

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO: *MATRIMONIUM Y CONTRACTUM* COMO SINÓNIMOS DURANTE SIGLOS *

Elisa MUÑOZ CATALÁN

Profesora de Derecho romano
Facultad de Derecho. Universidad de Huelva
elisa.munoz@dtbm.uhu.es

RESUMEN

*Con el presente trabajo de investigación hemos profundizado en el concepto y naturaleza jurídica del matrimonio romano, así como en otras uniones extrafamiliares surgidas en Roma durante su etapa de mayor esplendor y su evolución hasta nuestros días. En primer lugar, se ha reparado en la importancia del *connubium* concebido como el derecho y la capacidad jurídica para contraer un matrimonio legítimo y cómo, la falta de este requisito, determinaba la calificación de «unión extramatrimonial», por no cumplir con uno de los elementos que caracterizaba a todo *matrimonium iustum*. En segundo término, hemos visto de qué manera nacieron en época clásica determinadas prohibiciones a contraer un *matrimonium* conforme a Derecho, cuando precisamente no se daban dichos requisitos esenciales ni se producían los efectos personales ni patrimoniales que analizaremos. Finalmente, sobre la base de la regulación del matrimonio actual existente en el Código Civil español y sus presupuestos esenciales, ha resultado necesario demostrar cómo el matrimonio romano clásico, a diferencia de otras etapas, no tenía la consideración jurídica de contrato, pues requería no solo de la existencia de una convivencia marital, sino también de un consentimiento continuado prestado libremente entre los contrayentes.*

Palabras clave: matrimonio, *connubium*, unión legal, consentimiento, contrato.

ABSTRACT

*By this piece of work we have dug in the concept and legal nature of Roman marriage, as well as in other extra family partnerships arising in Rome during those times of great splendor of the city and its evolution to date. For starters, we notice the importance of *connubium* penned as the right and legal ability to get married in a legitimate manner and how, the lack of such requirement, led to the term “off marriage partnership», since it did not meet one of the typical elements of a *matrimonium iustum*. Second of all, we have noticed how several bannings aiming at getting married according to law in classic times, when there were no basic require-*

* El presente artículo es fruto de las últimas investigaciones llevadas a cabo por la doctora en materia de Derecho de familia y matrimonio, tras ser acreditada por la ANECA para la figura de profesora contratada doctora.

ments nor there was an impact on personal or property rights that we will look into later on. Last but not least, on the basis of how current marriage is ruled in Spanish Civil Code and on its main requirements, it has turned out to be necessary to prove how classic Roman marriage, as opposed to other stages in life, was not legally seen as a contract since not only did it require a marital cohabitation but also an ongoing consent freely vowed between the parties.

Keywords: marriage, *connubium*, legal bond, consent, contract.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Untersuchungsarbeit haben wir das Konzept und den juristischen Charakter der römischen Ehe vertieft, ebenso wie andere außerfamiliäre Verbindungen, die in Rom während der Blütephase und ihrer Entwicklung bis in unsere Tage entstanden sind. Zunächst haben wir uns mit der Bedeutung des Konnubiums befasst, das verstanden wird als das Recht und die rechtliche Fähigkeit, eine legitime Ehe einzugehen und wie das Fehlen dieser Voraussetzung die Qualifikation der »außerehelichen Vereinigung« bestimmt hat, da sie nicht einem der Elemente entspricht, die jedes matrimonium iustum auszeichnen. Zum anderen sehen wir, wie bestimmte Verbote, eine Ehe gesetzeskonform einzugehen, in der klassischen Zeit entstanden sind, als genau diese wesentlichen Voraussetzungen nicht erfüllt waren und die persönlichen und vermögensrechtlichen Wirkungen, die wir analysieren werden, nicht erzeugt wurden. Schließlich musste auf der Grundlage der Regelung der gegenwärtigen Ehe im spanischen Zivilgesetzbuch und ihrer wesentlichen Annahmen aufgezeigt werden, wie die klassische römische Ehe im Gegensatz zu anderen Phasen nicht die rechtliche Berücksichtigung eines Vertrages innehatte, da sie nicht nur das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auch eine kontinuierliche, frei gegebene Zustimmung der Vertragsparteien voraussetzte.

Schlüsselwörter: heirat, *konnubium*, legale vereinigung, zustimmung, vertrag.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXIGENCIA DE CONNUBIUM EN LOS MATRIMONIOS ROMANOS.—1. El *ius connubii* como requisito constitutivo del matrimonio clásico.—2. Alcance jurídico de los términos *matrimonium* y *contractum*. Discusiones doctrinales en torno a la naturaleza del matrimonio.—III. REQUISITOS DEL MATRIMONIUM IUSTUM.—1. Breve referencia a la autenticidad de la *affectio maritalis*.—2. Análisis jurídico de los matrimonios legales y sus presupuestos.—IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LOS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS CONFORME AL DERECHO CLÁSICO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación vamos a tratar de demostrar de qué manera los efectos personales y patrimoniales que pueden surgir con el nacimiento de una «familia», en sentido amplio, van a variar en función de la etapa histórica en la que nos encontremos. En primer lugar, nos plantea-

mos la necesidad de analizar el origen y requisitos constitutivos del matrimonio, desde la vigencia del Derecho romano clásico hasta el final del Imperio con el emperador Justiniano. De esta forma pretendemos, en la medida de lo posible, encontrar y analizar puntos de vista distintos al Derecho moderno en el afán de armonizar los conflictos jurídicos producidos en los últimos años en relación con lo que llamamos «concepto tradicional de familia».

Asimismo, la importancia del análisis de la configuración jurídica del matrimonio romano clásico y otras uniones extrafamiliares que surgieron en Roma durante la época de mayor esplendor del Imperio merecen ser objeto de una investigación separada debido a la escasez de fuentes clásicas que regulan la materia, ya que, en gran medida, solo conservamos la visión posclásica y justiniana. En esta introducción vamos a tratar de justificar el por qué del tema elegido y el orden metodológico y práctico que nos ha servido de base para la realización del presente trabajo.

El propio título con el que hemos empezado nuestra exposición expresa intuitivamente cuál es el objetivo que pretendemos conseguir, esto es, investigar sobre la naturaleza jurídica del matrimonio y su posible consideración histórica como contrato, dados sus elementos comunes. Para ello, mostraremos cómo el matrimonio romano clásico no tenía la consideración jurídica de contrato, pues requería la existencia de una convivencia marital y un consentimiento continuado prestado libremente entre los contrayentes. Lo que, comparándolo con la regulación sobre el matrimonio que contiene nuestro Código Civil vigente, nos lleva a resaltar las semejanzas existentes entre el matrimonio clásico y el actual, dado que hoy se exige que los cónyuges se respeten, ayuden mutuamente, que actúen en interés de la familia, así como que se guarden fidelidad mutua y se socorran, siendo necesario el consentimiento matrimonial.

Asimismo, resulta de interés analizar los efectos del cumplimiento o incumplimiento de determinados requisitos esenciales como: la capacidad física o natural de los contrayentes, la capacidad jurídica o *ius connubii*, y el *consensus* recíproco y continuado entre ambos para que efectivamente existiese el vínculo conyugal.

Especial relevancia damos al análisis jurídico de la ausencia de *connubium* en la Roma clásica justificado por varias razones: *i*) la primera de ellas se debe al problema que supone la inexistencia de un conjunto de textos que regulen no solo la institución marital, sino aquellas otras uniones extrafamiliares calificadas como tal por no cumplir con los requisitos exigidos por el Derecho romano clásico para ser consideradas como *matrimo-*

nium iustum; ii) asimismo, otra de las razones para que la elección de este tema tome como referencia la época clásica es que se trata de la etapa de mayor esplendor y evolución no solo para el Derecho, sino para otros campos como la literatura, la poesía y el arte¹. Comparar, pues, de qué manera se limitaban los matrimonios *iniustum* en la Roma clásica con las diferentes uniones que están surgiendo en nuestros días puede servirnos para entender las transformaciones jurídicas actuales en la institución marital.

En consecuencia, consideramos necesario partir de la importancia del *connubium* entendido como el derecho y la capacidad jurídica para contraer matrimonio, y cómo la falta de este requisito esencial determina su inexistencia en Roma. A nuestro entender, el estudio detallado del matrimonio romano, y, en concreto, las escasas fuentes que regulan la capacidad jurídica, puede servirnos para comprender de qué manera nacerán en la época clásica determinadas prohibiciones a contraer un *matrimonium* conforme a Derecho y cuáles eran sus efectos. A lo largo de nuestra exposición vamos a hablar de ausencia de *connubium* o *impedimentum* según nos encontremos en el Derecho clásico o en el justiniano, de ahí la importancia de su investigación.

Por tanto, el principal problema con el que nos encontramos a la hora de detenernos sobre este estudio no es otro que el de la elección de una técnica o método que resulten adecuados para su análisis, ya que, en términos generales, la metodología y sus diferentes alternativas en Derecho romano han sido objeto de una profunda investigación por motivos prácticos puesto que ningún método se considera como definitivo². En este sentido, en función de la perspectiva con la que trabajemos este tema, el enfoque que le podamos dar va a ser diferente. No obstante lo anterior, siempre existen unas líneas comunes entre todos los trabajos de investigación que tratan sobre el estudio del Derecho romano, ya que el problema

¹ Sobre este particular *vid.* F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 90 y ss.; U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944, pp. 242-243; Á. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, Colegio Trilingüe de la Universidad-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943; *id.*, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, p. 281, y X. D'ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho romano*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pp. 62-63.

² Entre las obras que podemos citar por tratar sobre metodología e investigación, tanto a nivel general como aplicado al Derecho, son, entre otras, S. RAMÓN Y CAJAL, *Reglas y consejos sobre investigación científica*, Madrid, Espasa Calpe, 2000; A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1971, y G. BERCHMANS VALLET, *Metodología de la determinación del Derecho*, vol. I, 1994, y vol. II, 1996, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces.

inicial desde el que se parte es el mismo para todos los romanistas, esto es, el de determinar el mejor camino que lleve a la consecución de unos resultados convincentes en relación con nuestra ciencia. De este modo, el profesor Álvarez sostiene que:

«La investigación, para serlo, ha de mirar la huella misma, no su reflejo ni su retrato, que pueden deformarla y falsearla al punto de rendirla inútil. Por tanto, el criterio metodológico y la línea de investigación a seguir son el resultado de una elección personal por parte del investigador a partir de los textos, puesto que no existe un método que satisfaga a todos los científicos de forma unánime y ha de ser el propio investigador el que voluntariamente elija cuál va a ser el criterio metodológico que va a aplicar. De esta manera, todos los métodos son discutibles y no existe un método absoluto al que todos los investigadores deban adherirse, por lo que no es de extrañar que, a diferencia de otras investigaciones, nuestra ciencia exija un esfuerzo particular incluso dentro de la propia ciencia jurídica».

En consecuencia, la escasez de investigaciones que tratan el fundamento y regulación jurídica de las uniones legales existentes en el Derecho romano clásico nos ha llevado a la exposición del presente trabajo. Con él pretendemos profundizar en la naturaleza jurídica del matrimonio como posible contrato o negocio jurídico y su evolución jurídico-social hasta nuestros días.

Partiendo de la regulación contenida en nuestro Código Civil vigente, los cónyuges deben respetarse, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia, así como guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

II. EXIGENCIA DE *CONNUBIUM* EN LOS MATRIMONIOS ROMANOS

La finalidad principal que nos planteamos al profundizar en esta materia no es otra que la de averiguar cuál es su configuración jurídica en las fuentes clásicas que lo regulan y de qué manera se articula su naturaleza positiva al ser considerado en Roma no solo como un requisito esencial de capacidad jurídica para poder contraer un *matrimonium iustum*, sino como el propio derecho al matrimonio. Así, el *connubium* se configura como una institución imprescindible a lo largo de nuestra investigación, puesto que su inexistencia va a determinar que aparezcan en época clásica determinadas relaciones que podríamos calificar de «extrafamiliares» o, incluso, «extra-

matrimoniales», y cuyo reconocimiento y regulación resultan complejos³. La única forma de conocer cuáles eran para el Derecho romano los impedimentos y limitaciones para contraer justas nupcias es centrando nuestra investigación en la institución del *ius conconnubiinubii* a partir de los escasos y fragmentarios textos con los que contamos:

- a) En primer lugar, hemos creído necesario definir el *connubium* de los contrayentes durante la época clásica teniendo presente el fundamento esencial del *matrimonium* en Roma. Desde un análisis exhaustivo del matrimonio romano y de sus requisitos constitutivos, conseguiremos descubrir en las fuentes la naturaleza compleja de esta institución.
- b) Seguidamente, nos detendremos en observar cuáles son los efectos jurídicos que producía en Roma todo matrimonio contraído conforme a Derecho y con *connubium*. Así, el *matrimonium iustum* producía tanto efectos personales como patrimoniales, y es en estos últimos en los que centraremos nuestra atención para analizar la constitución de la dote y los elementos esenciales que la conformaban.
- c) Por último, y derivado de lo anterior, es la necesidad de mostrar cómo, desde la época posclásica hasta la justiniana, las ideas cristianas influyeron en la institución del matrimonio romano modificando la configuración jurídica del *connubium* clásico, considerado este por los textos posclásicos como el propio *matrimonium*.

1. El *ius connubii* como requisito constitutivo del matrimonio clásico

No podemos entender la institución del *ius connubii* si no comenzamos nuestra exposición haciendo referencia a la naturaleza jurídica del matrimonio romano y a los requisitos constitutivos que lo conformaban como un *matrimonium iustum*. Bajo estas premisas, el matrimonio romano clásico se configuraba como una institución central dentro de la familia romana cuya finalidad principal era la unión de dos personas, de sexo distinto, con la intención de ser marido y mujer.

³ Sobre los requisitos exigidos para el matrimonio legítimo pero centrándonos en el matrimonio romano homosexual, nos remitimos a una obra anterior de la autora E. MUÑOZ CATALÁN, «La impotencia *generandi* en el matrimonio romano homosexual», *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013), pp. 211-230.

Así, es considerado como una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la intención de comportarse recíprocamente como marido y mujer. En este sentido, son dos los elementos constitutivos que conforman el *matrimonium* romano:

- a) El elemento objetivo o externo (denominado *honor matrimonii*), que se traduce en la necesidad de que exista una reconocida convivencia entre los contrayentes, no haciendo falta que la convivencia fuese efectiva, ya que podía iniciarse en ausencia del marido o aunque los cónyuges no habitasen en la misma casa, siempre y cuando ambos se guardasen respeto mutuo.
- b) El elemento subjetivo o interno (conocido en Roma como *consensus* y *affectio maritalis*), es decir, la intención recíproca de los cónyuges de tenerse por marido y mujer, siendo necesaria la renovación diaria de ese *consensus* mutuo. Si bien en la época clásica esta intención recíproca de vivir en comunidad y formar un consorcio para toda la vida requería la renovación diaria del *consensus* mutuo, durante el Derecho posclásico solo se exigía un consentimiento prestado inicialmente al modificarse la naturaleza del matrimonio y considerarse como un contrato.

Bajo dichas premisas se va a hacer preciso aportar un análisis jurídico de los términos *matrimonium* y *contractus* para determinar cuándo el matrimonio romano pasa a ser considerado como contrato y, sobre todo, qué fuentes regulan esta materia y cuál es la opinión de la doctrina sobre esta cuestión. A nivel comparativo, con la regulación actual y ofreciendo una mirada del matrimonio como hoy lo entendemos, destacan los siguientes presupuestos esenciales para que el mismo sea válido (arts. 44-45, 61 y 66-69 del Código Civil español), los cuales podemos ver cómo son similares a los exigidos en su día para el matrimonio romano clásico:

- a) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y son iguales en derechos y deberes.
- b) Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.
- c) Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.
- d) Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.

- e) El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.
- f) No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

2. Alcance jurídico de los términos *matrimonium* y *contractum*. Discusiones doctrinales en torno a la naturaleza del matrimonio

Si bien el término «contrato» hace referencia a un acuerdo de voluntades o fuente de nacimiento de las obligaciones, nos preguntamos qué semejanzas tiene con el matrimonio romano. Durante siglos, la doctrina⁴ ha debatido sobre la cuestión de si el matrimonio romano podía ser susceptible de compararse con los contratos consensuales. Así, se apoya en la asimilación del matrimonio como una *societas* cuya naturaleza consensual determina esta comparación. Desde el medievo hasta el siglo XVIII, la doctrina mayoritaria⁵ sostenía que tanto en el Derecho clásico como en el posclásico se consideraban sinónimos *matrimonium* y *contractum*, por lo que el matrimonio era un contrato consensual, pues el vínculo surgía en virtud de un consentimiento con carácter contractualístico. A finales del siglo XVIII y principios del XIX, autores como el pandectista Glück o Savigny trataron de ir eliminando esta teoría contractualista tradicional, pero sus intentos fueron fallidos, pues ninguno de ellos cuestionaba a fondo la opinión tradicional. De esta manera, el profesor Glück⁶ mantiene que el matrimonio clásico no fue un contrato y trata de refutar a Donellus cuando este último afirma darse una verdadera obligación entre los cónyuges consistente en:

«*Duabus his in rebus summis: in convictu interiori eoque perpetuo, et in officiorum coniugalium mutua praestatione*».

⁴ Sobre la teoría contractualista, *vid.* C. MANENTI, *Della inapponibilità di condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, Tipografia all'Insegna dell'Ancoa, 1889, pp. 40 y ss.; P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, Reus, 1929, pp. 180 y ss., y O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, Gregorian Biblical BookShop, 1970, p. 130.

⁵ Salvo las excepciones señaladas por Robleda en cuanto a algunas voces aisladas como Hubero, Einecio o Avezán, entre otros. *Vid.* O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 72.

⁶ Sobre la opinión mantenida por Glück y Donellus, *vid.* C. F. VON GLÜCK, *Comentario alle Pandette*, trad. de R. D'Ancona, Milano, 1898, pp. 143 y ss., en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988, pp. 44, 56 y ss.

Glück sostiene que el profesor Donellus confunde las *obligationes cum debita*, pues no se trata de obligaciones como tal:

«L'interno accordo di quelli che vogliono stringere questa intima unione, deve manifestarsi con un segno esterno, ma nessuna obbligazione ne nasce di continuare il rapporto coniugale».

Por su parte, Savigny⁷ contradujo al profesor Glück en cuanto a la noción de contrato, al afirmar que el contrato no postulaba como objeto formal a la obligación, sino que bastaba con la determinación de cualquier relación jurídica. Por lo que los contratos podían ser obligatorios o no obligatorios y el matrimonio, según Savigny, era considerado como un contrato no obligatorio:

«Contratto é il concorso di piú persone in una concorde dichiarazione di volontà, per cui vengono determinati i loro rapporti giuridici».

No fue hasta el año 1885 cuando el profesor Manenti⁸ demostró técnicamente que el matrimonio romano clásico no fue un contrato. Dos son los fundamentos esenciales de su aportación que han servido de base para la romanística posterior:

i) En primer lugar, que el matrimonio romano para considerarlo como tal debía estar formado por dos elementos esenciales, como son la *consuetudo individua vitae* (convivencia marital) y la *affectio maritalis* (consentimiento mutuo prestado libremente). La *consuetudo individua vitae* se concibe como el *consortium omnis vitae* contenido en el Digesto⁹, es decir, la suerte en común que los cónyuges deben compartir entre sí una vez que se unen maritalmente. Por lo que se refiere al segundo elemento, el consentimiento mutuo debía ser prestado aunque no fuese declarado expresamente. La diferencia entre ambos términos se encuentra en que mientras *consensus* se refiere a la relación marital, *affectio* es más una expresión ética. El hecho de que los conceptos *consensus* y *voluntas* se utilicen indistintamente en las fuentes manifiesta que ciertamente lo importante era el aspecto sociológico referido a la intención más

⁷ F. Ch. SAVIGNY, «Veber die erste Ehescheidung», en *Vermichte Soriften*, vol. I, Berlin, 1850, pp. 236 y ss., en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, op. cit., 1988, p. 55.

⁸ C. MANENTI, *Della inapponibilità di condizioni...*, op. cit., pp. 40-44.

⁹ D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.).

que el aspecto afectivo, pues los esposos podían seguir amándose a pesar de haber cesado la voluntad de mantener el vínculo conyugal. Nuñez Paz¹⁰ aclara en su obra que:

«El término *affectio maritalis* tiene un contenido más intimista, más personal y profundo, por ello es también más apropiado para expresar la duración y continuidad de la unión conyugal. Esa es la razón por la que se utiliza en Derecho clásico cuando el consentimiento es continuo. Sin embargo, los conceptos de *consensus* y *affectio maritalis* se confunden cuando la *affectio continuativa* pasa a convertirse en una exigencia jurídica».

Para nosotros, esta afirmación es cierta si tenemos en cuenta que el Derecho no puede exigir la perseverancia en el amor pero sí en la voluntad conyugal de seguir unidos, esto es, en el *consensus* . Es así como se hace referencia indistintamente a ambos términos en las fuentes, aunque expresados con conceptos distintos, ya sea *consensus* ¹¹ o *affectio* ¹².

ii) En segundo lugar, la segunda gran aportación del profesor Manenti fue que el consentimiento se entendía en Derecho clásico como un continuo y no como inicial o productor de un vínculo, por lo que se aleja por completo de la concepción del matrimonio como contrato. Mantiene Robleda¹³ que el consentimiento no podía concebirse como contractual, inicial o creador del vínculo, sino como continuo (de ahí que se hable de *affectio*), fundamentando en él, junto con la convivencia continuada, todo el ser del matrimonio.

Bonfante¹⁴, al referirse al matrimonio sostiene que este no era como el nuestro, es decir, una relación establecida por un consentimiento inicial al cual se le puede denominar contrato, sino que el matrimonio romano consistía en una convivencia con intención marital. En este sentido entiende que el consentimiento debía ser duradero y continuo, pues en Roma más que *consensus* se utilizaba el término *affectio* , que indicaba precisamente una voluntad con este carácter. En esta línea, la profesio-

¹⁰ M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...* , op. cit., p. 56.

¹¹ Sobre el *consensus* , vid. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sabinum*) al disponer que: « *Nuptias non concubitus sed consensus facit* ».

¹² Así se regula en D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sabinum*) al sostener: « *Quasi duraverint nuptias: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* ».

¹³ O. ROBLEDA, *El Matrimonio en Derecho romano...* , op. cit., p. 130.

¹⁴ P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano, op. cit.* , p. 181.

ra Nuñez Paz¹⁵ afirma que la configuración clásica del matrimonio como continuo ha venido siendo aceptada como un axioma por cada autor, y es a partir del Derecho posclásico cuando el matrimonio surge de un consentimiento inicial de los cónyuges, que continúa existiendo aun cuando falte la voluntad de uno de ellos de seguir unido al otro. Además, se manifiesta bien de forma expresa, o sea, negando la voluntad de seguir manteniendo el vínculo, bien de forma tácita, es decir, mediante la expresión, por ejemplo, de una nueva voluntad cuyo contenido sea la unión en matrimonio con otra persona. La aceptación de la doctrina del profesor Manenti ha sido generalizada y autores como Bonfante¹⁶ definen al matrimonio romano bajo esta teoría al disponer que:

«Il matrimonio è la convivenza dell'uomo e Della donna con l'intenzione di essere marito e moglie, cioè di procreare ed allevare figlioli e di costituire altresì tra i coniugi una società perpetua ed intima sotto titti i rapoerti».

Aparecen, pues, los dos elementos básicos, como son *convivenza* e *intenzione*, con el mismo concepto de esencialidad. En cuanto a la continuidad de la intención del consentimiento, sigue el profesor Bonfante reproduciendo la idea manentiana al decir expresamente que:

«Esso (matrimonio) non è come il nostro, un rapporto stabilito dal consenso iniziale, al quale consenso si può ben dare il nome di contratto, secondo il significato odierno della parola. Esso, è, come l'abbiamo definito, il vivere insieme con intenzione maritale, e quando questi due momento concorrono intrambi, il matrimonio esiste, quando no, il matrimonio manca. Il consenso non è quinde solo iniziale, ma deve essere duraturo, continuo; onde i Romani più che consensus, lo chiamano affectio».

Frente a este pensamiento, los cambios en la concepción posclásica del matrimonio se observan en las Constituciones imperiales conservadas en los Códigos Teodosiano y Justiniano, y en las Novelas¹⁷. También se dispone en determinados pasajes del Digesto¹⁸ cuando se confirma que

¹⁵ M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, op. cit., pp. 56 y ss.

¹⁶ P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁷ Nov. J. 22,3 (a. 535 d. C.).

¹⁸ En concreto nos referimos al D. 23,2. En cualquier caso, no podemos olvidar que en el Digesto se recogen las ideas clásicas pero acomodadas a la realidad jurídica del Derecho justinianeo.

el matrimonio persiste a pesar de la prisión de guerra, la esclavitud o la deportación de, al menos, uno de los cónyuges.

En este orden de ideas, para hacer referencia al matrimonio se pueden utilizar diferentes vocablos que aluden, de manera directa o indirecta, a esta unión conyugal entre personas de diferente sexo. Según la mayor parte de la doctrina¹⁹, el término *matrimonium* se puede definir como el acto por el que se toma a una madre como esposa. Por su parte, la voz *nuptiae* se puede traducir por tomar marido o casarse a través de un acto solemne en el que la mujer se cubre con un velo en las ceremonias de boda. Su origen latino proviene del término *nuptiae* (siempre en plural, nupcias, boda o casamiento) y este a su vez tiene su raíz etimológica en el verbo *nupto*, es decir, casarse, y en *nubo* que traducimos por velar o cubrir.

Otros términos que también se utilizan para designar al matrimonio son *coniugium* o *coniugatio*, entendidos como unión marital, alianza o parentesco etimológico, y *consortium*, que se refiere a la suerte común que han de compartir quienes se unen maritalmente. Aunque será tratado de manera específica al hablar de los requisitos constitutivos del *matrimonium*, en último lugar debemos resaltar la importancia a lo largo de nuestra investigación del vocablo *connubium*, por ser considerado en época clásica tanto la capacidad jurídica para contraer la unión conyugal como el propio derecho al matrimonio.

En lo que se refiere a la regulación de la institución matrimonial, podemos decir que la gran dificultad que encontramos a la hora de investigar sobre esta materia es que en los textos jurídicos, o bien se define al matrimonio de manera parcial e incluso confusa y ambigua, o bien no se alude a determinados requisitos esenciales constitutivos del *matrimonium* clásico, y si se hace es de manera indirecta. Hemos visto como la doctrina²⁰ es unánime al sostener el carácter social del matrimonio clásico rechazando cualquier vinculación a un contrato. Se trata, pues, de un

¹⁹ Sobre el concepto de *matrimonium* nos interesa señalar a Treggiari, quien aporta una definición esencial de esta institución al afirmar que: «*Matrimonium is an institution involving a mother, mater. The idea implicit in the word is that a man takes a woman in marriage, in matrimonium ducere, so that he may have children by her. He joins her to him by marriage, or by "bis" marriage, or by marriage with himself. He keeps her in marriage, in matrimonio habere. Her family may give her into marriage, in matrimonium dare or collocare. The husband receives her, accipere. The word matrimonia may also be used almost as the equivalent of married women [...]. Only a woman can enter into matrimonium or a matrimonium, a relationship which makes her a wife and mother*». Vid. S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iustus Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 5.

²⁰ G. SUÁREZ, *Derecho Matrimonial Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 14 y ss.

hecho social que adquiere fundamento jurídico desde el mismo instante en el que los cónyuges intercambian sus voluntades a través de la *affectio maritalis* y deciden crear un *consortium omnis vitae*. Al no existir un conjunto de textos que de manera completa regulen la unión conyugal clásica, las distintas investigaciones acerca del matrimonio romano han suscitado opiniones contrapuestas entre la *communi opinio*²¹. Así, Gayo en sus *Instituciones*²² no establece un tratamiento particular sobre el *matrimonium*, sino que lo menciona frente a las uniones que carecen del valor jurídico necesario para calificarse como *matrimonium* por tener la consideración de *nefariae et incestae nuptiae*²³.

En concreto, dos son las fuentes básicas que sirven para tratar el fundamento del *matrimonium*²⁴: *i*) en primer lugar, en el Digesto²⁵ se define *nuptiae* como la unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, y la comunicación del Derecho divino y humano; *ii*) por su parte, en las *Instituciones* justinianeas²⁶ se entiende por *nuptiae* la unión de hombre y mujer con el propósito de vivir en comunidad. Aclarar que no es fácil delimitar la autoría de ambas definiciones, pues si bien es doctrina mayoritaria²⁷ la que considera que la primera de ellas pertenece al jurista Modestino tal y como aparece en el Digesto, respecto a las *Instituciones* resulta más complicado especificar su creador. No obstante, podemos atribuirse-

²¹ A. CASTRO SÁENZ, «Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 23 (2001), pp. 75 y ss.

²² Sobre este particular, *vid.* Gai. 1,64 al regular que: «*Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque liberos: itaque hi, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique.*».

²³ M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO, «*Connubium* y *Sponsalia*: reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano», en A. MURILLO VILLAR (coord.), *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes*, vol. I, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 12 y ss.

²⁴ Para un completo análisis de las fuentes que regulan la institución del matrimonio romano debemos señalar otras fuentes que vienen a complementar las ya citadas previamente. A modo de ejemplo señalar a Ulpiano, quien considera *matrimonium iustum* a aquel creado entre quienes tienen recíprocamente *connubium* [Ulp. 5,2 (Ulp. Tit.)]. Asimismo, en el Digesto se afirma la necesidad de que exista *affectio maritalis* entre quienes contraen matrimonio [D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sabinum*); D. 24,2,11 (Ulp. 30 *ad Leg. Iul. et Pap.*); D. 31,1,15 (Cel. 6 *dig.*), en relación con CJ. 5,5,3], así como se establece la posibilidad de contraer justas nupcias entre primos hermanos [D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sabinum*)].

²⁵ En particular nos referimos a D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*) al decir que: «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*».

²⁶ Así dice el texto de IJ 1,9: «*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens.*».

²⁷ O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 145.

la a Ulpiano por el parecido con las palabras que este mismo jurista señala en el D. 1,1,3 (Florent. 1 *inst.*) cuando dispone: «*Hinc descendit maris atque feminae coniunctio*».

Bajo estas premisas nos preguntamos qué semejanzas comparten ambos textos y cuál es la finalidad última que se pretende al regular las *nuptiae*. Así, ambas definiciones parten del término *nuptiae*, vocablo que etimológicamente proviene del verbo *nubere* (esto es, casarse la mujer, unirse en matrimonio y tomar esposo), pero no hacen uso del vocablo *matrimonium*, por lo que se plantean interrogantes sobre si estas definiciones se hacen extensibles al concepto de *matrimonium* o no. Lo cierto es que, a diferencia del Digesto, en las *Instituciones* justinianas se usa el término *nuptiae*, pero añadiendo la expresión *autem sive matrimonium* para hacerla extensiva a la institución del matrimonio, entendida esta desde el punto de vista del *vir* que adquiere una *mater* cuando contrae el vínculo conyugal. Aclarar que tanto *coniunctio* como *coniunctio* ponen de manifiesto el principio monogámico del matrimonio romano al decir que las nupcias comportan una idea de vínculo entre hombre y mujer por lo que están unidos quienes lo contraen, es decir, los cónyuges. Esta unión se da entre varón y hembra (*maris et feminae*) o entre hombre y mujer (*vir et mulieris coniunctio*) porque ello constituye la base natural o real de las nupcias²⁸, aunque también esta nota se aplica a otras uniones estables que existieron en Roma, como era el caso del concubinato o el *contubernium*²⁹.

Frente a la traducción literal de la época justiniana que transcribe la expresión *consortium omnis vitae* como «consorcio para toda la vida», sostenemos, al igual que los profesores Arias Ramos y Bonet³⁰, que la interpretación correcta de esta frase sería la que entiende que con esta unión se

²⁸ Miquel recoge esta idea afirmando que esta unión de un macho y de una hembra representa la base natural del matrimonio, de manera que cabría aplicarla no solo al matrimonio, sino también a todo tipo de relaciones sexuales, tales como el concubinato, las uniones entre esclavos (*contubernio*) o, incluso, las uniones entre animales (conocidas como *coniunctio animalium*). Vid. J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 20 y ss.

²⁹ En este contexto resulta interesante señalar el origen latino del sustantivo femenino *coniunctio* (traducido por unión conyugal, lazos de matrimonio). En concreto lo encontramos en el verbo *coniungo*, que alude a una unión por lazos de amistad o familiares, y se refiere con el vocablo *coniux* (cónyuges o prometidos, marido y mujer). De cualquier modo, se trata de uniones heterosexuales, entre personas de diferente sexo, excluyéndose aquellos supuestos de relaciones extramatrimoniales lésbicas, homosexuales o bisexuales, puesto que si estamos hablando de nupcias y estas se centran en la mujer, en ningún momento se concibe en la definición clásica la posibilidad de que se contraiga esta unión conyugal entre dos personas del mismo sexo.

³⁰ J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pp. 353 y ss.

pretende vivir en comunidad y compartir una suerte en común para toda la vida. La palabra *consortium* deriva de *cum sorte*, es decir, suerte común, y refleja la idea de convivencia que empieza entre dos personas libres que han decidido compartir una vida en común tanto en las cosas prósperas como en las adversas³¹. Se trata, pues, de una exigencia subjetiva que no está sujeta a forma o condición alguna, referida al ánimo o intención de los que se unen para vivir en comunidad, pudiéndose en cualquier momento ejercitar el *divortium*.

Así, del análisis de las fuentes³² se puede afirmar, tal y como mantiene Albertario³³, que el matrimonio es para los romanos una *societas vitae* o un *consortium rerum secundarum adversarumque*. En este punto son muy acertadas las precisiones del profesor Solazzi cuando se detiene a analizar la expresión que da nombre a su artículo, esto es, *consortium omnis vitae*. Solazzi³⁴ sostiene que la definición de matrimonio como *consortium omnis vitae* no puede, ni por la forma ni por el contenido, pertenecer a la jurisprudencia clásica y que se trata más bien de un principio o dogma moral cristiano de época posterior:

«La definizione del matrimonio come *consortium omnis vitae* non può, nè per la forma nè per la sostanza, appartenere ai giuristi. Soprattutto la definizione non può essere classica per la sostanza».

Al final del D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*) se alude a la participación de cada uno de los cónyuges en la intimidad del otro y, en especial, a la comunicación mutua en aspectos tan relevantes como la moral y la religión. Bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se flexibilizaron bastante con las costumbres del tiempo y el culto privado perdió su importancia, por lo que la *manus*, cada vez más en desuso, acabó por desaparecer. Por este motivo, la definición de *iustae nuptiae* que se ofrece en las *Instituciones* ya no hace alusión a la *divini et humani iuris communicatio* entre los esposos. Lo cierto es que esta parte del texto inspira tesis contrapuestas³⁵. Autores de la talla de Bonfante, Solazzi, Volterra y los profesores Albertario o Castello

³¹ Sobre este particular, *vid.* TÁCITO, *Annales*, III,34,5, al afirmar que: «*Consortia rerum secundarum adversarumque*».

³² A modo de ejemplo, *vid.* D. 25,2,2 (Gai. *ad edictum praetoris*).

³³ E. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, Padova, 1983, pp. 20 y ss.

³⁴ S. SOLAZZI, «*Consortium Omnis Vitae*», *Annali Università di Macerata*, núm. 5 (1929), p. 10.

³⁵ M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

no ven la incompatibilidad entre tal definición y la concepción del matrimonio en el Derecho romano clásico, y es en este mismo sentido en el que entendemos que se trata de una expresión clásica, independientemente de que fuese utilizada en épocas posteriores, puesto que su naturaleza no contradice la concepción cristiana de época posclásica. Además, el jurista Modestino reúne en un párrafo las notas esenciales de las *nuptiae* durante la época de mayor esplendor del Imperio, y ello también se refleja en otras fuentes de la época³⁶.

Siguiendo con el análisis del concepto de matrimonio en las fuentes, resulta interesante el estudio que realiza Astolfi³⁷ sobre los elementos constitutivos que conforman el *matrimonium* en el Derecho romano clásico. Así, parte del texto del jurista Ulpiano, quien expone en su obra *Tituli ex corpore Ulpiani* cuáles son los requisitos positivos del *matrimonium*, pues se afirma que matrimonio legal era aquel contraído entre hombre y mujer con capacidad jurídica y de obrar suficiente como para unirse maritalmente³⁸. Por último, cabe destacar que el profesor Volterra³⁹ define el matrimonio clásico aportando implícitamente los requisitos para su válida constitución. Volterra sostiene que existe jurídicamente unión marital cuando un hombre y una mujer libres, que tienen entre sí *connubium* y no están inmersos en ninguna causa legal que lo impida, establecen una relación conyugal con la voluntad efectiva y continuada de estar unidos duraderamente en matrimonio. De esta manera entiende⁴⁰ que se deben dar tres requisitos positivos para que una unión conyugal entre personas de distinto sexo sea considerada *matrimonium iustum*: en primer lugar, el consentimiento de los contrayentes para llevarlo a cabo, esto es, el *consensus* libremente prestado entre ambos; en segundo lugar, la capacidad física o natural de los contrayentes, también conocida como *pubertas*, y, por último, la capacidad jurídica o derecho a contraerlo, el *connubium*.

³⁶ A modo de ejemplo, *vid.* CJ. 9,32,4 al referirse a «*socia rei humanae et divinae domus*».

³⁷ Sobre la interpretación jurídica del texto de Ulpiano en relación con el matrimonio válido en Roma, *vid.* R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclásico*, Padova, Cedam, 2002, pp. 32 y ss.

³⁸ Así dice el texto de Ulp. 5,2 (Ulp. Tit.): «*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes forum, si in potestate sunt*».

³⁹ E. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova, La Garangola, 1940, pp. 2 y ss., en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁴⁰ E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 643 y ss.

III. REQUISITOS DEL *MATRIMONIUM IUSTUM*

1. Breve referencia a la autenticidad de la *affectio maritalis*

La importancia del consentimiento como requisito constitutivo del matrimonio romano deriva de la necesidad de que esa *voluntas* manifestada externamente fuese auténtica. En realidad, el Derecho clásico no trataba de descubrir la intención de los cónyuges a la hora de contraer el vínculo matrimonial, sino más bien se limitaba a exigir una voluntad jurídica, consciente y verdadera, de querer formar un *matrimonium iustum* con *ius connubii*. Por este motivo, en Roma aparecen distintas clases de uniones en función de los requisitos que las conforman. La particularidad que presenta cada una de ellas es que carecen de los requisitos y elementos esenciales como para considerar a estas uniones un matrimonio contraído conforme al Derecho clásico y, en consecuencia, forman parte de la clasificación de *iniustum* por su ausencia de *connubium* (de forma directa o indirecta) y de *affectio maritalis*.

Tanto D'Ors como Volterra han tratado de resumir la esencia de estos tipos de *matrimonium iniustum*. En este sentido, D'Ors⁴¹ afirma que el derecho a contraer un matrimonio legítimo se llama *connubium* y solo lo tienen los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados. Por lo que la unión conyugal de los que no tienen *connubium* no produce efectos jurídicos y se considera como un *matrimonium iniustum*, pero no nulo, pues de nulidad no se puede hablar propiamente porque el matrimonio romano no es considerado como un acto jurídico, sino como una situación de hecho. Por su parte, Volterra⁴² al tratar este tipo de matrimonios sostiene que el *connubium* es un requisito positivo consistente en la capacidad jurídica y recíproca de constituir entre ellos una relación conyugal válida.

Existen diferencias, a nuestro entender, entre los matrimonios *iniustum inexistentes* y los *nulos o ineficaces* porque presentan supuestos distintos. Lo cierto es que en las fuentes no existe una diferenciación clara entre ambas clases de matrimonios injustos y, en todo caso, debemos acudir a la consideración del vínculo conyugal como un hecho social con relevancia jurídica y no meramente una *res facti*.

⁴¹ Á. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 282.

⁴² E. VOLTERRA, «*Iniustum matrimonium*», en G. GROSSO (coord.), *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. II, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino La Goliardica, 1972, p. 469.

2. Análisis jurídico de los matrimonios romanos legales y sus presupuestos

Siguiendo a Volterra, a continuación vamos a explicar cada uno de los requisitos señalados previamente pero añadiendo el del respeto al principio monogámico, porque entendemos que cualquier matrimonio clásico que produjese en Roma los efectos previstos para estas uniones estables necesitaba corresponderse con este principio que recoge la idea de unión estable entre hombre y mujer⁴³. Por ello, a continuación exponemos de forma detallada y siguiendo el orden de los textos jurídicos las notas esenciales de toda unión conyugal clásica⁴⁴:

i) El consentimiento de los contrayentes. Hacemos referencia al *consensus* o *affectio maritalis* que debía existir entre las partes contrayentes para que efectivamente se produjese el vínculo marital⁴⁵. En términos generales, se entiende por «consentimiento» el asentimiento consciente prestado por quienes jurídicamente están facultados para ello. Se trata de un elemento constitutivo de la institución marital que se hace imprescindible no solo durante la época republicana y clásica, sino también en la etapa posclásica. De esta manera define el *consensus* Astolfi⁴⁶ al afirmar que:

«Per la validità del matrimonio occorre, infine, il consenso dei patres familias dei nubendi e dei nubendi stessi. La regola che impone il consenso dei patres familias tanto dello sposo che Della sposa, rimettendolo al suo arbitrio assoluto, è certa per la fine della Repubblica e per l' inizio del Principato».

Asimismo, Núñez Paz⁴⁷ mantiene que el consentimiento es el elemento subjetivo generador del matrimonio y distingue entre *consensus* y *affec-*

⁴³ El profesor Falção aclara en su obra que al hacer referencia a los requisitos no aludimos a una circunstancia accidental, sino a una exigencia requerida especialmente para un determinado fin o efecto como es en este caso la institución del matrimonio. Vid. M. FALÇÃO, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio romano*, Navarra, Universidad de Navarra, 1973.

⁴⁴ Nosotros apoyamos la tesis de Volterra y Núñez Paz a la hora de exponer los requisitos del matrimonio clásico, siguiendo el orden de las fuentes jurídicas que regulan esta materia. De esta manera, también nos alejamos de la clasificación que hacen algunos autores sobre condiciones absolutas y relativas del matrimonio.

⁴⁵ Cabe precisar que la capacidad física y el *ius connubii* sirven de base al consentimiento para que efectivamente existiese en Roma matrimonio.

⁴⁶ R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto...*, op. cit., p. 94.

⁴⁷ M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, op. cit., pp. 29 y ss.

tio maritalis, resaltando que este último elemento hacía referencia a la continuidad de la relación marital⁴⁸. Por tanto, durante la época clásica el consentimiento matrimonial debía ser continuado y no meramente inicial como en anteriores épocas, consistiendo en la voluntad efectiva y continuada de los cónyuges de estar unidos establemente en matrimonio. Con estas palabras lo expresa Bonfante⁴⁹ cuando alude a aquellos matrimonios en los que solo era necesario un consentimiento inicial, pues los califica como negocios jurídicos desde el punto de vista del significado actual de la palabra. En este punto, entiende que el consentimiento en el matrimonio romano clásico no podía ser solamente inicial, sino que debía ser duradero y continuo⁵⁰.

Del contenido de las fuentes se desprende que en los supuestos en los que a uno de los cónyuges le hubiese sobrevenido una enajenación mental (*furor*), ello no invalidaba el matrimonio y este continuaba siempre que la otra parte conservase la intención de estar unido en matrimonio⁵¹. En este sentido, para que se reconociera la eficacia de constituir matrimonio válido según el *Ius Civile*, al consentimiento continuado y recíproco del *filiusfamilias* o de la *filiafamilias* que se hubieren unido maritalmente, el *paterfamilias* debía prestar su *auctoritas*⁵². Esta *auctoritas*, también denominada en las fuentes como *iussus*⁵³,

⁴⁸ Sobre la *affectio maritalis* en sentido de continuidad de la relación matrimonial, *vid.* D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sabinum*) cuando se afirma que: «*Quasi duraverint nuptias: Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*».

⁴⁹ Sobre este particular, Bonfante aclara que la expresión *contrahere nuptia* que aparece en determinadas fuentes se refiere al vínculo duradero y no al acuerdo de voluntades, por lo que no es sinónimo de convenir o consentir. *Vid.* P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 181 y ss.

⁵¹ Entre las fuentes cabe citar D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edictum*) cuando establece que: «*Furor contrahi matrimonium non sint, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit*»; D. 23,1,18 (Ulp. 6 *ad edictum*) al señalar que: «*Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est, sed postea interveniens sponsalia non infirmat*», y también D. 23,2,9,1 (Ulp. 26 *ad sabinum*) en donde se afirma que: «*Is, cuius patera ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest*».

⁵² Tanto en la etapa clásica como en la posclásica, el consentimiento del *pater* fue necesario no solo para proteger a los *alieni iuris* del peligro de uniones no convenientes, sino que más bien se prestaba en beneficio del *paterfamilias* para que no entrasen en su familia personas ajenas que serían sujetos pasivos y herederos de su patrimonio. *Vid.* Ulp. 16 (Ulp. Tit) y D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edictum*).

⁵³ Entre las fuentes que hacen uso de este término podemos citar D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edictum*) cuando hace referencia a: «*Virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens qui uxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est*», y D. 29,2,25 (Ulp. 8 *ad sabinum*) al decir: «*Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, iussu meo hereditatem adeundo nihil promovebit*».

*voluntas*⁵⁴, *concessio* o *consensus*⁵⁵, representa una declaración de voluntad inicial o *consensus patris* que otorga valor jurídico a la *affectio maritalis* entendida como voluntad continuada de la persona *in potestate*⁵⁶, pero que no hace depender la durabilidad o no del matrimonio constituido⁵⁷, puesto que ello es una facultad que pertenece con exclusividad a los cónyuges⁵⁸.

ii) La capacidad física de las partes. El concepto moderno de «capacidad» es un término jurídico usado como sinónimo de «personalidad» que expresa la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones o, lo que es igual, la idoneidad para ser sujeto activo y pasivo de relaciones jurídicas⁵⁹. En relación con el matrimonio romano clásico, las personas capaces para contraer la sociedad conyugal, esto es, los *capax*, debían no solo prestar su consentimiento continuado, sino también demostrar que poseían las aptitudes que detallamos a continuación.

Para adquirir la capacidad física o natural (*pubertas*), los cónyuges tenían que haber llegado a la pubertad o madurez sexual para poder

⁵⁴ Sobre la *voluntas* podemos citar D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig.*), ya que se afirma: «*Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur*», y D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp.*), cuyo contenido hace referencia a este término al decir: «*Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit*».

⁵⁵ Entre las citas que hacen alusión a este vocablo, *vid.* D. 48,5,14,6 (Ulp. 44 *ad edictum*).

⁵⁶ La *auctoritas* es la palabra que mejor resume el poder del *pater* y representa un requisito *ad validitatem*. *Vid.* D. 23,2,3 (Mod. 1 *ad sabinum*) y D. 23,2,9 (Ulp. 26 *ad edictum*). Para un estudio detallado de la teoría de la *auctoritas* aplicada a la *potestas* del *pater familias*, *vid.* R. DOMINGO, *Teoría de la auctoritas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1987, pp. 47-49 y 85-90.

⁵⁷ El consentimiento inicial del *pater* era exigido en Roma incluso cuando el este estaba enajenado mentalmente. *Vid.* D. 23,2,9 (Ulp. 26 *ad sabinum*).

⁵⁸ Los textos jurídicos que recogen el supuesto citado hacen referencia a la *auctoritas* prestada por el *pater* sin mencionar la forma que debía ser realizada. A modo de ejemplo, *vid.* PS. 2,19,2: «*Qui in potestae patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur*»; D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edictum*): «*Et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset*»; D. 29,2,25 (Ulp. 8 *ad sabinum*): «*Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, iussu meo hereditatem adeundo nihil promovebit, nec acquirat mihi, nec fructuaris quidem servis*»; D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig.*): «*Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur*»; D. 23,2,35 (Ulp. 47 *ad sabinum*): «*Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit*»; D. 48,5,14,6 (Ulp. 44 *ad edictum*): «*Lex Iulia adulteris specialiter quosdam adulterii accusare prohibet, ut minorem annis viginti quinqués*»; D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sabinum*): «*Si nepotem ex filio, et neptem ex altero filio in potestate habeas, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse, Pomponius scribit; et verum est*», y D. 23,2,9 (Ulp. 26 *ad sabinum*): «*Is, cuius patera hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest*».

⁵⁹ F. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Reus, 1982, p. 92.

contraer *matrimonium*, esto es, era necesario que hubiesen alcanzado la capacidad física para mantener relaciones sexuales o, lo que es lo mismo, que el varón fuese *viripotens* y la mujer *puber*. El requisito de la capacidad natural se configura como un presupuesto necesario que sufre una evolución a lo largo de las distintas etapas del Derecho romano. En particular, no será expresamente hasta la llegada del emperador Justiniano cuando se establezca que la edad para determinar la pubertad, y, por ende, para contraer matrimonio, sería de catorce años para el varón y doce para la mujer.

De este modo, los textos originarios⁶⁰ regulan esta cuestión refiriéndose al acto en el que el *vir* abandona su *toga praetexta* para quedarse con la *toga viril*, significándose el paso de la infancia a la vida pública⁶¹. Lo característico de este acto es el hecho de que no se hacía depender de la edad del varón, sino que se realizaba en función de la voluntad del padre o de aquella persona que lo representaba, y se celebraba en el mes de marzo con las Fiestas de Liberaria⁶². Sin embargo, las fuentes que regulan esta materia durante el Derecho justiniano muestran una visión bien distinta al disponer que:

«*Nuptiarum aetas vel feminis post decimum quartum annum completum*» (CJ. 4,3,24 del año 530 d. C.).

«*Quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur*» (CJ. 5,60,3 del año 529 d. C.).

«*Pupilli pupillaeque, cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant*» (IJ. 1,22).

⁶⁰ De entre las fuentes podemos señalar las siguientes: CICERÓN, *Epistulae ad Atticum*, VI,1,12; OVIDIO, *Fasti*, III,771; TÁCITO, *Annales*, XII,4; SÉNECA, *Epistulae*, IV,2; SUTTONIO, *Divus Augustus*, XXVI,2; íd., *Tiberius*, XV,1; íd., *Nero*, VII,2; íd., *Divus Claudius*, II,2; íd., *Caligula*, X, y VALERIO MÁXIMO, *Factorum et dictorum memorabilium*, V,4,4.

⁶¹ En D. 43,30,3,6 (Ulp. 71 *ad edictum*) se sostiene que: «*Proxime aetatem praetextati accedere eum decimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam*».

⁶² Baquero realiza una interesante reflexión acerca del requisito de la capacidad natural y se detiene en la explicación de esta ceremonia, resaltando los sacrificios a los dioses y la publicidad del acto en sí, que culminaba con la inscripción del nuevo púber en la lista de ciudadanos romanos del Imperio. Vid. M.^a E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-Divortium. Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto*, tesis doctoral, Granada, Universidad de Granada, 1987, pp. 137 y ss.

Esta última fuente sirve para comprender de qué manera, en las *Institutiones* justinianeas, se matiza la fijación de la edad de ambos cónyuges para contraer matrimonio y para que la mujer ponga fin a la tutela. Nos dice el texto que desde antiguo venía fijada la edad de doce años para la *uxor* y los catorce años para el *vir*. Bajo las premisas expuestas, cabría cuestionarnos cómo se entendía la capacidad natural durante la época clásica⁶³. Nosotros consideramos que la certeza en la aproximación que hace Justiniano es el resultado de las controversias surgidas en la época de mayor esplendor del Imperio entre dos escuelas con ideas antagónicas, tal y como se deduce del siguiente texto de Ulpiano⁶⁴ al decir:

«Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habi corporis pubes apparet, id est qui generare possit: Proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum puberem esse. In quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum. Feminae autem tutela liberantur».

En particular, la Escuela de los Sabinianos sostenía que la capacidad física para que un varón alcanzase la pubertad debía determinarse a través de una inspección física (*inspectio corporis*) que se realizaba varón por varón. Por contra, la Escuela de los Proculeyanos se basaba en un elemento objetivo como es la edad de catorce años para todos los casos. Esta última tesis fue la más seguida no solo durante el periodo clásico, sino posteriormente con el emperador Justiniano, quien mantenía que la inspección física era una *inhonesta indagatio*⁶⁵. Sobre la capacidad física resultan muy significativas las palabras de Astolfi⁶⁶, quien al referirse a la pubertad de los cónyuges sostiene que este requisito es:

«Per la validità del matrimonio è la pubertà degli sposi, cioè la loro capacità a procreare y sigue diciendo que è noto il contrasto fra sabiniani e proculeiani circa il momento in cui inizia la pubertà maschile e cessa la tutela. Ma è la stessa giurisprudenza laica a testimoniare, nei suoi commenti al diritto pontificale, come la nozione di pubertà le sia pervenuta dal diritto sacro».

⁶³ Las fuentes clásicas principales que regulan esta materia son: Gai. 1,196; Gai. 2,113; Ulp. 2,28 (Ulp. Tit.); Ulp. 20,15 (Ulp. Tit.); D. 42,4,5,2 (Ulp. 49 *ad edictum*); D. 32,51 (Paul 4 *ad sabinum*), e IJ. 1,22.

⁶⁴ En él, Ulpiano nos habla de la polémica que surge entre ambas escuelas al tratar el cese de la tutela masculi (Ulp. 28 [Ulp. Tit.]).

⁶⁵ Sobre la *inhonesta indagatio*, vid. CJ. 5,60,3.

⁶⁶ R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto...*, op. cit., pp. 88-89.

Si bien en principio para que la mujer pudiese contraer matrimonio jurídicamente válido debía haber cumplido la edad de doce años⁶⁷, parte de la doctrina romanística sostiene que también podía contraerlo antes de esa edad, como se desprende de los textos jurídicos que tratan sobre este tipo de relaciones⁶⁸ al señalar que:

«*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore*» [D. 23,2,4 (Pomp. 3 *ad sabinum*)]⁶⁹.

«*Si postea consenserit, cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat. Nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit*» [D. 23,3,68 (Pap. 10 *quaestionum*)]⁷⁰.

«*Quod vire ei, quae nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo*» [D. 24,1,65 (Labeo 6 *post. a Iavol. epitom.*)]⁷¹.

«*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut matrimoniis, quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt*» [D. 23,1,14 (Mod. 4 *differentiarum*)]⁷².

Teniendo presente estas circunstancias, Ulpiano⁷³ trata el tema de la *minor duodecim nupta* en relación con la dote y la validez de las donaciones⁷⁴, así como hace alusión al supuesto en el que la *minor* cometía adulterio, al decir que:

«*Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit coeperitque esse uxor, non pote-*

⁶⁷ La costumbre de conducir a la desposada —a partir de los siete años— al domicilio del prometido y celebrar determinadas ceremonias nupciales hace que los juristas clásicos reaccionen contra esas prácticas y exijan que la mujer tuviese cumplidos los doce años para que exista matrimonio legítimo.

⁶⁸ Las fuentes que a continuación se detallan no forman un elenco cerrado, ya que existen fuentes literarias que tratan también sobre la *minor nupta*. Vid. PLUTARCO, *Comp. Lycurgus et Numa*, IV,1-3, en M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, «*Repudium-Divortium...*», *op. cit.*, p. 140.

⁶⁹ En el texto, Pomponio alude a la consideración de esposa legítima que adquiere la menor de doce años cuando va a cumplir dicha edad junto al esposo.

⁷⁰ En esta fuente se habla sobre la *dotis promissio* y la menor de edad.

⁷¹ En la cita, Labeon responde a una cuestión en materia de donaciones que habla de la «*quae nondum viripotens nupserit*», esto es, aquella mujer que había celebrado nupcias antes de adquirir la capacidad natural.

⁷² El jurista Modestino nos confirma que la celebración de los esponsales se podía realizar desde los siete años.

⁷³ D. 48,5,14,13,8 [Ulp. 44 *ad edictum*].

⁷⁴ Sobre las fuentes que tratan esta cuestión, vid. D. 5,3,13,1 (Ulp. 15 *ad edictum*); D. 42,5,17,1 (Ulp. 63 *ad edictum*); D. 23,1,9 (Ulp. 35 *ad edictum*), y D. 24,1,32,27 (Ulp. 33 *ad sabinum*).

rit iure viri accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatum est».

Acertadas resultan, a su vez, las explicaciones de Durry⁷⁵, quien realiza un estudio acerca de la *minor nupta* afirmando que pudo haber sido entregada al matrimonio antes de alcanzar la edad que la posibilitase para la procreación. El autor se basa en los siguientes hechos: *a*) en primer lugar, la mujer está preparada para procrear a partir de los catorce años a pesar de que, dos años antes, se libere de la tutela (a lo que Durry denomina como «la impaciencia de sus deseos»)⁷⁶; *b*) en segundo término, los romanos tenían costumbre de consumar el matrimonio con mujeres no formadas plenamente, con la única limitación que hacían los jurisconsultos de no considerarlas como *uxor*. Por su parte, el profesor Garrido⁷⁷ sostiene que el matrimonio de la menor de doce años no podría ser legítimo en épocas antiguas porque la mujer no estaría capacitada para prestar su consentimiento. Sin embargo, ya durante la época clásica, la mujer alcanza cierta independencia personal y económica que le posibilita para prestar válidamente su *consensus*. En cualquier caso, existen textos⁷⁸ que concretan la edad de doce años como un límite a las costumbres impuesto por los juristas⁷⁹ para luchar contra los matrimonios prematuros de épocas antiguas⁸⁰. Para aca-

⁷⁵ M. DURRY, «Le mariage des filles impubes dans la Rome Antique», *RIDA*, vol. II (1956), pp. 263 y ss., en M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, «*Repudium-Divortium...*», *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁷⁶ El autor lo deduce de dos fuentes: *a*) Soranos, médico griego que durante la época de Trajano y Adriano escribió un manual de ginecología, y *b*) Macrobio en el comentario del *Somnium Scipionis* (1,6,71) trata el número siete y afirma que después de dos veces siete años se llega a la pubertad y así comienza el poder de reproducción en los varones y la menstruación en las hembras, siempre teniendo en cuenta la propia naturaleza de cada mujer.

⁷⁷ M. J. GARCÍA GARRIDO, «*Minor annis XII nupta*», *Labeo*, vol. 3 (1957), pp. 76 y ss., e *id.*, «Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor», *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 27-28 (1957-1958), pp. 1135 y ss.

⁷⁸ Para completar esta cuestión *vid.* D. 5,3,13,1 (Ulp. 15 *ad edictum*); D. 42,5,17,1 (Ulp. 63 *ad edictum*); D. 23,1,9 (Ulp. 35 *ad edictum*); D. 24,1,32,27 (Ulp. 33 *ad sabinum*), y D. 48,5,14(13),8 (Ulp. 2 *de adulteriis*).

⁷⁹ El profesor Garrido sostiene que la costumbre de conducir a la desposada —a partir de los siete años— al domicilio del prometido y celebrar determinadas ceremonias nupciales hace que los juristas clásicos reaccionen contra esas prácticas y exijan que la mujer cumpla los doce años para que exista matrimonio legítimo. *Vid.* M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1979, p. 462.

⁸⁰ Entre los textos jurídicos que recogen esta idea nos encontramos con D. 23,2,4 (Pomp. 3 *ad sabinum*): «*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos*», y D. 23,3,68 (Pap. 10 *quaestionum*): «*Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, quum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat*».

bar con el apartado de la capacidad natural, parece interesante citar a los eunucos⁸¹, ya que estos, al igual que los impúberes, tampoco podían contraer matrimonio según el Derecho justinianeo⁸².

iii) La capacidad jurídica de las partes (*connubium*). Por lo que se refiere a la capacidad jurídica de los contrayentes, podemos decir que el término *connubium* tiene su origen en el primitivo vocablo *connubium*, cuya raíz conserva en sus primeras épocas la doble «n» pero, con el paso de los siglos, desaparece una de ellas aun manteniendo su primitivo significado⁸³. Para un breve recorrido sobre la etimología del vocablo *connubium* se puede tener como punto de partida el término *nubere*, pues probablemente derive de este último. *Nubere*⁸⁴ es un verbo latino bastante frecuente en los textos latinos que alude a la condición de un sujeto de sexo femenino que va a tomar varón. Encuentra una locución parecida en el término *uxorem ducere*⁸⁵, que se refiere a la condición de un sujeto de sexo masculino que va a tomar esposa⁸⁶.

En este contexto, un estudio previo sobre la naturaleza jurídica del *connubium* sirve para comprender determinadas limitaciones a contraer un matrimonio romano válidamente constituido: a) Primero, el *connubium* existía en aquellas uniones conyugales con derecho al *matrimonium* y que conformaban un *consortium omnis vitae*, entre las que había *affectio maritalis* y se conservaba el *honor matrimonii*. De esta manera, el *ius connubii* se configuraba como requisito positivo para poder crear un matrimonio romano *iustum* siempre que existiera el elemento subjetivo y objetivo

⁸¹ Sobre los eunucos, vid. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 550 y ss.

⁸² Así se dispone en D. 23,3,39,1 (Ulp. 33 *ad sabinum*): «*Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necne, ut in castrato dicas dotem non esse; in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos, et dotis actio est*».

⁸³ En este sentido resultan bastante acertadas las matizaciones del civilista Lacruz, quien al analizar la primera parte del art. 44 del Código Civil español en relación con el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio no duda en aludir a los antecedentes históricos del mismo. En concreto, al nombrar al *ius connubium* conserva la doble «n» y destaca el hecho de que no todos los hombres de Roma tenían este Derecho. Vid. J. L. LACRUZ, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 63 y ss.

⁸⁴ Traducción al español del verbo *nubo, nupsi, nuptum*: casarse la mujer, unirse en matrimonio, tomar esposo, etcétera.

⁸⁵ Traducción al español del vocablo *casarse*.

⁸⁶ Por tanto, *nubere* es una expresión lingüística de contenido oscilante que o bien hace referencia a un cambio en el *status* o bien al momento inicial del mismo (acepción esta última más antigua). Sobre este particular, vid. Á. ROMANO, *Matrimonium Iustum. Valori economici e valor culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli, Iovene, 1996.

generador del mismo. *b)* Segundo, el *connubium* se traducía como el propio derecho al matrimonio por lo que se configura como requisito indispensable para la existencia de un matrimonio jurídicamente válido a los efectos del Derecho romano clásico. El *ius connubii* es el derecho a contraer matrimonio válido por no existir limitación alguna derivada de la condición de las partes, de su situación social o parentesco, por lo que siempre que se concediese el derecho de matrimonio (*connubium dare*) podría existir un matrimonio válido, entendido como una sociedad conyugal o *connubii societas*.

Así entendida esta institución, el *connubium* es un requisito complejo que aparece en las fuentes clásicas como una nota esencial del *matrimonium iustum* y que sirve para constituir una comunidad conyugal reconocida por el Derecho⁸⁷. Al tratar este requisito, Robleda⁸⁸ lo concibe como un abstracto que comprende muchos concretos, resultando difícil delimitar su contenido, y el profesor Volterra⁸⁹ alude a una especie de condición dependiente de la personalidad jurídica de los cónyuges que se hace necesaria e imprescindible para que su unión pudiese tener el valor jurídico del matrimonio legítimo, llegando únicamente los hijos procreados en tales matrimonios a ser ciudadanos y sometidos a la patria potestad. Por su parte, Astolfi⁹⁰, al tratar el tema de la capacidad jurídica, define al *connubium* en semejantes términos al afirmar expresamente que:

«*Nell'elaborazione della giurisprudenza classica il connubium è definito, in ordine all'uomo, uxoris iure ducendae facultas [Ulp. 5,3 (Ulp. Tit.)], il potere di sposare legittimamente una donna, di avere una moglie che sia tale per il diritto. Connubium che può definirse di avere un uomo come marito legittimo, la capacità di contrarre un matrimonio riconosciuto dal diritto*».

Nosotros analizamos este requisito no solo como sinónimo de capacidad jurídica positiva para contraer matrimonio válido en sentido clásico, sino también como base para delimitar, *a sensu contrario*, en qué supuestos nacen las prohibiciones a que se produzca una unión conyugal a efectos del Derecho romano clásico, pues se trata de la facultad de tomar esposa con arreglo a Derecho. Lo cierto es que su contenido resulta difí-

⁸⁷ W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Barcelona, Ariel, 1965, p. 387.

⁸⁸ O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 180.

⁸⁹ Sobre este requisito muchos autores han abordado su fundamento, pero Volterra es quien mejor lo ha definido. *Vid.* E. VOLTERRA, *La nozione giuridica di connubium. Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 349 y ss.

⁹⁰ R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

cil de precisar, sobre todo si tenemos en cuenta que, al ser este un requisito esencial, se puede incluso considerar como el propio matrimonio⁹¹. Por este motivo, debemos acudir a las fuentes que regulan esta materia y seguir un método deductivo de carácter negativo, esto es, a partir de una serie de limitaciones podemos señalar cuál es el alcance de *connubium*. En este sentido, puede servirnos lo dispuesto en el texto de Gai. 1,77 al disponer que:

«Filius est, tamquam si ex peregrina eum procreaste. Hoc tamen tempore e senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, etsi non fuerit connubium inter civem Romanan et peregrinum, qui nascitur iustus patris filius est».

Teniendo en cuenta estas premisas nos preguntamos cuáles son los caracteres propios del *connubium* clásico, pues de lo dispuesto en las fuentes anteriormente citadas parece deducirse, en primer lugar, que el *ius connubii* era un requisito positivo representado por la personalidad jurídica de los cónyuges respecto al matrimonio legítimo, es decir, era el derecho a contraer matrimonio con efectos jurídicos. Derivado del hecho de que el matrimonio clásico se basaba en el consentimiento continuado, no siendo suficiente que el acuerdo entre ambas partes fuese inicial, es evidente que el *connubium* también debía ser continuado durante el tiempo que durase el *matrimonium*. Los textos⁹² tratan el *connubium* como requisito positivo, al igual que la capacidad física, el *consensus patris* y el *consensus* de los contrayentes⁹³. Sin embargo, resulta curioso

⁹¹ Lo que sí están claras son las consecuencias de la existencia de capacidad jurídica. Así, Astolfi al tratar esta cuestión afirma que: «*Le due persone legate da matrimonio assumono peri l diritto lo statu di cónyuge. La seconda conseguenza riguarda i figli: sono legittimi*» (*ibid.*, p. 33).

⁹² Además, podemos señalar otras fuentes complementarias: Ulp. 5,4 (Ulp. Tit.); Gai. 1,57; D. 23,2,45,4 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); D. 25,7,1 (Ulp. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*); CJ. 5,5,1, y CJ. 5,6,1.

⁹³ Entre ellos destacamos Ulp. 5,2 (Ulp. Tit.): «*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, connubium sit*»; Ulp. 5,8 (Ulp. Tit.): «*Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conubio matris conditioni accedunt*»; CICERÓN, *Tópica* IV,20: «*Si mulier, cum fuiste nupta cu meo quicum connubium esset, nuntium remisit*»; Gai. 1,56: «*Si cives romanas uxores duxerint vel etiam latinas peregrinasve, cum quibus connubium habeant*»; D. 24,2,11 (Ulp. 13 *ad Leg. Iul. et Pap.*): «*Cum enim connubium id efficiat ut liberi patris conditionem sequantur; quandiu patronus eius eam (su liberta) uxorem suma esse vult, cum nullo alio connubium ei est*», y Coll. VI,4,5,1: «*Civis romanus, qui civem romanam sine conubio sive peregrinam in matrimonio habuit, ture quidem mariti*».

que en las *Instituciones* de Justiniano⁹⁴ no aparezca el *connubium*, pues este se convierte en sinónimo de *matrimonium*.

Asimismo, el *connubium* existía entre aquellos ciudadanos romanos que conformaban, para el Derecho de Familia clásico, un *matrimonium iustum*. Sin embargo, no se puede entender que el requisito del *connubium* existiese para aquellas uniones conyugales en las que al menos una de las partes fuese *peregrinis*, *latinis* o *servi*⁹⁵. En consecuencia, el *connubium* fue un requisito de *ius gentium* no específicamente romano y no equiparable a la ciudadanía⁹⁶.

Resulta interesante detenernos en la comparación de dos textos jurídicos posteriores al Derecho clásico que tratan sobre el *connubium* dándole diferentes significados. El primero de ellos al decir «*cum ancillis non potest esse connubium*»⁹⁷ hace alusión al *connubium* como sinónimo de *matrimonium* y se traduce por «con las esclavas no es posible el matrimonio». Pero en el segundo texto cuando se establece «*cum servis nullum est connubium*»⁹⁸, el *connubium* se muestra como un requisito positivo de existencia o no de este derecho. Además, otro requisito que caracteriza al *connubium* es que el hijo de familia nacido de aquellos ciudadanos entre los que existía recíproco *connubium* se consideraba legítimo y, por este motivo, *cives*. Ello es así independientemente del *status civitatis* de la madre siempre

⁹⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* IJ. 1,10: «*Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum precepta legum coeunt*»; CJ. 5,5 (año 475 d. C.): «*Nuptias re non Viteri contractas et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata*»; CJ. 5,4,28,1-2: «*Si libertam quis uxorem habeas, deinde inter Senadores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium. Itaque a nostro tempore huiusmodi asperitas et firmum maneat matrimonium*»; C. 5,27,11: «*Nuper legem conscripsimus, per quam iussimus, si quis mulierem in suo contubernio collocaverit, non ab initio adfectione maritali eam tamen cum qua poterat habere connubium*», y Nov. J. 22,40: «*Si autem tutela Herat mulier filiorum, trans non ad secundas venire nuptias, deinde contemnens et prius connubium ad maritum veniat secundum*».

⁹⁵ Durante la vigencia del Derecho romano clásico, estas uniones carecían de valor jurídico para ser consideradas como matrimonio. No obstante, el Estado al que pertenecían esos cónyuges les podía reconocer como tal por estar provistos entre sí de *connubium*. Los juristas romanos consideraban que la unión entre un hombre y una mujer peregrina, o un peregrino y una ciudadana romana, conformaban un matrimonio peregrino *secundum leges moresque peregrinorum* (*vid.* Gai. 1,92), en contra de la noción equívoca del término *connubium* que tenían los pandectistas.

⁹⁶ Apoyamos la tesis que sostiene que la ciudadanía puede ser un requisito necesario para que haya matrimonio, pero en ningún momento suficiente. Además podía ocurrir que, en supuestos excepcionales, el emperador supliese una faceta concreta de esta capacidad del individuo. *Vid.* O. ROBLEDA, «Matrimonio inexistente o nulo en Derecho romano», en *Studi in memoria di Guido Donatuti*, vol. III, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino La Goliardica, 1973, pp. 1141-1146).

⁹⁷ CJ. 5,5,3.

⁹⁸ Ulp. 5,5 (Ulp. Tit.).

que se diesen estas dos condiciones: que entre los cónyuges existiese *connubium* y que estuviesen sometidos a la *patria potestas* de su padre o, si este es *filiusfamilias*, a la de su *paterfamilias*. En relación con los hijos nacidos de la unión entre un hombre y una mujer peregrina, o un peregrino y una ciudadana romana, debemos señalar que estos adquieren el *status civitatis* que tenía el padre en el momento de su concepción, a pesar de algunas excepciones impuestas por *Senatusconsulta* o por Constituciones imperiales⁹⁹.

Por último, debemos decir que se trata de un requisito de eficacia, puesto que gracias a esta capacidad jurídica el *matrimonium* producía plenos efectos y era relevante a efectos jurídicos. Respecto a los efectos debemos señalar los siguientes: *a)* entre los cónyuges que tenían *connubium*, así como entre el *conigium* y los ascendientes y descendientes inmediatos del otro, se formaba el vínculo de *adfinitas* mientras durase el *matrimonium* (que adquiriría relevancia sobre todo en materia de impedimentos matrimoniales); *b)* además, a los cónyuges se les aplicaban una serie de disposiciones en materia de derechos sucesorios recíprocos, derechos sobre la dote y sobre las donaciones nupciales; *c)* por último, no podemos olvidar los derechos y limitaciones que imponen las leyes del emperador Augusto, las sanciones penales por *adulterium* que venían establecidas en la *Lex Iulia de adulteriis* y la prohibición de donaciones entre ellos.

iv) Respeto al principio monogámico del matrimonio romano. Derivado de la propia naturaleza del matrimonio romano es el hecho de que este, desde los orígenes del Imperio, fuera rigurosamente monogámico y, tal y como afirma Iglesias¹⁰⁰, no existiese en las fuentes ninguna referencia a uniones poligámicas. De este modo, la bigamia llevaba aparejada la nota de infamia y la exclusividad del vínculo matrimonial¹⁰¹. Si bien las fuentes¹⁰² muestran al *matrimonium* como la unión del hombre y la mujer

⁹⁹ Volterra nos pone un ejemplo de estas excepciones en su obra al exponer un supuesto en el que una ciudadana romana (P. Michigan, III, 169, año 145 d. C.), al hacer una declaración de nacimiento de dos gemelos, afirmó que habían nacido *ex incerto patre*. La interpretación que hace Volterra nos parece acertada, ya que entiende que la declaración de la madre tenía el fin de hacer que los gemelos fuesen inscritos como *spuri* a fin de atribuirles el *status civitatis* de la madre. Vid. E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, op. cit., pp. 645-646 ss.

¹⁰⁰ Pero mientras que el Derecho clásico se limita a mantener este principio, el Derecho bizantino, por ejemplo, castigaba estos supuestos con pena de muerte. Vid. J. IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., p. 549, y A. BONET, «El matrimonio en el Derecho romano», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 13 (1962), pp. 8-9.

¹⁰¹ Gai. 1,63 relacionado con D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edictum*).

¹⁰² Entre las citas que rechazan la bigamia, vid. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*): «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae*»; IJ. 1,9: «*Nuptiae autem sive*

con la intención mutua de vivir en comunidad, no cabe pensar en uniones maritales bigámicas. La doctrina romanística¹⁰³ ha abordado el problema de la bigamia durante la etapa clásica debido a la importancia que adquiere este principio monogámico durante el periodo de mayor esplendor del Imperio¹⁰⁴.

En este contexto, Volterra¹⁰⁵ demuestra cómo la estructura jurídica del matrimonio clásico no concibe el hecho de que una persona, hombre o mujer, pueda estar unida al mismo tiempo con varias, motivo por el cual el Derecho clásico no configura el crimen de bigamia. Por su parte, Nuñez Paz¹⁰⁶ también incide en la imposibilidad de la bigamia en los supuestos en los que alguna de las partes, vinculada ya a un primer matrimonio, tratase de unirse con otra persona legal y físicamente capaz. En estos casos, el principio monogámico se aplicaba para disolver el primer vínculo por divorcio a causa del consentimiento prestado en el segundo matrimonio. A lo anterior hay que añadir la tesis mantenida por el profesor Robleda¹⁰⁷, quien, al establecer las semejanzas entre el Derecho romano y el Derecho canónico, sostiene que el vínculo nuevo no anula el anterior, pero sí es una manifestación anímica indirecta y clara de cesación de la *affectio maritalis*¹⁰⁸.

matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens»; D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad edictum*): «*Si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit*»; D. 24,1,2 (Paul. 7 *ad sabinum*): «*Inter eos qui matrimonio coituri sunt; nubere veteres non solum mulieres*»; NONIO MARCELO, *E libri compediosa doctrina per litteras*, 208: «*Sed etiam viros dicebant*»; Ulp. 5,2 (Ulp. Tit.): «*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit*»; D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sabinum*): «*Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*», y D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sabinum*): «*Nuptias non concubitus sed consensus facit*».

¹⁰³ El origen se encuentra en el año 48 d. C. cuando Gayo Silio y la esposa del emperador Claudio, Mesalina, mantienen una relación adulterina que era conocida por el pueblo salvo para el propio Claudio, quien, estando de viaje, no tuvo conocimiento del matrimonio solemne contraído públicamente entre ambos, al prestarse mutuamente el consentimiento para ser marido y mujer. Vid. M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁴ De esta manera se manifiesta en las fuentes como TÁCITO, *Annales*, XI,20,2: «*Tenet urbem maritus*», y QUINTILIANO, *Declamationes*, 347: «*Quod imminere ipsi per quaedam ostenta portenderentur nemo negat matrimonium duobus generibus solvitu*».

¹⁰⁵ E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p. 646.

¹⁰⁶ M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 112-113.

¹⁰⁷ Sáenz afirma que Robleda solo matiza el hecho de que la *affectio* adquiera un valor secundario en el Derecho canónico, mientras que es fundamental para el Derecho romano. Así, en Roma el elemento subjetivo resulta imprescindible al ser una manifestación del consentimiento que, hecho consorcio, ha de mantenerse para que el vínculo no decaiga. Vid. A. CASTRO SÁENZ, «Consentimiento y consorcio en el matrimonio...», *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁸ Tal y como se puede deducir de distintas fuentes clásicas como D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sabinum*): «*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed hono-*

A tenor de lo expuesto, nos preguntamos hasta cuándo no aparece configurado el delito de bigamia si el matrimonio es una de las instituciones más importantes del Derecho privado romano en general y del Derecho de Familia en particular. La respuesta la encontramos tras una interpretación del D. 24,1,64 (Iavol. 6 *labeonis*), texto del que podemos sacar que la voluntad de constituir un consorcio y compartir una vida en común entre un hombre y una mujer excluye la posibilidad de cualquier término o condición y, más en particular, de que alguna de las partes (unida anteriormente en vínculo conyugal) tuviese una relación con otra persona. Será entonces con el Derecho posclásico cuando aparezca regulada la bigamia como un delito¹⁰⁹.

Para acabar con este requisito podemos señalar que la intención recíproca de los cónyuges de constituir un consorcio perpetuo excluye la posibilidad de que se impongan condiciones o términos al matrimonio, y de ahí se deriva la importancia del principio monogámico y su vigencia a lo largo del Imperio romano. Así, sostenemos la tesis de Schulz¹¹⁰, quien declara en su obra que el castigo del bigamo resultaba inútil por superfluo, y de esta manera, el *cives* (nunca peregrino) que incurría en bigamia se consideraba infame conforme al edicto del pretor. Asimismo, confirmamos que el matrimonio romano fue siempre monogámico, a pesar de que existiesen rumores que apuntaban que César trataba de introducir la poligamia motivado, según D'ORS¹¹¹, por el descenso de la población y en espera de que esta fuese permitida por el emperador cristiano Valentiniano I.

rem invicem matrimonii habebant»; D. 35,1,15 (Ulp. 35 ad sabinum): «Quamvis nondum in cubiculum mariti venerit; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit», y D. 50,17,30 [Ulp. 36 ad sabinum): «Nuptias non concubitus, sed consensus facit».

¹⁰⁹ Entre las fuentes, *vid.* D. 23,2,33 (Marcel. 13 *ad Leg. Iul. et Pap.*): «Plerique opinantur, quum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse; quibus assentitur, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit»; D. 24,1,64 (Iavolenus 6 *ex posterioribus Labeonis*): «Verum esse divortium, si aliae nuptiae insecutae sunt»; D. 24,2,11,2 (Ulp. 13 *ad Leg. Iul. et Pap.*): «Ubique igitur vel tenuis intellectus videri potest nolentis nuptam, dicendum est, iam incipere libertae cum alio esse connubium», y Cic., *De Orat.*, 1,40,183: «Non novis nuptiis fieri cum superiore divortium» (en esta fuente se alude a un *paterfamilias* que dejó embarazada a su mujer en España y marcha a Roma con intención de contraer matrimonio con una segunda mujer; la primera esposa no tenía conocimiento de que el marido había cesado en su consentimiento de mantener el vínculo marital. Como consecuencia de todo ello, se mantenía la apariencia social de un matrimonio o *honor matrimonii* y persistía a efectos jurídicos, considerándose la segunda mujer como concubina).

¹¹⁰ F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op. cit.*, p. 108.

¹¹¹ Á. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p. 281.

IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LOS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS CONFORME AL DERECHO CLÁSICO

El análisis de los efectos jurídicos que el Derecho romano reconocía al *matrimonium iustum* requiere un apartado específico en nuestra investigación para poder entender las diferencias esenciales entre matrimonios «perfectos» y aquellos otros considerados como menos perfectos o «imperfectos» por no cumplir con los requisitos exigidos por el Derecho clásico del matrimonio. En esta línea, al hablar de *matrimonium iustum* nos referimos a aquellos vínculos contraídos válidamente entre quienes tienen reconocido por el Derecho romano el *ius connubii*, configurándose el *connubium* como un requisito positivo para constituir un *matrimonium* legal. Así, la doctrina suele utilizar indistintamente los términos *iustae* o *legitimae nuptiae*, *iustum* o *legitimum matrimonium* y *matrimonium iustum* o *iustum matrimonium* para referirse a los matrimonios válidos o conforme al Derecho clásico¹¹². Por tanto, pertenecen a esta clasificación todos los matrimonios legalmente contraídos entre *cives* que cumplieren los requisitos legales descritos en el apartado anterior y entre los que existía *affectio maritalis* y *honor matrimonii*.

En este sentido, se entiende que existe *matrimonium iustum* cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*), que han alcanzado la pubertad y tienen reconocida entre ellos la capacidad mutua para contraer matrimonio válido (*ius conubi*), expresan su consentimiento para formar una comunidad de vida, con la conciencia y voluntad recíprocas de que la unión estable que integran es un matrimonio en el que van a respetar el principio monogámico; lo que tiene una manifestación externa en el modo de comportarse como marido y mujer (*honor matrimonii*). *Contrario sensu*, cuando faltaba alguno de estos elementos constitutivos el vínculo contraído no producía plenos efectos y entraban a formar parte de los *matrimonium iniustum*, tanto por ser ineficaces como por considerarse inexistentes para el Derecho. La existencia y permanencia del matrimonio estaba en dependencia directa tanto de que existiese *connubium* como de la voluntad recíproca de los cónyuges (*affectio maritalis*) de mantener el vínculo conyugal, y en el momento en el que cualquiera de esos dos elementos desaparecía, el matri-

¹¹² Entre la doctrina que diferencia este tipo de matrimonio nos encontramos con Iglesias y el profesor Garrido. Vid. J. IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., p. 550, y M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 462.

monio clásico se consideraría finalizado¹¹³. De esta manera, los matrimonios contraídos conforme a la ley producían plenos efectos para el Derecho romano clásico. En este contexto, entendemos la expresión «plena eficacia» como aquella que se produce cuando el vínculo conyugal de un determinado *matrimonium iustum* cumple con los requisitos que hemos ido analizando. Por ello, resultan interesantes las palabras de Astolfi¹¹⁴, quien al tratar sobre los *effetti del matrimonio* sostiene que:

«Il matrimonio determina fra i coniugi una comunanza di vita, epressione ordinaria della comunanza di vita tra i coniugi è la coabitazione. La casa coniugale è quella in cui vive il marito; è nella casa del marito che normalmente la moglie viene condotta, quando si conclude il matrimonio: deductio in domum viri. Il matrimonio costituisce il presupposto per l'acquisizione della manus da parte del marito sulla moglie, la manus completa e acentúa i tratti della comunanza di vita tra i coniugi. Quando il ius sacrum impone a un cónyuge di tenere un comportamento nei confronti dell'altro e il cónyuge disubbidisce, offende la divinità».

Con la finalidad de exponer más fácilmente tales consecuencias jurídicas y siguiendo a Astolfi, nosotros hemos clasificado en dos los efectos reconocidos por el Derecho a este tipo de matrimonios válidamente constituidos:

a) Efectos personales del *matrimonium iustum*. Cumpliendo las notas esenciales, el *matrimonium* clásico producía una serie de efectos personales que derivan de la propia naturaleza de la institución conyugal. En este sentido, mientras que en las primeras épocas del Imperio la mujer se consideraba como *loca filiae*, ya en la etapa clásica predominó la figura de la mujer y su permanencia en la familia originaria con la consideración social de *uxor*. Asimismo, ambos cónyuges tenían la obligación jurídica de respetarse y hacer reverencia mutua, en especial durante la etapa clásica y posclásica. Otro efecto personal era la legitimidad de los hijos que nacían dentro del vínculo marital, puesto que estos quedaban sometidos a la *patria potestas* del *pater* y asumían el *status* que este tenía en el momento de la concepción, abarcando en esta clasificación a los adoptados (*adoptio plena*), no *vulgo concepti*, en cuanto que se colocaban en igual posición que

¹¹³ A. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO SERRANO, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, pp. 32 y ss.

¹¹⁴ Sobre el matrimonio romano válidamente constituido, *vid.* R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto...*, *op. cit.*, pp. 103-110.

los hijos naturales¹¹⁵. En cuanto a los cónyuges, podemos señalar que hasta la época clásica existía una relación de superioridad del hombre frente a la mujer que se manifestaba en hechos como que la *uxor* obtenía el rango social del marido (rango consular, senatorio, etc.)¹¹⁶ y pasaba a vivir en el domicilio del marido que se convertía en el hogar familiar¹¹⁷.

b) Efectos patrimoniales. La constitución de la dote. Uno de los principales efectos del matrimonio romano era la constitución de la *dos*. La dote o *dos* (*do* viene del verbo *dare*, que significa dar o donar) hacía referencia a aquel conjunto de bienes o liberalidades que la mujer —u otro por ella— entregaba al marido con la intención de sobrellevar las cargas del matrimonio¹¹⁸. Su naturaleza patrimonial nos viene dada por ser una institución condicional, ya que dependía del matrimonio para ser eficaz, siendo

¹¹⁵ Entre las fuentes destacamos Gai. 1,30: «*Ideo autem in persona filii adiecimus, quia si uxor Latini civis Romana est, qui ex ea nascitur, ex novo senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civis Romanus nascitur*»; Gai. 1,56: «*Iustus autem nuptias contraxisse liberosque iis procreatos in potestate habere cives Romani ita intelleguntur*», y Gai. 1,80: «*Sed hoc iure utimur ex senatus consulto, quod auctore divo Hadriano significat, ut quoquomodo ex Latino et cive Romana natus civis Romanus nascatur*».

¹¹⁶ En este sentido, *vid.* D. 1,9,1,1 (Ulp. 62 *ad edictum*): «*Consulares autem feminas dicimus Consularium uxores; adiicit Saturninus etiam matres, quod nec usquam relatum est, nec unquam receptum*», y D. 1,9,8 (Ulp. 6 *fideicommissorum*): «*Feminae uptae clarissimis personis clarissimarum personarum appellatione continentur [...]. Tamdiu igitur clarissima femina erit, quamdiu Senatori nupta est, vel clarissimo, aut separata ab eo alii inferioris dignitatis non nupsit*».

¹¹⁷ D. 50,1,38,3 (Papirius 2 *de constitutionibus*) es la fuente principal en relación con CJ. 10,39,9, al disponer la primera de ellas que: «*Item rescripserunt, mulierem, quamdiu nupta es, incolam eiusdem civitatis videri, cuius maritus eius est, et ibi, unde originem trahit, non cogi muneribus fungi*».

¹¹⁸ Entre las fuentes que regulan la dote podemos destacar D. 23,2,7 (Paul. *libr. sing. ad Leg. Falcid.*): «*Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo et dotem, et de dote habeas actionem*»; D. 23,2,19 (Marcian. 16 *dig.*): «*Ex Constitutione Divorum Severi et Antonini per Procónsules Praesides que provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare*»; D. 23,2,33 (Marcel. 30 *legem iuliam et papaian*): «*Si non multo tempore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alii nupsit, aut hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit*»; D. 23,2,38 (Paul. 2 *sententiarum*): «*Qui in provincia aliquid administrat, in ea provincia filias suas in matrimonium collocare, et dotem constituere non prohibentur*»; D. 23,2,52 (Paul. 6 *ad sabinum*): «*Incestae nuptiae neque dotem habent, et ideo omne, quod perceptum est, licet fructum nomine, auferetur*»; D. 23,2,58 (Marcian. 4 *reg.*): «*A Divo Pio rescriptum est, si libertina Senatorem deceperit, quasi ingenua, et ei nupta est, ad exemplum Praetoris Edicto dandam in eam actionem, quia ex dote nullum iucrum habet, quae nulla est*»; D. 23,2,61 (Pap. 32 *quaestionum*): «*Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod indicio de dote rediturus esset maritus, solvere debet*», y D. 23,2,63 (Pap. 1 *definitionum*): «*Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest. Exemplo tamen pupillae nuptae tutori, quod relictum est, potest mulier consequi, pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui necesse est*».

su cuantía o valor económico proporcional a las posibilidades económicas de la persona que la constituía¹¹⁹.

Sus elementos constitutivos esenciales que le definen son: 1) en primer lugar, la dote está formada por aquel conjunto de bienes o liberalidades, es decir, todo bien apto para transmitirse y proporcionar un disfrute aunque sea temporal; 2) en segundo lugar, se constituye con la finalidad de sustentar y sobrellevar las cargas del matrimonio; 3) por último, la dote es una institución condicional, pues extinguido o disuelto el matrimonio, esta carece de sentido y ha de restituirse al que en su momento la constituyó. Al principio se estableció la constitución de la dote como una costumbre cuya finalidad era la de dar sustento económico al matrimonio, pero pronto pasó a ser una obligación del padre y, en algunos supuestos, también de la madre. Sin embargo, a partir de la República se atenúan considerablemente las notas rígidas de etapas anteriores y deja de ser una institución eminentemente patriarcal y marital para regirse por las nuevas concepciones del pretor y de la legislación imperial.

V. CONCLUSIONES

Con el presente trabajo hemos pretendido profundizar en el concepto y naturaleza jurídica del matrimonio romano, así como en otras uniones extrafamiliares surgidas en Roma durante su etapa de mayor esplendor, y su evolución actual. Entendemos que un análisis de estas instituciones merece ser objeto de una investigación separada debido a la escasez de fuentes clásicas que regulan la materia, ya que, en gran medida, solo conservamos la visión posclásica y justiniana.

En este sentido, el interés que suscita en nuestros días conocer cuál es el fundamento jurídico de la institución matrimonial para comprender la configuración de otros tipos de relaciones extramatrimoniales surgidas durante la vigencia del Derecho romano clásico y existentes hoy nos ha llevado a plantearnos como objetivo principal el realizar un análisis jurídico centrado especialmente en los textos que plantean las dificultades e impedimentos a contraer un *matrimonium iustum*, partiendo de sus presupuestos esenciales.

¹¹⁹ Sobre la importancia de la *dos* para el matrimonio romano, *vid.* D.23,3,56,1 (Paul. 6 *ad Plautium*), donde Paulo afirma: «*Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt ad onera matrimonii sustinenda*».

Sobre la base de la regulación del matrimonio actual existente en el Código Civil español y sus presupuestos esenciales, de manera similar al matrimonio clásico, hemos investigado cómo hombre y mujer tienen derecho a contraer matrimonio, son iguales en derechos y deberes, los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia, están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Y, en todo caso, el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, siendo, por tanto, necesaria su inscripción en el Registro Civil y el propio consentimiento matrimonial.

Pues bien, en primer lugar, consideramos la importancia del *ius conubii* concebido como el derecho y la capacidad jurídica para contraer un matrimonio legal y conforme al Derecho romano clásico. La falta de este requisito determinaba la calificación de «unión extramatrimonial» por no cumplir con uno de los elementos esenciales que caracterizaba a todo *matrimonium iustum*.

A nuestro entender, el estudio detallado del matrimonio romano, y en concreto las escasas fuentes que regulan la capacidad jurídica, puede servirnos para comprender de qué manera nacerán en época clásica determinadas prohibiciones a contraer un *matrimonium* conforme a Derecho y cuáles eran sus efectos. Para ello ha resultado necesario demostrar cómo el matrimonio romano clásico no tenía la consideración jurídica de contrato, pues requería no solo de la existencia de una convivencia marital, sino también de un consentimiento continuado prestado libremente entre los contrayentes.

Todos estos datos, entre otros, nos han llevado a un conocimiento más preciso sobre el concepto y naturaleza jurídica del matrimonio romano, el alcance de los impedimentos a contraer un *matrimonium iustum* y la regulación de otras uniones extramatrimoniales surgidas en Roma. Además, hemos distinguido cuáles han sido las causas históricas y jurídicas que han determinado la configuración de cada institución en cada periodo y hemos intentado reconstruir la evolución histórico-jurídica de cada institución. En cualquier caso, cabe señalar las dificultades subyacentes al tema como son: *i*) en primer término, la ausencia de un método jurídico general que pueda ser utilizado para aplicarlo a cualquier línea de investigación que se centre en el Derecho romano privado; *ii*) en segundo lugar, la ausencia de dicho método nos obliga a conocer una bibliografía auxiliar y complementaria —*esencialmente, las fuentes literarias*— necesaria para comprender el pensamiento jurídico en cada época.

Para finalizar conviene señalar, como conclusiones finales de nuestro artículo, que centrar nuestro trabajo en el matrimonio y sus elementos esenciales entendemos que supone profundizar en una de las instituciones jurídicas cuyo objeto de estudio puede resultar hoy interesante para cualquier investigador del Derecho debido a las transformaciones constantes que no solo el matrimonio, sino la familia en general, están sufriendo en nuestros días.

Igualmente cabría añadir que el resultado de este análisis acerca del alcance jurídico del matrimonio como posible contrato o negocio jurídico por sus elementos comunes, consideramos que puede resultar innovador si tenemos en cuenta la escasez de fuentes y la disparidad de opiniones entre la doctrina que suscita dicha temática. Pues, como hemos tenido ocasión de ver en nuestra exposición, si bien el término «contrato» hace referencia a un acuerdo de voluntades o fuente de nacimiento de las obligaciones, durante siglos, la doctrina ha debatido sobre la cuestión de si el matrimonio romano podía ser susceptible de compararse con los contratos consensuales.

En suma, los textos con los que contamos nos dejan ver la importancia que tenía el *matrimonium iustum* en la Roma clásica y el gran número de uniones que no eran consideradas como tal por no cumplir con los elementos esenciales, pero no por ello carecían de efectos jurídicos e importancia para este Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTARIO, E.: *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, Padova, 1983.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944.
- ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho romano*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.
- ASTOLFI, R.: *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclásico*, Padova, Cedam, 2002.
- BERCHMANS VALLET, G.: *Metodología de la determinación del Derecho*, vol. I, 1994, y vol. II, 1996, Madrid, Fundación Universitaria Ramón Areces.
- BONET, A.: «El matrimonio en el Derecho romano», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 13 (1962), pp. 5-23.
- BONFANTE, P.: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, Reus, 1929.
- CASTRO SÁENZ, A.: «Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 23 (2001), pp. 75-112.

- DOMINGO, R.: *Teoría de la auctoritas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1987.
- D'ORS, Á.: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, Colegio Trilingüe de la Universidad-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943.
- *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977.
- D'ORS, X.: *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho romano*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1979.
- FALÇAO, M.: *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio romano*, Navarra, Universidad de Navarra, 1973.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M.^a E.: *Repudium-Divortium. Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 1987.
- «*Connubium* y *Sponsalia*: reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano», en A. MURILLO VILLAR (coord.), *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes*, vol. I, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 197-216.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO SERRANO, J.: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
- GARCÍA GARRIDO, M. J.: «*Minor annis XII nupta*», *Labeo*, vol. 3 (1957), pp. 76-88.
- «Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor», *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 27-28 (1957-1958), pp. 1135-1142.
- *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1979.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ, F.: *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Reus, 1982.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1971.
- IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, Ariel, 1972.
- KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, Ariel, 1965.
- LACRUZ, J. L.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1994.
- MANENTI, C.: *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, Tipografia all'Insegna dell'Ancora, 1889.
- MIQUEL, J.: *Derecho Privado Romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- MUÑOZ CATALÁN, E.: «La impotencia *generandi* en el matrimonio romano homosexual», *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013), pp. 211-230.
- NÚÑEZ PAZ, M. I.: *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988.
- RAMÓN Y CAJAL, S.: *Reglas y consejos sobre investigación científica*, Madrid, Espasa Calpe, 2000.
- ROBLEDA, O.: *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, Gregorian Biblical BookShop, 1970.

- «Matrimonio inexistente o nulo en Derecho romano», en *Studi in memoria di Guido Donatuti*, vol. III, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino La Goliardica, 1973.
- ROMANO, Á.: *Matrimonium Iustum. Valori economici e valor culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli, Iovene, 1996.
- SCHULZ, F.: *Derecho Romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.
- SOLAZZI, S.: «*Consortium Omnis Vitae*», *Annali Università di Macerata*, núm. 5 (1929), pp. 27 y ss.
- SUÁREZ, G.: *Derecho Matrimonial Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- TREGGIARI, S.: *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- VOLTERRA, E.: *La nozione giuridica di connubium. Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, Giuffrè, 1953.
- «*Iniustum matrimonium*», en G. GROSSO (coord.), *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. II, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino La Goliardica, 1972, pp. 441-470.
- *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, Civitas, 1986.
- Código Civil Español*, edición vigente hasta el 29 de junio de 2020, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html.
- Textos jurídicos de Derecho romano*, disponible en <http://bib.us.es/derecho/recursos/pixelegis/areas/derechoRomano-ides-idweb.html>.