas disposiciones fueron derogadas en el año 436, con el emperador Teodosio II<sup>35</sup>, Sin embargo, en el año 449, Teodosio y Valentiniano<sup>36</sup> aumentaron a catorce las “*iustae causae*” para ambos cónyuges.

Estos emperadores recogen en el Código Justiniano que si una mujer descubre que su esposo es adultero, homicida, envenena, que maquina algún crimen contra el imperio, fuera condenado por falsedad, si probara que es violador de sepulcros, si sustrajo algún instrumento de los edificios sagrados, su fuera ladrón, encubridor, cuatrero, plagiaro, si la esposa le ha visto reunido en su propia casa con mujeres impúdicas, si ha puesto en peligro su propia vida con veneno, puñales o otros similares o si la pega; en estos caso la mujer puede optar a la figura del repudio.

También estos emperadores recogen una serie de causas para el cuestión del esposo, donde el marido esta reducido a iguales términos y no será lícito repudiar a su esposa sin causa prevista, siendo estas, el adulterio, envenenadora, homicida, plagiaro, profanadora de sepulcros, que sustrajera algún instrumentos

<sup>33</sup> Rodríguez Ortiz V; “Disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre cónyuges en la historia del Derecho castellano”; p 633.

<sup>34</sup> Rodríguez Ortiz V; Op Cit; p 633.

<sup>35</sup> Nov.Thod. 12.

<sup>36</sup> Vid. C. 5, 17, 8.

de edificios sagrados, encubridora de ladrones, asistencia a fiestas impuras a escondidas del esposo, pernoctara fuera del domicilio sin justa causa, tras la prohibición del esposo la mujer asista a espectáculos o lugares como teatros o circos, pusiera en peligro su vida con veneno, puñales u otro modo semejante, cómplice de alguna trama contra el imperio, delito de falsedad o si hubiera probado que le levantaba sus manos; en estos casos se optaban por la opción de separarse.

En caso de divorciarse por otros motivos, los cónyuges incurrirían en una serie de penas: la mujer era castigada con la pérdida de la dote y la donación nupcial, y se le prohibía volver a casarse antes de que transcurriesen cinco años; el hombre era condenado a perder la dote y la donación nupcial, pero no se le imponía un plazo para contraer nuevo matrimonio<sup>37</sup>

### 3.2 Divorcio en el Código Justiniano

Fueron introduciéndose numerosas causas emanadas por el emperador Justiniano. En el año 533, Justiniano añade a la causa de Teodosio otras de repudio por parte de la mujer, siendo éstas, el intento de aborto, tomar baños en edificios de hombres o buscar segundo marido estando aun casada.

Además, este emperador reconoció que si en el momento del matrimonio no existían ni la dote y ni la donación nupcial, quien fuera el cónyuge cumple por alguna causa tasada para la repudio, debería remitir al otro (plena propiedad si no hubiera la existencia de hijos o en usufructo si los hubieran) la cuarta parte de su patrimonio sin que se pudiera superar la cifra de cien libras de oro.

<sup>37</sup>

Rodríguez Ortiz V; Op Cit; p 635.

Posteriormente, el emperador Justiniano en el año 542, redactó la Novela 117, modificando en ella la extensa lista por la cual se podía llegar al divorcio, derogando todas las causas establecidas por las leyes posteriores disponiendo de otras causas de repudio. Las causas se reducen a seis para el esposo y a cinco para la esposa.

- Causas de divorcio para el esposo

a) Si la mujer hubiera tenido alguna maquinación contra el emperador y el esposo no conociera ese acto.

b) Acusación y condena de adulterio a la mujer.

c) Tentativa de asesinato contra el esposo.

d) Convivencia con otras personas (sin ser su familia) sin la voluntad del esposo.

e) Si la esposa asiste a espectáculos públicos como por ejemplo el circo o el teatro.

- Causas de divorcio para la esposa

a) Si el esposo conspirara contra el emperador o este no la hubiera revelado conspiraciones de otro.

b) Tentativa de asesinato.

c) Dishonra a su esposa abandonándola a otros hombres.

d) Acusaciones falsas de adulterio.

e) Si el esposo en el mismo domicilio familiar comercia ilícitamente con otra mujer, o tiene relaciones en la misma ciudad indistintamente de la casa donde se originen.

En la misma Novela, el emperador resella, que aun el divorcio por mutuo acuerdo de ambos cónyuges, excepto en caso de voto de castidad de uno de ellos, debe de ser castigado con las mismas sanciones establecidas para el repudio, pero sin estar dentro de las “*iustae causae*”. El repudio sin causa no fue permitido por Justiniano, sin embargo permitió el divorcio sin culpa del otro

cónyuge siempre que estuviera reconocido en la Constitución del 542 como la impotencia del esposo, que alguno de ellos estuviera cautivos o que alguno ingresara en vida monacal.

El derecho Justiniano mantuvo el principio de las segundas nupcias vigente hasta que posteriormente el derecho abolió esta normativa.

### 3.3 Segundas nupcias en el derecho romano

En la época clásica, aparte del “*divortiu*”, existían otras causas que generaban la disolución del matrimonio, como la muerte de uno de los cónyuges; “*capitis deminutio máxima*”, que se producía cuando el ciudadano romano caía prisionero del enemigo, convirtiéndose en esclavo; “*capitis deminutio media*”, como ocurría en el supuesto de la “*deportatio*”, que conllevaba la pérdida de la ciudadanía romana; y “*capitis deminutio minima*”, cuando el padre de uno de los cónyuges adoptaba al yerno o a la nuera, pues en ese caso los casados se convertían en hermanos<sup>38</sup>. Como hemos expuesto en los apartados anteriores, con el cristianismo el matrimonio es indisoluble, manteniéndose que para formalizarlo debe existir consentimiento de las partes. A esta postura, diversos autores consideran que ni la muerte podía romper el vínculo del matrimonio, ya que el consentimiento de ambos se daba a ojos de la Iglesia. Por ello, como el matrimonio no se rompía, no se podían dar nuevas nupcias.

La tradición romana venía dada por el cónyuge viudo, especialmente la esposa. En todo caso, la mujer debía guardar un tiempo de luto para poder contraer un nuevo matrimonio. Este plazo, en un principio fue de 10 meses, sin embargo se amplió a un año. Si la mujer no respetaba esta prohibición incurriría en infamia.

<sup>38</sup>

Rodríguez Ortiz V; Op Cit; p 631.

Las leyes “*Julia*” y “*Papia Poppaea*” se instaron para favorecer las segundas nupcias. Pero después de Constantino, se dictaron varias disposiciones limitativas para la protección de los hijos concedidos en el primer matrimonio, como por ejemplo, la pérdida de los lucros nupciales, atribuyéndoles especialmente los lucros nupciales o los bienes obtenidos por el padre o la madre del otro cónyuge, en favor de los hijos, conservándolos sólo en usufructo.

Otro gran problema del matrimonio era la fertilidad de las mujeres, en aquellos tiempos, las mujeres debían ser fértiles, ya que el hecho de tener hijos era plena supervivencia. Decimos el término de supervivencia, porque en la clase noble, si una mujer es estéril corría el riesgo de ser repudiada y sustituida por otra esposa. Sin embargo, en Roma ya existía una figura llamada *adoptio*, esta figura habla de la adopción de un nuevo *paterfamilias*, por lo que no tiene que ver con la terminología empleada en la actualidad al significado de adopción. Los romanos tenían por tanto, una forma muy peculiar para ser padres, ya que realizaban un trueque con sus respectivas mujeres.

Una historia para nombrar en este caso sería la de Hortensio y Catón. Este relato nos cuenta como Hortensio pidió en matrimonio a Porcia la hija de Catón, por la causa de tener un hijo. Puesto que Porcia estaba ya casada con Bibudo, Hortensio estaba dispuesto a restituirla después de haber cumplido la función de ser madre. Pero la negativa de Catón a la proposición de Hortensio ocasiono una nueva petición, siendo esta la pedida de manos y la celebración de un nuevo matrimonio con la esposa de Caton. Este matrimonio propicio a Hortensio un descendiente. Con el fallecimiento de Hortensio, Marcia se volvió a casar con Catón después de que su anterior esposo le dejara un gran patrimonio tras su muerte.

Por lo tanto, esto deja claro como los romanos se intercambian las mujeres para conseguir la descendencia deseada.

Dicho todo esto, observamos lo que afirmaba al principio de este apartado, en relación con la voluntad de las partes para solicitar el divorcio. Sí que es cierto que las mujeres tendrían más dificultades, porque el divorcio era

más solicitado por los maridos y por los padres. Pero esto no viene a decir que las mujeres no tuvieron derecho a divorciarse ya que si estas fueses mujeres *sui iuris*, podían disponer libremente de este derecho y tomar la iniciativa.

#### 4-FILIACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

El término Filiación está asociado a linaje y parentesco. Para poder analizar correctamente la filiación en el derecho romano, se debe comenzar el análisis de la figura principal dentro de la familia romana, siendo “*pater familia*”. En el apartado anterior relacionado con el matrimonio romano, ya destacamos ésta misma figura, sin embargo, al jefe de la familia no solamente se le atribuye la *potestas* de la “*manus*” sobre la mujer, también tiene plenos poderes sobre la “*patria potestas*” sobre los hijos y descendientes incorporados a la familia biológicamente o artificialmente (adopción o arrogación)

Ulpiano define el concepto de familia afirmando que la familia de propio derecho es aquella que agrupa varias personas bajo la potestad de alguien, bien por naturaleza o bien por estas sometidas conforme a derecho<sup>39</sup>. A su vez, Ulpiano describe a la “familia de derecho común” que se halla formada por aquellos hermanos con respectivas familias que al morir el “*paterfamilia*” se convirtieron ellos mismos en jefes de sus respectivas familias pero conservando entre sí el vínculo familiar agnaticio (colateral)<sup>40</sup>

Si seguimos este orden dentro de la familia romana, la mujer independiente podría estar en la cabeza de la familia pero en último lugar, pasando primero todos los miembros con vínculo agnaticio, ya que la mujer no

<sup>39</sup> BLANCH NOUGUES, J. M. ; “Filiación en el pensamiento jurídico romano: ueritati locum superfore”; Madrid, p.5.

<sup>40</sup> Ibid; p.5y6.

posee la patria potestad y por ello, no puede descender a cabeza de familia por línea femenina. Debemos apreciar, como los vínculos agnaticios dentro de la familia romana se van desarrollando a la largo de los tiempos y van dando paso al parentesco cognaticio o de vínculos de sangre. Este primero, se va corrigiendo dentro del derecho sucesorio por el derecho honorario<sup>41</sup>, aplicándose dentro del derecho sucesorio una categoría nueva de llamamientos, siendo esta la que integra los parientes cognados. En la época del Imperio, se desarrollo otra nueva tendencia dentro de este mismo derecho dejando a la madre la capacidad para poder heredar de sus propios hijos y estos de su madre, aunque como bien he hecho referencia anteriormente la madre carecía de la “patria potestad”.

#### 4.1 Diferentes Categorías de filiación dentro del derecho romano

El texto 5 (de las Reglas de Modestino) reconoce dos modos por los que alguien se hace “*filius familias*”:

1. Por naturaleza (natura)
2. Por adopción

El modelo natural, o también conocido como modelo biológico es el que nace de la concepción de los hijos una vez que el hombre y la mujer se unen con la figura de matrimonio o en otras palabras que se nazca de un padre y una madre de familia, dentro de un matrimonio legítimo. Sin embargo, la figura de la “*adrogatio*” es la adopción en relación con un sujeto “*sui iuris*” (sujeto independiente, sin descendientes legítimos y que se encuentre liberado de la patria potestad mediante la figura de la “*emancipatio*”)

---

<sup>41</sup> *Ius honorarium*: cuya significación describe aquella **serie de reglas, preceptos o normativas dispuestas en los Edictos** de los magistrados y principalmente de los Pretores en la Antigua Roma. Es decir que eran leyes que se desarrollaron en edictos publicados por los pretores durante la República y principios del Imperio, para ayudar, completar o modificar las reglas o procedimientos del *ius civile* existentes. Se finalizó en el siglo segundo dC en el *Edictum Perpetuum*. Los procedimientos desarrollados por los pretores (el sistema de formulario) fueron reemplazados en el siglo tercero por los cognitones.

#### 4.1.1 “ADROGATIO” y “ADOPTIO”

Para empezar a referirme a esta figura he de citar a Gayo 1.97, quien refleja lo siguiente

*“Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus in potestate nostra sunt, uerum et hi, quos adoptamus”*

*“No solo los hijos naturales, según lo que dijimos, recaen bajo nuestras potestad sino también los que adoptamos”*

Esta figura por tanto, efectúa actos por los que se incorporan a la familia nuevos miembros ajenos a esta, pasando a formar parte de la misma como hijos a todos los efectos legales reconocidos sin mostrar diferencia con los hijos naturales.

Ulpiano alude a la categoría de hijos agnados lo siguiente:

*“Parui autem refert, adnatus hic natiuitate an adptione sit quaesitus: nam qui adoptatur isdem fit adgnatus, quibus pater ipsius fuit, et legitiman eorum hereditatem habebit uel ipsi eius”*

*“Poco importa que el agnado lo sea por nacimiento o por adopción, pues quien ha sido adoptado se hace agnado de aquellos que con respecto a él tuvieron su mismo padre y obtendrá la herencia legítima de ellos o ellos de él”*

Con esto se puede observar como ambas figuras ya sea por nacimiento o por adopción tiene los mismos derechos dentro de la familia, incluido derechos sucesorios.

#### 4.1.1.a) “adrogatio”

La “adrogatio”, se formalizaba por medio de tres interrogaciones, luego de un informe confeccionado por los pontífices.- Las preguntas se dirigían al adrogante, y al adrogado, y si ellos manifestaban su conformidad, el pueblo, por último, manifestaba su aprobación a través de su voto, con lo que quedaba sancionada la ley respectiva. Por realizarse ante los comicios curiados, ésta celebración sólo podía darse en Roma, y no podían ser adrogados los impúberes ni las mujeres, por no ser parte integrante de dichas asambleas populares. Ésta era la forma de conceder al adrogante un descendiente, si no pudo conceder uno en su día, de este modo no sólo conseguía un heredero sino que continuaba con la estirpe de su familia. Por ello, los grandes juristas reconocen que la adopción se conceda a individuos con incapacidad biológica para reproducirse salvo por ejemplo la figura de los “castrati” a quienes no se admite que puedan adoptar.

Hacia mediados del siglo III d.C., estas modalidades fueron reemplazadas por rescripto del príncipe, llevarse a cabo tanto en Roma como en las provincias quedando afirmadas por el reinado de Diocleciano, toda vez que la mujer empezaba a obtener nuevos derechos en materia civil, como la capacidad del matrimonio, o en materias de sucesiones, también se le concedió la capacidad de adrogarse y el trámite podía.

La posibilidad de adrogar que se concede por primera vez con Diocleciano se basa en consideraciones piadosas ante una situación juzgada e incluso antinatural: como la premoriencia de los hijos respecto a su madre viuda.<sup>42</sup> También se observa la distinción Justiniana entre la denominada “adopción plena” y la “adopción menos plena”.

---

<sup>42</sup>

Ibid; p.12.

#### 4.1.1.b) “*adoptio*”

La “*adoptio*” surgió con posterioridad a la adrogación. Su origen se remonta alrededor del 450 a.C, derivándose de un procedimiento de la Ley de las XII Tablas. En este proceso no se necesitaba la intervención de los comicios curiados ni de los pontifices, ya que se adoptaban “*alieni iuris*” y por lo tanto no daba lugar a la desaparición de una estirpe familiar.

Con la nueva forma de formalizar una familia se podían adoptar “*alieni iuris*” de ambos sexos, incluyéndose a la mujer en esta nueva figura civil.

Para poder llevar a cabo la adopción se debían hacer por el magistrado correspondiente dos procesos, el primero estaba encaminado a la ruptura con el padre natural del joven destinado a la adopción y la segunda la incorporación del adoptado a la nueva potestad del “*paterfamilia*”

Para proceder al primer proceso se debía llevar a cabo el proceso de la “*emancipatio*” reconocido en la Ley de las XII Tablas:

#### TABLA IV

“*Si pater filium ter venum duxit filius a patre liber esto*”.

“*Si el padre ha vendido por tres veces al hijo quede éste libre de su padre*”.<sup>43</sup>

La segunda operación se realizaba bajo la autoridad del adoptante, éste desarrollaba un negocio ficticio, mediante el cual, el adoptante cedía cuatro veces al hijo a su padre natural ante una figura de autoridad, reclamando de este modo la autoridad paterna sobre el adoptado, si el padre natural no se oponía el magistrado podía sentenciar la adopción.

#### EFFECTOS

<sup>43</sup>

Ley de las XII Tablas; Justiniano; tabla IV.

Uno de los principales efectos que producía esta situación jurídica era la pérdida de su derecho de agnación en su familia de origen, manteniendo únicamente la cognación. La pérdida de este derecho también le suponía la pérdida de todos los derechos sucesorios. Si se daba la emancipación posteriormente a la muerte del padre natural pérdida también los derechos a la sucesión del adoptante.

Para proteger al adoptado, Justiniano en el año 530 d.C., realiza una reforma, estableciendo dos tipos de adopciones:

a) La adopción plena, si el adoptante era un ascendiente del adoptado, que ocasionaba la sumisión de éste a la patria potestad del adoptante, con los mismos efectos que la antigua adopción;

b) La adopción “minus” plena, en caso de que el adoptante fuera un extraño, en cuyo caso la potestad del padre natural continuaba, por lo que el adoptado no cambiaba de familia, sino que adquiría derechos a la herencia abintestato del adoptante.<sup>44</sup>

## 5-LAS VII PARTIDAS Y LA ACTUALIDAD

Tras la invasión de los pueblos del Norte en la Península Ibérica, los germanos siguieron utilizando la legislación romana que les precedía, con el *Corpus Iuris Civilis*. Sin embargo, el paso del tiempo hizo considerar el cambio de la normativa legal para adecuarla a la sociedad del momento, haciendo una recopilación de diferentes fuentes del derecho y en este caso fragmentos del derecho romano. De esta forma el pueblo visigodo decretó la *Liber Iudiciorum o*

<sup>44</sup>

< <http://Derecho911.blogspot.com> >[visto el 1 de noviembre del 2017]

*Lex gothica* cuya traducción al romance desencadenó la promulgación del Fuero Juzgo.

La recopilación del derecho romano no se quedó estancada con Fernando III, ya que Alfonso X el Sabio por encargo de su padre, emprendió la reforma de la legislación de tal forma que publicó un libro llamado *Flores de las leyes* y más tarde promulgó un código que uniformaba la legislación de los reinos de Castilla y León, introduciendo en España el derecho romano y las Decretales, el cual recibió el nombre de las *Siete Partidas*. La partida cuarta va a ser el reflejo de nuestro estudio ya que es la referente al derecho matrimonial y familiar.

La gran similitud que guarda con el derecho de Justiniano es sorprendente, para empezar vamos a ver la transición del matrimonio. Según Justiniano el matrimonio es indisoluble, la pareja no puede separarse sin que hubiera alguna causa tasada en la ley, después del transcurso de varios siglos de diferencia el matrimonio según reconoce el Título 2, Ley 1 de las Siete Partidas “*es ayuntamiento de marido y de mujer hecho con tal intención de vivir siempre en uno, y de no separarse...*”

Como bien hemos reflejado anteriormente, en Roma, se dio un avance en la prestación del matrimonio, pasando de un matrimonio dado por obligación del *paterfamilias* a la era de Justiniano donde los cónyuges ya podían prestar su propio consentimiento, aquí vemos que sigue habiendo una igualdad reflejada en las VII Partidas en su Título 2, Ley 6 la cual ilustra que el consentimiento sólo tiene que ser voluntad de los propios cónyuges para consentir el matrimonio.

Por influencia del cristianismo, que más tarde heredó Justiniano, el repudio sólo podía ser acometido mediante determinadas causas reguladas en la ley, como el adulterio, intento de asesinato, conspiración, instigación a la esposa para comisión de adulterio. Esto eran una serie de excepciones a la realidad de la indisolubilidad del matrimonio, ahora bien con Alfonso X el cambio no queda manifestado, ya que en el Título 10, Ley 2 reconoce “*...pecado de fornicación o de adulterio...*” a su vez, la Partida VII, Título CVII, en la separación por adulterio, la igualdad que supuestamente se le reconoce a los cónyuges dentro

del matrimonio no se formaliza, ya sólo tiene facultad para querellarse el marido ofendido no la esposa. Otra fuente heredada del *Corpus Iuris Civilis*, es la capacidad que tiene las viudas de contraer nuevas nupcias una vez que haya transcurrido el año de viudedad (Partida IV, Título XII, Ley III).

Continuando con esta línea argumental, tratando ahora la materia de bienes matrimoniales, podremos observar que evidencian ser claro ejemplo del *Corpus Iuris Civilis*, ya hemos hablado de la dote en el derecho romano, como bienes que se sirven para el mantenimiento y sostenimiento del matrimonio, otorgados por el padre de la esposa a su nueva familia y el cambio de vista una vez que Justiniano confirmó que la dote iba a ser un derecho inherente a la mujer. Con las Siete Partidas, la dote también es reconocida como un derecho que la esposa confiere a su marido, siendo este quien le entregue a su esposa las arras. Aquí la confusión se puede crear con el termino de “arras” y la donación “*propter nuptias*” de los romanos. El Código de las Siete Partidas allana estos dos términos hasta tal punto de administrarles la misma función “...según dicen los sabios antiguos es como propio patrimonio de la mujer y lo que el varón da a la mujer por razón de casamiento es llamado en latín *donatio propter nuptias*, que quiere tanto decir como donación que da el varón a la mujer por razón que casa con ella; y tal donación como esta dicen en España propiamente arras ...”

<sup>45</sup> La dote en ambos siglos se sigue administrando por el marido y su devolución en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge, debía ser entregada a su mujer (pues era derecho de la misma), y a los herederos.

La patria potestad en Las VII Partidas fue heredada del derecho romano, deduciendo con ello la severidad y el absolutismo de poder del esposo. En la patria potestad no solamente incluye a los hijos del matrimonio, sino que también queda conformada por los nietos y demás descendientes de línea directa, quedando fuera los hijos naturales, los nacidos de barraganas y los incestuosos, traduciendo esto en Las Partidas a los nacidos de uniones de parientes, los adulterinos y los sacrílegos<sup>46</sup>. Si seguimos haciendo referencia al poder del padre respecto a sus hijos, solamente lo tiene respecto a sus hijos

<sup>45</sup> Las Siete Partidas; Partida IV; Título 11; Ley 1; Alfonso X el Sabio.

<sup>46</sup> Las Siete Partidas; Partida IV; Título 17; Ley 1; Ley 2; Ley 3; Alfonso X el Sabio.

legítimos “...*el que es echo según la ley, y aquellos deben de ser llamados legítimos los que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente...*” (Partida 4, Título 13, Ley 1) por ello el poder del padre se limitaba a sus hijos legítimos, en caso de que sean ilegítimos quedarían bajo la custodia de la madre o pariente en línea materna. En las Partidas se desconoce la potestad de la madre frente a sus hijos, ya que sólo se hace referencia al varón, sin embargo si reflexionamos respecto a la Partida VI, Título XVI, Ley IV y V que mencionan las segundas nupcias de la mujer, ésta perdía parte de la guardia de sus hijos, por ello podemos relacionarlo a la no posesión de la patria potestad.

Respecto a la *adoptio* del derecho romano, era exclusivo de los hombres, ya que eran estos los que poseían la patria potestad, de esta forma Las Partidas lo defienden “... *Otrosí ninguna mujer no tiene poder de prohijar, fuera de una manera: si hubiese perdido algún hijo en batalla en servicio del rey, o en hacienda en que se acertase con el común de algún concejo.*”<sup>47</sup>

Vistas estas referencias, podemos observar que los conceptos de Las Partidas proceden directamente del derecho romano, sin que hubiera procedido grandes cambios entre el siglo V d. C y el XIV d. C. En el Siglo XIX, se redacta el primer Código Civil, por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, en el no predominaban grandes cambios, puesto que existían grandes limitaciones referidas a la mujer como la recogida en el artículo 59 “*el marido seguía siendo el administrador de los bienes de la sociedad conyugal*”. A su vez este código enmarca otras restricciones como la imposibilidad de que pudiera ser tutora (artículo 237), o el impedimento para ser testigo en los testamentos otorgados por otras personas (artículo 249).

Los cambios fundamentales empiezan a fortalecerse con la redacción del Código Civil en la primera mitad del siglo XX. No obstante, no fue hasta la ley de 2 de mayo de 1975 donde la igualdad del los cónyuges comenzó a resurgir y con ello la desaparición del poder y de la licencia marital. Desaparece a su vez la representación de la mujer por el marido, así mismo la mujer adquiere la capacidad procesal, algo inimaginable en la época antigua. Tres años más tarde

---

<sup>47</sup>

Las Siete Partidas; Partida IV, Título 16; Ley 2; Alfonso X el Sabio.

nace la Constitución Española reflejando también en su articulado la igualdad de los cónyuges “*el hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”<sup>48</sup>. Dejando constancia a su vez de la igualdad de género en el **artículo 14 de la Constitución española** “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo...*” y de la protección social atribuida a las mujeres “*...la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil...*”<sup>49</sup>

Las continuas reestructuraciones de la jurisdicción civil enmarcaron otra serie de leyes, las que incidieron directamente en modificar el contenido del Código Civil, como la Ley de 13 de mayo de 1981 pasando a llamarse el Título III del Libro IV de dicho Código “Del régimen económico matrimonial”, consecuencia que fue dada por la aprobación de la Ley de Divorcio. Tras esta reforma, es de importante mención la Ley 13 de mayo de 1981, ya que suprime numerosas citas que inciden en la discriminación por razón de sexo, predominado el principio de igualdad constitucional

En la actualidad la última reforma del Código Civil se promulgó el 15 de diciembre de 2015, por ello va a ser la indicada para el estudio de la evolución del derecho privado. Haciendo referencia a lo citado anteriormente se puede ver como la comparativa de ambos cuerpos jurídicos se asemeja, sin embargo en la actualidad los pensamientos retrógrados de identificar a la mujer romana con un menor de edad o a un incapacitado por la carencia de capacidad de obrar desaparecen y con ello la atribución de un tutor para la realización de negocios jurídicos, como bien reconoce el artículo 222 del Código Civil. De esta forma, la mujer podría realizar donaciones y recibirlas, ya que según el Código Civil “*Podrán hacer donaciones todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes*” esto no excluye directamente a la mujer, sino a los dos sujetos ya mencionados (menores e incapacitados). Si seguimos haciendo referencia al Libro Tercero, Título III, en relación con las sucesiones y con la capacidad de heredar, el artículo 662 evidencia lo siguiente “*Pueden testar todos aquellos a*

<sup>48</sup> La Constitución Española de 1978, artículo 32.

<sup>49</sup> La Constitución Española de 1978, artículo 39.

*quienes la ley no lo prohíbe expresamente”* continuando con los sujetos exentos de testar :

1. *“Los menores de catorce años de uno y otro sexo.*
2. *El que habitual o accidentalmente no se hallara en su cabal juicio”.*

Hay que destacar la igualdad del apartado primero cuando hace constancia con *“... uno y otro sexo”*.

De la misma forma se configura el Capítulo II del Título anterior, en relación a la capacidad de heredar, en la antigüedad las mujeres no podían heredar, solamente tenían capacidad para ello las sacerdotisas vestales<sup>50</sup> ya que sus derechos eran configurados con los derechos de los hombres o por *ad intestato*. En cambio, con la nueva evolución normativa “la capacidad para suceder por testamento y sin el” confiere lo siguiente *“Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por ley”*<sup>51</sup> que a su vez en el artículo 745 hace un inciso a los sujetos que se consideran incapacitados:

1. *Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias del artículo 30*<sup>52</sup>.
2. *Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.*

Si nos centramos en la materia reconocida en el Código Civil con carácter matrimonial, podemos observar como la evolución que ha tomado parte en el derecho privado con el consentimiento de las partes sigue presente, en el artículo 45 del Código Civil refleja que sin consentimiento de los cónyuges no existe el matrimonio, a su vez podríamos tratar que la falta de consentimiento provocaría la nulidad del matrimonio (artículo 73 del Código Civil).

---

<sup>50</sup> Las sacerdotisas vestales, dentro de la Religión de la Antigua Romana, eran mujeres que dedicaban su vida al culto de la diosa del hogar Vesta. Debían ser mujeres vírgenes elegidas por el *Pontifex Maximus*, a la edad de seis y siete años.

<sup>51</sup> Código Civil; Libro Tercero; Título III; Capítulo II; artículo 744.

<sup>52</sup> “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

Es posible actualmente la celebración de capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges, antes y después del matrimonio, donde la participación administrativa en los bienes que incluyen las capitulaciones sería igualitaria, por tanto la potestad de los bienes no recaería directamente al marido.

En la actualidad sigue presente la figura del divorcio, sin embargo, con la aprobación de la Ley de 1978 donde se suprime la penalización del adulterio y del amancebamiento, el divorcio ya no tiene causas tasadas para su eficacia, con ello, los cónyuges pueden disolver su matrimonio sin especificar una causa, siendo posible el divorcio o la separación de “mutuo acuerdo” con la formalización de un convenio regulador o sino por vías judiciales.

Respecto a la supremacía del hombre dentro de la patria potestad, la Ley 13 de mayo de 1981, suprime este criterio reconfigurando con los siguiente *“los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre”* (artículo 154.1). Hoy en día y tras la reforma de las disposiciones legales vigentes, la patria potestad *“se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”* (artículo 156 del Código Civil) y si uno de ellos no ostentara la patria potestad tendría la obligación de velar por sus hijos menores y seguiría teniendo el deber de alimentos. En nuestra normativa vigente, el Código Civil recoge una serie de circunstancias que excluyen de cualquier función otorgada como padre respecto al hijo, descendiente o en sus herencias al progenitor que:

1. ° *“Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.*

2. ° *“Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.”*<sup>53</sup>

Nuestro Código también reconoce la filiación no marital y su procedimiento legal oportuno, de esta forma, si no existe el matrimonio, los hijos de ambos progenitores tienen una protección legal igualitaria al resto, estos son

---

<sup>53</sup>

Código Civil; Título V; CAPITULO I; de la filiación y sus efectos; artículo 111.

1. *“la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.*
2. *Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*
3. *Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*
4. *Por sentencia firme.*
5. *Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.”(artículo 120 del Código Civil)*

Con esto podemos observar, como el legislador evoluciona en esta materia y pretende garantizar una protección jurídica a los menores, algo que en la época de Justiniano se deja a cargo de los progenitores.

En los tiempos de Justiniano y de Alfonso X, se reconocen unas donaciones antes del matrimonio *“propter nuptias”* dadas por el marido a la esposa y simbolizadas con arras, actualmente nuestro Código Civil reconoce las donaciones por razón de matrimonio, estas no son otorgadas por los esposos, si no que cualquier persona antes de celebrarse el matrimonio puede otorgar a uno o a las dos futuros esponsales, siendo el nombre coloquial *“regalos de boda”*.

Nuestra legislación no menciona en ningún precepto que las mujeres no tengan capacidad para poder adoptar, como bien sucede en la mención del *Corpus Iuris Civilis* y en las VII Partidas. Nuestro ordenamiento vuelve a dirigirse a la imposibilidad de celebrar negocios jurídicos a aquellas personas incompatibles, según con el artículo 175 del Código Civil, el adoptante debe de ser mayor de veinticinco y en el supuesto de ser dos sujetos bastaría con que los años los tuviera uno de ellos. A su vez, se necesita un ambiente familiar idóneo para el adoptado con un *“...previo informe psicosocial sobre la situación*

*personal familiar, relación y social de los adoptantes así como su capacidad para estables vínculos estables y seguros...”*<sup>54</sup>

## 6-CONCLUSIÓN

Visto y estudiado el alcance evolutivo del derecho matrimonio y familiar en las diferentes etapas de la historia de Roma, analizaremos detalladamente la temática de este trabajo.

Al comienzo de este trabajo hemos efectuado una breve introducción del derecho familiar de la época clásica, con la figura de la mujer para un estudio más conciso a la hora de destacar el avance evolutivo del derecho romano. Como se ha apreciado, la mujer romana ha carecido de derechos civiles, caso contrario sería el de los hombres, quienes a pesar de estar bajo el status de “*filiusfamilia*” tenían capacidad procesal. En la vida familiar romana ya hemos destacado de forma exhaustiva que el cabeza de familia, era el *paterfamilia*, cuyo poder tenía jurisdicción en toda su esfera familiar. La mujer en su defecto estaba sometida a la potestad de su “*pater*”. De la misma forma, la potestad del “*pater*”, iba dirigida a las *filiae*. Con ello podemos observar, los roles que se acentuaban a las mujeres dentro de la familia, como progenitora y ama de casa, roles que en la actualidad siguen existiendo. Esto está enmarcado, por los estereotipos sociales, ya que a pesar de que muchos hombres se encarguen de tareas hogareñas las mujeres por sus roles predecesores, según el pensamiento minoritario, son las más aparentes para realizarlos. Es cierto y por ello debemos mencionar, que el poder que albergaba el “*paterfamilia*” estaba concentrado en toda su estirpe, por ello tanto varones como mujeres, estaban bajo el mandado del cabeza de familia, aunque los hijos pudieran realizar negociaciones jurídicas y

<sup>54</sup> Código Civil; Libro Primero; Título VII; Capítulo V; Sección segunda “De la adopción”; artículo 176.3.

las hijas no carecieran de ese reconocimiento legal. Sin embargo, el derecho romano ha ido generando continuas modificaciones a lo largo de la historia, y como consecuencia ha originado la evolución del mismo. Si seguimos haciendo referencia al reconocimiento de los derechos y su evolución, hemos destacado varias veces en este trabajo que en la época de Justiniano la mujer podía solicitar la “*mancipatio*” para dejar de estar bajo la influencia paterna. Fue un drástico cambio ya que la mujer, a pesar de tener un tutor, tenía capacidad procesal. Hoy en día, ambas figuras no gozan de una diferencia social, ambos son iguales ante la ley sin que exista discriminación alguna por “raza, sexo...” como bien explica el artículo 14 de la Constitución Española. Este alcance también se ve reflejado en el resto de legislación y jurisprudencia.

En relación con los negocios jurídicos, como bien hemos aludido en apartados anteriores, en la actualidad ambos sexos gozan de los mismos derechos y de las mismas igualdades, y por ende puede realizar por igual cualquier negocio jurídico. Sin embargo nuestro derecho privado, limita ésta capacidad, a aquellas personas que carezca de una edad suficiente para ser conocedores de sus actos o a aquellas personas que por otras circunstancias no sean conscientes de los actos que realizan, de esta forma citamos a los menos y a los incapacitados, quienes podrán realizar negocios jurídicos con la figura de un tutor. Pues bien, aquí vemos como en la Roma clásica asemejaban la figura de la mujer con la de un menor o un incapacitado. A pesar de ello, los cambios producidos a los largo del tiempo han considerado que nuestro Código Civil recoja en su artículo 322 “*el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil*”. También podemos ver estas limitaciones en negocios jurídicos determinados como la donación o capacidad para testar, donde se deja claro que la prohibición no se basa en el sexo, sino en que sean menores de catorce años y no gocen de una capacidad plena. Este es un claro avance evolutivo.

En relación con el matrimonio, podemos valorar, que ha tomado una evolución culminante con el paso del tiempo. En los primeros siglos de Roma, el matrimonio era una mero traslado de dominio referente a la mujer, quien pasaba de ser “*filiae*” a “*loco filiae*”, eso quiero decir, que la mujer dejaba de ser la hija de una familia cuyo dominio estaba destinado al “*pater*” de esa familia, al

dominio de otro hombre correspondiéndose con su esposo o con el padre de este. Con el paso del tiempo y el desarrollo cultural de la historia, la mujer ya podía tomar sus propias decisiones en el matrimonio, como el consentimiento del mismo, algo que culmina con el poder del “*pater*”. El matrimonio, tal y como recoge nuestros textos legales, concretamente el artículo 45 del Código Civil, para que se conozca como válido, necesita el consentimiento de ambas partes, dicho consentimiento se debe de prestar con plena capacidad de ambas partes si no sería un negocio nulo por el artículo 1262, 1263, tal y como he hecho referencia en el apartado anterior de negocios jurídicos.

En relación con el derecho dotal, o lo que hace referencia a los bienes constituidos con el matrimonio, no ha evolucionado tanto como nos imaginamos. En el desarrollo de este trabajo, la evolución predominante fue la promulgada por Justiniano y con ello la mujer llegó a ser propietaria de bienes matrimoniales que complementaban la dote. A su vez, la mujer podía tener bienes propios sin que formaran parte de los bienes dotes, y esto se prolongó en el tiempo hasta la promulgación del Real Decreto del 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Distinguiendo en este caso los bienes privativos de la mujer como “bienes parafernales” y dejando constancia de los bienes privativos de los hombres con esta terminología. Por ello podemos considerar que la distinción entre ambos sexos seguía existiendo, a pesar de la evolución sufrida. Debemos de mencionar que en el siglo XXI, esta distinción queda derogada.

Lo mismo sucede con la situación del divorcio o con derechos privados como las sucesiones o las herencias. Hasta el Imperio, la mujer no podía ser beneficiaria del patrimonio del cónyuge en caso de viudedad o no podía considerar de forma propia adoptar la medida del divorcio. Sí que es cierto que en el Imperio, se dio una serie de consecuencias para que el divorcio fuera cierto, como el adulterio, pues bien hasta la reforma de nuestro Código Civil en su reconocido artículo 105 seguía formando parte esa causa de divorcio. Haciéndonos pensar que las fuentes del derecho romano no son tan antiguas.

Sin embargo, el divorcio, ha sufrido varios cambios hasta la actualidad, como la desaparición por completo en el Código Civil promulgado en diciembre del 2015, de las causas por las que se podía llegar al divorcio, a su vez reconoce que puede existir una separación de “muto acuerdo” con la formación de un convenio regulador o con la posibilidad de acudir a las vías judiciales por falta de acuerdo expreso entre las partes. Esto quiere decir, que con el paso del tiempo, no sólo se ve más frecuentado el divorcio o la separación, sino que facilitan en todo caso que se pueda llegar a ello. Sería propiamente dicho destacar, que las facilidades para ello se conceden sobre todo para la protección de los hijos menores si lo hubiera,

Tras el análisis efectuado a lo largo de todo el trabajo podemos destacar, que de la República al Imperio, se han dado grandes cambios. El “*pater*” pierde fuerza y a la mujer se la concede la propiedad de un derecho reconocido por Justiniano en lo referente a su régimen económico matrimonial, recibiendo el nombre de la dote. A parte se concede a la mujer la guardia o custodia de los hijos por mala conducta paterna, a su vez, forma parte de la sucesión en la línea agnada, siempre que conciba tres herederos, dándose lugar la sucesión “ad intestado”, algo que hemos heredado.

A pesar de todos los grandes cambios que se han dado del derecho romano al actual, debemos señalar, que la mujer en romana estaba reconocida por todas las prohibiciones referentes a no ejercitar derechos, a lo que hoy en día consideramos sujetos que carecen de una plena capacidad procesal, como serían los menores de 14 años o los incapacitados, generalizando en nuestra legislación actual con los mismos términos para ambos géneros sexuales, sin hacer distinciones.

El gran cambio evolutivo sufrido en unos 2.000 años de historia, ha generado que se pueda ver una clara y evidente evolución, no sólo en términos jurídicos, sino que también a socioculturales. Ambos han sufrido un cambio simultáneo, dado que se adaptan a la sociedad cambiante de cada tiempo.

El análisis de este avance en la legislación lo hemos visto reflejado con la ayuda de la figura de la mujer como estudio principal. Sin embargo, debemos considerar que dentro de nuestra sociedad, hay ciertas terminologías que deducen un avance débil dentro del siglo XXI, como la terminología de “machismo”. Si aludimos a la citada palabra, debemos aclarar que el significado y la utilización de la misma no llegan a corresponderse con la terminología clásica, ya que ha progresado de forma colindante con la sociedad romana. También subrayamos, que gran parte de la sociedad desconoce con exactitud esta terminología y el uso de la misma, empleándola sin el conocimiento adecuado.

La mujer era afortunada de tener en posesión más libertades que en otras sociedades o culturas, pero no quiere decir que tuviera capacidad para ello. Los hombres romanos se creían más sabios, mas fuertes y más inteligentes que las mujeres ya que eran ellos quienes podían ejercitar todo su poder sobre ellas, por ello consideraban la mujer ideal romana como la matrona. Sin embargo, ha llegado a nuestro conocimiento grandes mujeres de la antigüedad clásica que llegaron dirigir las fuerzas políticas, como bien logró Livia, a través de su segundo esposo Augusto. Pero sólo mujeres de familias nobles podían regir de esto modo.

Visto todo este estudio, podemos concretar, que el derecho romano ha influido a lo largo de todos los tiempos, sin embargo se ha ido adaptando a cada momento de la sociedad, observando un avance pleno de las leyes vigentes en la sociedad romana, hasta la legislación y jurisprudencia que aplicamos en la actualidad.

## **7-BIBLIOGRAFÍA**

**Libros**

BERNARD MARINAR, R., “Derecho romano: curso de derecho privado romano”, Universidad Católica Andres Bello, Caracas, 2001.

BLANCH NOUGUES, J. M., “Filiación en el pensamiento jurídico romano: *ueritati locum superfore*”, Madrid, 2004

BUENO, DELGADO, A, J., “La legislación religiosa en la compilación justiniana”, Madrid, 2015.

BUIGUER OLIVER, G., “La posición jurídica de la mujer en Roma, presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer”, Madrid, 2014.

CANTARELLA, E., “La mujer romana”, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.

CANTARELLA. E., “Los suplicios capitales en Grecia y Roma orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica”, Madrid, 1996.

CARCOPINO, J; “La vida cotidiana en ROMA en el apogeo del IMPERIO”, 2011.

GABUCCI, A., “Roma”, Barcelona, 2008.

JIMENO ARNGUREN, R., “Matrimonio y otras uniones afines en Derecho histórico Navarro” (Siglos VIII-XVIII), Madrid, 2015.

MACKELDEY, F., “Elementos del derecho romano que contienen la teoría de la Instituta, precedida de una introducción al estudio del mismo derecho”, Madrid, 1844.

OLIS ROBLEDA S.J.; “El matrimonio en el derecho romano, esencia requisitos de validez, efecto, disolubilidad”, Roma, 1970.

PONEROY, S., “Diosas, ramerías, esposas y esclavas; mujeres de la antigüedad clásica”, Madrid, 1999.

SUÁREZ BLÁZQUEZ G; “La dote de la mujer romana en del derecho de sucesiones”, Madrid, 1997.

### **Páginas Web**

<http://derecho.laguia2000.com>

<http://Derecho911.blogspot.com>

<http://derecho-romano.blogspot.com.es>

<http://ermoquisbert.tripod.com>

<http://vhfderechoromano.blogspot.com.es>

<http://www.culturaclasica.com>

<http://www.historiadelderecho.uchile.cl>

<http://www.iuriscivilis.com>

<https://www.es.derechoromano.es>

<https://www.es.wikipedia.org>

<https://www.hislibris.com>

[www.gladiatrixenlaarena.blogspot.com](http://www.gladiatrixenlaarena.blogspot.com)

**Revistas**

BUENO DELGADO, A, J., “*Algunas consideraciones en torno a las influencias cristianas en la legislación matrimonial del emperador Justiniano I*”, Revista General de Derecho Romana, nº23, Alcalá de Henares, 2014.

LOZANO CORBÍ, E; “La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el derecho Justiniano”, Zaragoza, Revista de relaciones laborales, nº 4-3, 1997.

MORINEAU, M., “*Las donaciones entre cónyuges, estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto*”, Revista de Derecho Notarial Mexicano, nº 63, México, 1976.

PULGAR NUÑEZ, X; “La dote como protección a la mujer en el derecho romano, Revista Chilena de Historia del Derecho, nº 0-16.

QUINTANA ORIVE, E; “En torno al deber legal de alimentos ente cónyuges en el Derecho Romano, Revista internationale des droit de l’antiquité, nº 46, 1999.

RODRIGUEZ ORTIZ V; “Disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre cónyuges en la historia del Derecho castellano”, Revista Anuario de Historia del Derecho Castellano, nº77, 2007.

SILVA SANCHEZ, A; “notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano”; Revista Anuario de la facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, nº 22, 2004.

### **Fuentes Jurisprudenciales**

Código civil, nº34, Madrid, 2015.

Constitución Española de 1978.

Corpus Iuris Civilis, Justiniano.

VII Partidas de Alfonso X el Sabio.

XII Tablas.