

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO(*) (60)

L. CARLOS ROSENFELD

SUMARIO

I. Antecedentes. II. Esponsales. III. Condiciones de validez del matrimonio. IV. Impedimentos del matrimonio. V. Prueba del matrimonio. VI. La "manus". VII. Efectos del matrimonio. VIII. Disolución del matrimonio. IX. El divorcio. X. Otras uniones existentes: Concubinato. Contubernio.

I. ANTECEDENTES

El interés político y religioso de la primitiva sociedad romana hacía necesaria la continuación de cada familia o "gens" por los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De ello deriva la importancia del matrimonio, cuyo objeto primordial era la procreación de los hijos y el trato especial de que gozaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad. Por el solo hecho del matrimonio, participaba del rango social del marido, de los honores de que estaba investido, y de su culto privado. La unión de los cónyuges era aún más estrecha, especialmente en la época primitiva, si las "justae nuptiae" estaban acompañadas por las "manus", poder familiar o doméstico ejercitado por el paterfamilias y que explicaremos más adelante. La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, quien tenía la potestad sobre ella como un padre sobre una hija, convirtiéndose en propietario de todos sus bienes. En el antiguo derecho romano, con el matrimonio solía estar unida la sujeción de la mujer a la "manus" en las formas de la "confarreatio", de la "contemptio" y, a falta de ellas, mediante el "usus".

El matrimonio romano fue siempre severamente monogámico. La intención ética de constituir un consorcio perpetuo excluye de un modo absoluto la agregación de condiciones o términos. En las definiciones dadas anteriormente, vemos en forma muy clara que el modo esencial del matrimonio es precisamente la intimidad y comunidad de vivir, ideal e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intencionalmente perpetua, entre los dos cónyuges. Esto es, en efecto, lo que quiere significar la expresión "individua vitae consuetudo".

Modestino, cuando dice que el "consortium omnis vitae", no quiere expresar una exigencia objetiva que implicaría la indisolubilidad del matrimonio, sino que se refiere preferentemente a un elemento subjetivo de los cónyuges, quienes no pueden unirse en forma temporal sino con intención perpetua. Si esto no fuera así, la frase "consortium omnis vitae" estaría reñida con la posibilidad del divorcio, que se dio siempre en el derecho romano.

La estructura jurídica del matrimonio es objeto de discusión y de argumentos contradictorios. Para un grupo de tratadistas no consiste en un arte jurídico, sino que se trata más bien de la simple convivencia de dos personas de distinto sexo, para cuya iniciación no fue necesaria ninguna formalidad de orden jurídico. El vínculo que perpetúa el matrimonio está dado por la "affectio maritalis", o sea que trataría de una relación de hecho en forma continua.

Otros autores, especialmente los juristas de la época clásica, señalan que el "consensus" o consentimiento inicial de los contrayentes, es el elemento esencial y único para la existencia del matrimonio, por lo que éste se asemejaría a un contrato de sociedad.

Bonfante, partidario de la primera tesis, alega que para los romanos el matrimonio no requiere ninguna forma jurídica en el derecho histórico, a pesar de que sería lógico que dicha unión estuviese acompañada de fiestas y ceremonias, que conferirían especial solemnidad al acto. Estas fiestas y ceremonias variaron sus formas a través del tiempo, pero en rasgos generales se desarrollaron en forma similar al matrimonio griego. Nos dice Fustel de Coulanges que la religión del hogar y de los antepasados, que se transmitía de "macho en macho", no pertenecía sin embargo exclusivamente al hombre; la mujer tenía parte en los cultos; como hija asistía a los actos religiosos de su padre; como esposa, a los de su marido. La mujer al casarse renuncia a la religión de su padre para pasar a venerar la de su marido. Desde chica está acostumbrada a invocar su hogar, ofrecer cada día a su dios las libaciones, flores y guirnaldas en los días de fiesta; a pedir protección y a agradecer los beneficios. El hogar paternal es su dios; cuando se casa continúa haciendo lo mismo, salvo que en lugar de ofrendar al dios de su padre, invoca al de su marido. Se trata de pasar de una casa a otra, de cambiar de religión, de practicar otros ritos. Deja el dios de su infancia para ponerse bajo el imperio de un dios que no conoce. Tampoco puede guardar fidelidad a su antiguo dios, pues en esta religión es un principio inmutable, el que una misma persona no pueda invocar dos hogares, ni dos series de antepasados. Un autor antiguo menciona que "a partir del casamiento la mujer no tiene nada en común con la religión doméstica de su padre; ella sacrifica en el hogar del marido".

El matrimonio, pues, es un acto de gran importancia para ambos cónyuges. La mujer deja su casa para ingresar a la de su marido, y el varón introduce en su hogar a una extraña. Con ella hará las ceremonias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

misteriosas de su culto, le revelará sus ritos y las fórmulas que son el patrimonio de su familia. El no tiene nada más precioso que esta herencia.

Pollux, que vivió en tiempo de los Antoninos, nos relata que antiguamente en lugar de designar al matrimonio por su nombre particular "yanos", se lo nombraba simplemente con la palabra "telos", que significa ceremonia sagrada. Con ello vemos que el matrimonio era la ceremonia sagrada por excelencia.

La religión ante la cual se celebraba el matrimonio, era aquella que gobernaba la casa. La ceremonia no se celebraba en el templo sino en la casa y era presidida por el dios doméstico. Se componía, por así decirlo, de tres actos: "la traditio", "la deductio in domum", "la confarreatio". El primer acto se desarrollaba en el hogar del padre, el tercero en el del marido, y el segundo era el paso entre un hogar y otro.

En el hogar paterno, en presencia del pretendiente, el padre, rodeado generalmente de su familia, ofrece un sacrificio. Cuando finaliza este sacrificio pronuncia una fórmula sacramental y declara que otorga su hija al joven. Esta declaración es absolutamente indispensable para el matrimonio, pues la joven no podía ir luego al hogar del esposo si su padre no la hubiese desligado con anterioridad del hogar paterno. Para que ella entre en la nueva religión, debe estar totalmente desligada de todo lazo que pudiese unirla a su religión primera. Esto es lo que se llamó "traditio".

Luego se realiza "la deductio in domum", donde la joven es transportada a la casa de su futuro marido. A veces es el mismo marido quien la conduce. La joven generalmente es colocada sobre un carro, tiene la cara tapada por un velo y la cabeza recubierta por una corona. (La corona se usaba mucho en todas las ceremonias del culto.) Su vestido es blanco, puesto que éste era el color de las vestimentas usadas en todos los actos religiosos. La preceden llevando una antorcha, que es la antorcha nupcial. Durante el trayecto cantan alrededor de ella un antiguo himno religioso; las palabras de este himno cambiaron quizás con el tiempo, acomodándose a las variantes de las creencias o del idioma, pero el estribillo sacramental subsistió siempre, sin poder ser alterado. Se trataba de la palabra "talassie", que los romanos del tiempo de Horacio comprendían poco su significado, pero que era probablemente el saldo sagrado e inviolable de una antigua fórmula.

El cortejo se detiene delante de la casa del marido. Allí se presenta a la joven el fuego y el agua. El fuego es el emblema de la divinidad doméstica; el agua sirve a la familia para todos los actos religiosos.

Para que la joven entre en la casa es necesario simular un raptó, ella debe proferir algunos gritos y las mujeres que la acompañan deben simular defenderla. Luego el esposo debe alzarla entre sus brazos y conducirla por la puerta de entrada sin que sus pies toquen el suelo.

Por último se desarrolla la parte que se denomina "confarreatio"; la esposa es conducida entonces delante del hogar, allí donde están los penates y donde todos los dioses domésticos están agrupados alrededor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del fuego sagrado. Los dos esposos efectúan un sacrificio, derraman la libación, pronuncian algunas oraciones y comen juntos una torta de flor de harina, "panis farreus», de donde toma el nombre la ceremonia. Esta torta que comen, mientras recitan oraciones, es la que hace sagrada la unión de los esposos. Desde ese momento ellos están unidos bajo un mismo culto.

II. ESPONSALES

Antes del matrimonio podía realizarse un acuerdo preliminar mediante el cual los futuros cónyuges, o sus respectivos padres, se comprometían a celebrar justas nupcias. Era una promesa mutua de futuro matrimonio. Esta convención se llamó esponsales o "sponsalia" y los contrayentes recibían el nombre de esposos.

Según la tradición, en épocas primitivas los esponsales consistían en un contrato verbal. Asimismo, las fuentes nos hablan de que hasta la época en que sus habitantes adquieren la ciudadanía romana, estos convenios tienen plena obligatoriedad jurídica y están garantizados por la "actio sponsu", con el objeto de obligar al cónyuge que no cumple, al pago de una suma de dinero.

En el derecho romano del período histórico, los esponsales no obligan a celebrar la boda y se prohíbe la estipulación de una cláusula penal ("stipulatio poenae") en caso de incumplimiento. Este último criterio surgió al considerarse deshonesto cualquier tipo de coacción para celebrar un matrimonio.

Sólo ciertos efectos secundarios dan importancia a los esponsales en el orden jurídico; ellos generaban una cuasi - afinidad entre los contrayentes. Los novios no podían contraer otras bodas, bajo pena de infamia, antes de la disolución de los esponsales ya existentes. Si la novia era infiel se la consideraba como adúltera. La muerte de los esposos o de los futuros suegros estaba castigada de acuerdo con las prescripciones legales de la ley "Pompeia de parricidiis". También podía el novio, al igual que el esposo, ejercer la acción por injurias en caso de ofensas hechas a la novia.

En la época romano - helénica se mantuvo la nulidad de la cláusula penal por incumplimiento, pero surgió la institución de las "arrhae sponsaliciae", es decir, el cambio de arras, y que establecía que aquel que sin justa causa dejaba de cumplir su promesa, perdía las arras que hubiese dado y además debía devolver las recibidas a razón del cuádruplo. Posteriormente Justiniano redujo al duplo esta especie de pena. En épocas de Constantino se estableció que los regalos o donaciones entre los novios, denominados "sponsalicia largitas", se consideraran hechos bajo promesa de matrimonio, puesto que si no, se podía exigir su devolución a la parte que no cumpliera. El cónyuge que no cumplía no podía exigir nada. En caso de que la novia hubiese sido besada durante la ceremonia de los esponsales, debía devolver sólo la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mitad de lo recibido. Este caso se daba cuando el novio fallecía antes del matrimonio, y se denominó "interveniente ósculo".

La capacidad para contraer esponsales estaba regida casi por las mismas normas que para contraer matrimonio, y ellos podían realizarse antes de la pubertad. Esta edad quedó fijada por Justiniano en siete años. En el derecho clásico se exigía el consentimiento de los contrayentes, y el silencio de la novia se consideraba como aceptación.

Los esponsales se resuelven por la muerte de cualquiera de los contrayentes, por la aparición de algún impedimento, por mutuo acuerdo o por declaración de una de las partes (repudio).

III. CONDICIONES DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

Las nupcias legítimas se llamaron "iustae nuptiae" o "legitimum matrimonium", según Justiniano. Para ellas era indispensable la capacidad civil que otorgaba el "ius connubii", derecho que tenían sólo los ciudadanos romanos. Los extranjeros no gozaban del "connubium" o "ius connubii", por lo que no podían contraer "iustae nuptiae"; las uniones entre ellos denominábanse "iniustae nuptiae". Esta capacidad civil estaba dada por el "status libertatis" y "civitatis", considerados ambos en conjunto. Un esclavo no podía contraer "iustae nuptiae" y la unión entre ellos se denominó "contubernium". La "lex Canuleia" del año 445 A.C. abolió la prohibición de contraer matrimonio entre patricios y plebeyos.

Cuatro condiciones eran necesariamente válidas para contraer matrimonio: 1) La pubertad de los esposos. 2) Su consentimiento. 3) El consentimiento del jefe de familia. 4) El "ius connubium".

Para contraer matrimonio era necesaria la capacidad natural, es decir, que los cónyuges hubieren llegado al estado de la pubertad, que se fijó en doce años para las mujeres y catorce para los varones. Justiniano prohibió que los eunucos se casaran.

Para que el matrimonio fuese válido, también era preciso que los cónyuges dieran su consentimiento, "consensus", el que no debía ser inicial sino constante, para poder constituir así una verdadera "affectio maritalis". Aparte del "consensus" de los contrayentes era necesario el consentimiento del paterfamilias, el que fue mucho más rígido en la época primitiva, ya que en la época clásica se le fue restando importancia al consentimiento del "pater" considerándose suficiente su no oposición. Si el "pater" estaba prisionero o ausente, los hijos podían contraer matrimonio sin su consentimiento, siempre que hubiesen transcurrido tres años de ausencia, período establecido por Justiniano. En caso de que el "sui iuris" estuviese loco, sin intervalos de lucidez, el magistrado en representación del "pater" era quien otorgaba la aprobación después de haber sido oído el curador y los parientes principales. Cuando el "pater" negaba el "consensus" sin justa causa, los novios podían recurrir ante el magistrado, de acuerdo a las prescripciones de la "lex Iulia". Tratándose de varones, además del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consentimiento del "pater" era necesario el consentimiento del padre natural si fueren distintos.

Posiblemente, para el consentimiento de las mujeres "sui iuris", intervino el tutor en la época clásica, pero una vez que desapareció la tutela de las mujeres en el derecho moderno, se exigió el "consensus" de los parientes más próximos para aquellas menores de veinticinco años, y en caso de contradicción podía recurrirse a la intervención del magistrado.

IV. IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO

Podía ocurrir también que una persona teniendo el absoluto derecho de casarse, no lo podía hacer validamente con otra determinada, ya que el derecho romano admitía ciertas causas de incapacidad relativa, fundadas unas como el parentesco y la afinidad, sobre razones de moral, y de conveniencias otras, por motivos de orden político. Son impedimentos absolutos la existencia de un matrimonio anterior y la esclavitud de uno de los cónyuges. También lo fueron en el nuevo derecho el voto de castidad y las órdenes mayores. Entre los impedimentos relativos encontramos: a) Parentesco: No se distinguía la agnación de la cognación. En línea directa, o sea descendiendo unos de otros, el matrimonio se prohibió sin limitación. Tales uniones están reprobadas por casi todas las legislaciones, pues violan abiertamente la moral y el respeto debido a los ascendientes. En línea colateral, es decir, entre parientes que desciendan de un mismo autor común, el matrimonio estaba prohibido sólo entre hermano y hermana y entre personas de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro. Los primos hermanos podían casarse y estas uniones, desconocidas al principio, fueron luego bastante frecuentes. b) Afinidad: Se llamó así al lazo que unía a cada esposo con los parientes del otro. Entre afines, estaba prohibido sin limitación el matrimonio en línea directa, en cambio en línea colateral, sólo se prohibió entre cuñado y cuñada. c) Tampoco pueden contraer matrimonio adoptante y adoptado. d) Desde el origen de Roma, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos. La ley de las XII Tablas sancionó esta interdicción, que fue posteriormente levantada por la ley "Canuleia" del año 308. Durante largo tiempo se prohibió el matrimonio entre ingenuos y manumitidos, pero en el tiempo de Augusto, gran propulsor del matrimonio, se dictaron las leyes "Iulia et Papia Poppea", que permitieron estas uniones, si bien estaban prohibidos los matrimonios de los senadores y sus hijos con libertos o personas que ejercieran alguna profesión reputada como deshonrosa. Igualmente existió prohibición a los funcionarios de una provincia y sus hijos para contraer "iustae nuptiae" con una mujer domiciliada en la misma; al tutor y a su hijo para hacerlo con su antigua pupila; y al curador y a su hijo con la mujer menor de veinticinco años, sobre la cual tiene la curatela. e) El adulterio, regulado por la "lex Iulia" y el rapto introducido como impedimento en la Era Cristiana, vedaban las nupcias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre la adúltera y su cómplice y entre el raptor y raptada, respectivamente.

V. PRUEBA DEL MATRIMONIO

En este sentido, el requisito de la intención "affectio maritalis" se demostraba por las declaraciones de los cónyuges mismos y de los parientes y amigos, pero principalmente, por la manifestación exterior del comportamiento matrimonial, o sea, el "honor matrimonii" o el modo como deben tratarse los cónyuges en sociedad, conservando siempre la mujer la posición social del marido y la dignidad de cónyuge.

Cuando debían vivir en diferentes lugares, la existencia del matrimonio se prueba por el "honor matrimonii", como ocurrió con personas consulares; y es haciendo referencia a ello que Ulpiano expresa: "Si la mujer y el marido hubieren habitado ciertamente separados por largo tiempo, pero mantenían recíprocamente el honor del matrimonio, las nupcias perduran, porque el matrimonio no lo hace la unión carnal, sino la <affectio maritalis>".

VI. LA "MANUS"

Fue una institución del derecho romano antiguo y que desaparece lentamente hasta llegar al siglo III D. C., donde ya no quedan ni rastros de ella. Consistía en el poder o potestad doméstica, considerado en sentido político que ejercía el marido o el paterfamilias, si fuesen distintos, sobre la mujer que entre en su familia agnaticia. Ella engendró una serie de derechos y deberes en los cónyuges. También implicó la existencia de otras consecuencias jurídicas que dieron origen a diversas acciones concedidas al marido. Por ella se distinguían dos formas de matrimonio: "Sine manu": el matrimonio de este tipo no produjo ningún cambio en la situación familiar agnaticia de los cónyuges. Cada uno seguía perteneciendo a su propia familia. Y la otra forma: "Cum manu" cuando se pretendió que la mujer integrara la familia del marido fue preciso que se agregara mediante la "conventio in manum". En virtud de ella, la esposa o "uxor in manu" sufría una "capitis deminutio mínima", al abandonar su familia anterior y pasar a formar parte de la de su marido como "filiafamilias", quedando sometida al nuevo "pater", ya sea en calidad de "filiae loco" (hija) si su marido era el "sui iuris", o como "neptis loco" (nieta) si el marido era un "filius". La mujer quedaba sometida a la "manus" del marido y todos sus bienes pasaban a formar parte del patrimonio de aquél. Bonfante opina que la distinción "cum manu" y "sine manu" no tiene mucha importancia en el matrimonio romano, puesto que su fundamento es la "affectio maritalis". Su verdadera importancia se encuentra en los efectos que produjo.

La "conventio in manu" se realizaba mediante formas solemnes que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acompañaron al matrimonio y que fueron "la confarreatio" y "la coemptio", y en ausencia de ellas el "usus".

La "confarreatio" era la ceremonia religiosa formal en la cual los contrayentes se formulan recíprocamente interrogaciones ante diez testigos y el "Flamen Dialis" (sumo sacerdote de Júpiter). La "coemptio" era una compra ficticia de la mujer, con las mismas solemnidades de la "mancipatio" y del "nexum" salvo algunas variaciones verbales. Reinach opina que en la "coemptio" lo que se vendía imaginariamente no era la mujer sino sus bienes.

Si no se realizaban algunas de estas dos formas, la mujer casada no entra en la familia de su marido, a pesar de considerarse válido y legítimo su matrimonio. Ella sigue bajo la potestad de su propio "pater".

La "manus" también podía obtenerse por posesión continuada. Esto recibe el nombre de "usus" y se daba cuando la mujer había vivido de hecho durante un año en casa de su marido, sometida a su "potestad" o a la del "pater" de éste. Si la mujer quería evitar los efectos del "usus" debía pasar tres noches fuera de la casa del marido, antes de cumplirse el año de convivencia. Esto se llamó "trinoctii usurpatio".

A raíz de la evolución jurídica y social romana, la "conventio in manu" se hizo cada vez más intolerable y esa es la razón de que fuera una de las primeras instituciones en desaparecer. La "manus" se extinguía como la patria potestad. En caso de divorcio, la mujer podía obligar al marido a disolver la "manu", si había sido establecida por la "confarreatio", era necesaria una ceremonia contraria llamada "diffarreatio"; en los otros casos era necesaria una manumisión especial.

VII. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Los esposos tienen el título de "vir" y de "uxor", participando la mujer en la condición social y dignidad del marido. Sin embargo las calidades de plebeya o manumitida no desaparecen por el matrimonio con un patricio o un ingenuo, cuando estas uniones hubiesen sido permitidas. Además, el matrimonio no hace entrar a la mujer en la familia civil del marido; este efecto sólo se produjo por la "manus".

Los esposos se debían fidelidad, pero el adulterio de la mujer estaba castigado con más severidad que el del marido, ya que ella podía introducir en la familia hijos de sangre extraña. Constantino castigó el adulterio con la muerte. Tal rigor fue suavizado por Justiniano. En cuanto a los bienes, en el matrimonio "sine manu", cada uno conservaba sus propios bienes, pero en el "cum manu" el marido se convertía en el propietario de los bienes de su esposa.

Con el tiempo se generalizó el régimen de la dote o dotal, con lo que la mujer contribuía a solventar las cargas de familia. Esto se dio especialmente cuando la "manus" cayó en desuso.

Respecto de los hijos, los nacidos de justas nupcias eran hijos legítimos, "libelis iustis". Estaban sometidos a la potestad de su padre o la del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abuelo paterno, si el padre era "alieni iuris". Formaban parte de la familia civil del padre, a título de agnados. Tomaban su nombre y condición social. Entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de cognación en primer grado. Sólo la "manus" podía modificar esta relación siendo entonces los hijos agnados de su madre, en segundo grado, "in manu", y ella es para ellos "loco sororis".

La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer. La paternidad es incierta, por lo que se recurre a la presunción: el marido de la madre se presume que es el padre. Esta presunción no se impone de manera absoluta, no rige si el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si la ausencia o enfermedad del marido han hecho imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción. El derecho romano fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo y en ciento ochenta días la más corta. El hijo era "justus" si nacía durante ese intervalo. Desde Marco Aurelio la filiación se hizo constar en registros públicos y el padre debía declarar el nacimiento de sus hijos en un plazo de treinta días.

Las acciones penales e infamantes no se podían ejercitar entre los cónyuges, ni las sustracciones entre ellos era consideradas "hurto", o por lo menos se excluye la acción del hurto. El cónyuge podía ejercitar solamente, mientras duraba el matrimonio, una "condictio ex iniusta causa", y después del divorcio le correspondía la "actio rerum amatorum" para recobrar la posesión de las cosas sustraídas durante el matrimonio. Los cónyuges disfrutaban recíprocamente del "beneficium competentiae", por lo menos desde la época de Justiniano, y el matrimonio estaba regulado respecto de la sucesión intestada por el edicto y el nuevo derecho.

Las donaciones entre los cónyuges eran absolutamente nulas para no crear un espíritu de interés en las relaciones matrimoniales, en perjuicio del cónyuge más generoso.

VIII. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

El jefe de familia tuvo durante largo tiempo el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio del hijo sometido a su potestad. Antonino el Piadoso y Marco Aurelio hicieron cesar este abuso de autoridad.

Aparte de ello, las causas de disolución del matrimonio fueron la muerte de uno de los cónyuges, la pérdida de capacidad o de la "affectio maritalis" y el divorcio.

La muerte de uno de los cónyuges disolvía el matrimonio, pero mientras el marido podía volver a casarse inmediatamente, la viuda debía guardar luto durante diez meses, no pudiendo casarse durante ese período a fin de evitar la confusión de parto, o sea la incertidumbre en cuanto a la paternidad del hijo que pudiese nacer en ese período. La violación de tal prescripción implicaba la infamia para ambos cónyuges.

La pérdida del "connubium" resultante de la esclavitud, también disolvía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el matrimonio y no era reconstituido retroactivamente con la vuelta del cautivo, porque el "postliminium" no podía desvanecer un hecho tal como la separación material de los esposos; sin embargo, si fueron hechos esclavos conjuntamente, y no cesó entre ellos la cohabitación durante el cautiverio y regresaron a un mismo tiempo, no hubo interrupción de hecho; la esclavitud es borrada "jure postliminii". En ese caso, se consideraba que el matrimonio no fue disuelto, y los hijos nacidos en cautiverio fueron legítimos.

La "capitis deminutio media" que originaba la pérdida de la ciudadanía y acompañaba la deportación, no deshace el matrimonio sino que lo convertía en matrimonio "iuris gentium". Mediante el "incestus superveniens", por ejemplo cuando el suegro adopta al yerno y lo convierte en hermano de su esposa la capacidad también cesaba. Antes de Justiniano, el matrimonio también se disolvía cuando el marido de una liberta era nombrado senador. Esta disposición fue suprimida por Justiniano.

IX. EL DIVORCIO

Fue otro de los motivos de disolución del matrimonio y parece que fue admitido legalmente desde el origen de Roma; sin embargo, sabemos que los antiguos romanos no usaron excesivamente de esta libertad, ya que no concordaba con la severidad de sus costumbres primitivas.

El matrimonio se disuelve por falta de "affectio maritalis" en uno o en otro de los cónyuges o en ambos. Esto era el divorcio romano. Ya que el elemento principal del matrimonio era el "consensus" o intención permanente de vivir juntos, una vez que esta intención cesaba, quedaba roto el matrimonio y los cónyuges no podían ser considerados marido y mujer.

Por su naturaleza, el divorcio no debía exigir formas, ya que no las exigía el matrimonio. Un simple aviso verbal o por escrito ("per litteras") o por mensaje ("per nuntium") debían bastar. Sin embargo a veces resultaba difícil dilucidar si la separación de los esposos constituía un verdadero divorcio.

La "lex Iulia" estableció que el repudio debía hacerse en presencia de siete testigos y un liberto a pesar de que dada la naturaleza del derecho romano, algunos jurisconsultos se niegan a considerar nulo el divorcio que no observase estas formas.

La pureza de las costumbres hizo que durante un largo período los divorcios fueran bastante raros. La costumbre no los admitía. En cuanto a las mujeres de aquella primera época que vivían sujetas a la "patria potestas" o "manus", no podían divorciarse de sus propios maridos. Este obstáculo fue eliminado al final de la República. Cuando la corrupción invadió a Roma, el divorcio se hizo común.

Los emperadores cristianos comenzaron la lucha contra el divorcio que culminó con éxito final en la Edad Media, cuando se distingue entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

divorcio verdadero y propio del divorcio unilateral o repudio. Se respetaba el primero, limitándose el segundo y determinando las "iustae causae", en que se lo consideró lícito.

En el derecho justiniano se distinguen cuatro clases de divorcios: 1) El divorcio por mutuo consentimiento. 2) El repudio o divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge. 3) El divorcio unilateral "sine causa". 4) El "divortium bona gratia", que era el divorcio por causas no imputables a ninguno de los cónyuges y no debe confundirse con el divorcio por mutuo consentimiento, era lícito sólo en tres casos: a) elección de la vida claustral; b) impotencia incurable; c) prisión de guerra del otro cónyuge.

Las penas que se imponían por divorcio ilícito eran el retiro forzado en un convento y la pérdida de la dote y de la donación "propter nuptias" o de una cuarta parte de los bienes, cuando no se hubiere constituido ni dote ni donación "propter nuptias".

Justiniano proscribió y castigó asimismo el divorcio por mutuo consentimiento, castigando a los cónyuges a retirarse a un convento y perder todos sus bienes en favor de los hijos o de los ascendientes o del propio convento.

Justiniano restableció la concesión del divorcio por mutuo consentimiento, con la novela 140, que forma parte del "corpus".

En la Edad Media el derecho canónico cambió el concepto del matrimonio y lo hizo indisoluble por naturaleza, transformando también su celebración en un contrato.

Actualmente el divorcio ordena una serie de causas de anulación del matrimonio y no resucita en absoluto el divorcio romano, inherente a ideas completamente distintas del matrimonio.

X. OTRAS UNIONES EXISTENTES

Concubinato

Si bien en Roma se castigó severamente las relaciones sexuales fuera del matrimonio con una persona de condición honesta, especialmente por medio de la "lex Iulia" que favorecía el matrimonio, no ocurrió lo mismo con el concubinato. Este no era castigado por la ley y se difundió particularmente en razón de las prohibiciones que existían para matrimonios entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre ingenuos y mujeres ignominiosas, entre gobernadores y mujeres de la provincia, entre la clase de los militares, así como también por las penas graves que existían contra el "stuprum", que era la relación sexual con una mujer de condición social honesta.

Estuvo perfectamente diferenciado de las relaciones transitorias y voluptuosas. Fue una verdadera institución jurídica, especialmente en la época de los emperadores cristianos, a pesar de que algunos trataron de impedirlo, y desde el punto de vista social, constituyó una especie de matrimonio morganático.

Consistió en la cohabitación con una mujer de baja condición, que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poseía "affectio maritalis" y "honor matrimonii".

Algunos emperadores tendieron a suprimirlo, limitando las donaciones y los legados a la concubina y a sus hijos, llamados "liberi naturales", como así también la arrogación de estos últimos.

Recién Justiniano suavizó esta tendencia elevando el concubinato a la condición de "inaequale coniugium". Prácticamente, suprimió las limitaciones a los legados y donaciones y concedió a la concubina y a sus hijos naturales un derecho limitado de sucesión, derecho a los alimentos comparado con los hijos legítimos y elevó a institución permanente la legitimación. También exigió para el concubinato los mismos requisitos que para el matrimonio.

Contubernio

Se llama así a la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo. Es un simple hecho carente de todo efecto civil. El hijo sigue la condición de la madre. Por largo tiempo, el derecho no reconoció parentesco, ni aun natural, entre esclavos, si bien al principio del Imperio se admitió una especie de "cognatio servilis" entre el padre, la madre y los hijos, por una parte; y por la otra, entre los hermanos y hermanas. Esta es la opinión de Labeón, contada por Ulpiano. Esta "cognatio" tenía por objeto impedir entre estas personas, hechas libres por manumisión, matrimonios que pudieran haber sido harto contrarios al derecho natural y a la moral.