

### DERECHO ROMANO UBA

CRONOGRAMA 1ER

CUATRIMESTRE 2012

Doctrina

Novedades y Avisos

Programa de la materia

### CONGRESOS Y ACTIVIDADES

UCA Paraná 2011:  
Vigecimo Encuentro  
nacional de Profesores de  
Derecho Romano.

XVII CONGRESO  
LATINOAMERICANO DE  
DERECHO ROMANO  
LIMA-PERÚ

### CONTACTENOS!

### FUENTES

"Duodecim tabularum  
leges"

### ORATORIA

CICERON

### QUIENES SOMOS

Adjunto

Ayudantes

Titular

# 3568

días desde  
PRIMER PARCIAL

[CONGRESOS Y ACTIVIDADES](#) > [UCA Paraná 2011: Vigecimo Encuentro nacional de Profesores de Derecho Romano.](#) > [Nuestras ponencias](#) >

## El Matrimonio. Por Nayla F. Dominguez. Ayudante alumna de Derecho Romano UBA.

### El Matrimonio

El matrimonio es, según Bonfante, la cohabitación de dos personas de distinto sexo con la intención de ser marido y mujer, de procrear y educar a los hijos y constituir entre ellos una verdadera sociedad perpetua íntima y permanente. A esta intención se la llama *AFFECTIO MARITALIS*.

El Corpus Iuris Civilis contiene dos definiciones respecto del matrimonio. Una en las Institutas: (Institutas, L I, T. IX, 1)

**“Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens”** (Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible). Ello explica la esencia del matrimonio que es la continuidad vida intencional y perpetua entre los cónyuges; ese es el sentido de las palabras *consuetudinem vital continens*.

La otra definición es del Digesto y fue hecha por Modestito: (Digesto 23, 23, 2,1) **“Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium ovnis vitae, divini et humani iuris communicatio”** (las nupcias son la unión del varón y la hembra y consorcio de toda la vida comunicación del derecho divino y humano).

Ambas definiciones se relacionan con el concepto de intimidad y comunidad de vida con la intención de su perpetuidad, es la **MARITALIS AFFECTIO** que menciona Bonfante. Modestito cuando afirma que *el consortium es omnis vital*, hace referencia a un elemento subjetivo de los que se unen en matrimonio, quienes no pueden hacerlo en forma temporal, sino mas bien con una intención duradera.

Sin embargo el matrimonio es un tema que genera opiniones controvertidas. En principio para un grupo de tratadistas no es un acto jurídico, sino una mera convivencia de dos personas de distinto sexo, cuyo comienzo no requiere ninguna formalidad jurídica. Para los que adhieren a tal tesis el matrimonio solo requiere de la *affectio maritalis*, implicaría una relación de hecho e forma continua.

Para otros autores, principalmente los juristas de la época clásica, el consentimiento inicial de los contrayentes es el elemento inicial y el único para la

existencia del matrimonio, asemejándolo al contrato de sociedad. Con la aparición de la influencia cristiana que es contraria al divorcio, es común que se acentúe la importancia jurídica del consenso inicial que es otorgado una vez y para siempre.

En apoyo de la primera tesis, Bonfante sostiene que el matrimonio romano no tiene necesidad de formalidad jurídica en el derecho histórico; no obstante es natural que el acontecimiento sea acompañado de fiestas y ceremonias, que varían con la transformación de los tiempos y las costumbres.

La falta de formas jurídicas corresponde típicamente a la naturaleza jurídica del matrimonio romano, pues el mismo consiste **en vivir juntos con intención marital**: cuando ambas condiciones concurren se da el matrimonio, caso contrario es inexistente. El *consensus* debe ser por lo tanto continuo y duradero, es por tal razón que los romanos en lugar de *consensus* lo llaman *affection*, y de ninguna manera puede asimilarse a un contrato. Es por eso que los romanos acostumbran a usar la expresión *contrahere nuptias*, pero el término *contrahere* entre ellos significa “un vínculo duradero o relación permanente y estrecha, y no de acuerdo de voluntades que es sinónimo de acuerdo o consentir.”

### Requisitos del Matrimonio

Las nupcias legítimas reciben el nombre de **Iustae Nuptiae** y en el lenguaje Justiniano **Legitimum Matrimonium**, para que exista son necesarios siguientes requisitos:

1) El primer requisito es que los contrayentes gozen de capacidad civil para contraer matrimonio, se denomina *ius connubii*, y consiste en la posesión del *status civitatis* y del *status libertatis* en forma conjunta. Esta capacidad es privativa de los ciudadanos romanos, de manera que solo ellos pueden contraer matrimonio entre sí. Los peregrinos o los extranjeros no gozan de este derecho, las uniones entre ellos son **iniustae nuptiae** y se contraen con las mismas características del derecho romano que implican: intención, permanencia y monogamia, pueden ser eficaces ante la legislación extranjera, pero no ante el *ius civile romano*.

La prohibición de contraer matrimonio entre patricios y plebeyos es un residuo de la primitiva condición de extranjeros de los plebeyos, es abolida, en el año 445 AC. Por la Lex Canuleia.

2) La capacidad natural, es otra de las condiciones para contraer matrimonio legítimo. Requiere que los cónyuges hayan alcanzado la pubertad que era de doce años para la mujer y catorce el hombre.

3) El consentimiento o *consensus* de los cónyuges que debe ser inicial y continua, de forma que conforme la *affection maritalis*. La exteriorización del consentimiento no tiene formalidades jurídicas, sino que se libra a los usos sociales, que en Roma está representada por festejos y celebraciones, pero tales no son una exigencia jurídica. A su vez, se presume que la convivencia de un ciudadano con una mujer honorable y de la misma condición social implica matrimonio, mientras que la unión con mujer no honesta o entre personas de distinto nivel social es concubinato.

Asimismo también es requerido el consentimiento del *Pater familias*, en los tiempos primitivos es esencial, pero la jurisprudencia paulatinamente

lo redujo a un mero asentimiento pasivo, e incluso se tiene por manifestado por la “no oposición o el silencio”.

Justiniano establece que el magistrado puede intervenir otorgando su aprobación en reemplazo del pater, después de haber sido oído el curador y los parientes principales. Si el pater familias deniega el consentimiento sin suficiente causa la **lex Iulia** autoriza a los contrayentes a recurrir ante el magistrado.

En el caso de los hijos varones, además del consentimiento del pater familias, se requiere el del padre natural, en caso que la potestas sea ejercida por otra persona que no sea el progenitor.

En el caso de las mujeres *sui iuris*, es probable que interviniere el tutor del derecho clásico. Pero una vez desaparecida la tutela de las mujeres en el derecho moderno se exige para las que sean menores de veinticinco años el *consensus* de los parientes más próximos, y en caso de disenso la intervención de la autoridad judicial.

### **Impedimentum (Impedimentos)**

Surgen ante la ausencia de los requisitos exigidos para contraer matrimonio. El término *impedimentum* proviene del Derecho Canónico. Ellos nacen de motivos éticos, sociales y políticos y en la nueva época religiosa.

Existen impedimentos absolutos y relativos: según provoquen la incapacidad para contraer matrimonio con cualquiera o con determinada persona.

#### **1- Impedimentos Absolutos:**

- la existencia de un matrimonio anterior.
- La esclavitud de uno de los cónyuges.

#### **2- Impedimentos relativos:**

- El parentesco por consanguinidad o cognación entre ascendientes y descendientes hasta el infinito.

Entre parientes de segundo grado y tercer grado.

El parentesco en línea colateral es regulado de diversas formas según la época. En principio se prohíbe el matrimonio entre parientes hasta el sexto grado. Con anterioridad al siglo II se limitaba la prohibición a los primos hermanos. Posteriormente se prohíbe cuando un cónyuge dista solamente un grado de progenitor común. Esta norma se atenúa permitiendo el matrimonio entre tíos y sobrinas. Según Gayo (*Institutas* , I, 62)“se permite tomar como mujer a la hija de un hermano (...) no se permite en cambio tomar como mujer a la hija de una hermana”. Posteriormente Justiniano restaura la regla de distancia de un grado con el progenitor común.

- La afinidad en línea recta constituye un impedimento.
- No pueden contraer matrimonio adoptante y adoptado, aun después de la emancipación del adoptado
- El adulterio se regula en la **Lex Iulia**, impiden las nupcias entre la adultera y su cómplice.
- Asimismo en el caso del rapto, entre el raptador y la raptada
- Con el senado consulto dictado en de Marco Aurelio y Cómodo, están prohibida las nupcias entre el tutor, su pater familias o sus descendientes y su pupila, antes de que hayan rendido cuentas de la

tutela. También está vedado el matrimonio entre el magistrado provincial y una mujer oriunda de la provincia o domiciliada en ella.

### **Prueba**

El matrimonio requiere la *affectio maritalis*, se demuestra por medio de declaraciones de los propios cónyuges, de los parientes y amigos, pero fundamentalmente por el comportamiento matrimonial de los cónyuges, es decir, la forma en que deben tratarse los cónyuges en sociedad, importa la mujer conserve la posición social del marido y la dignidad del cónyuge, llegado el caso que los cónyuges debieran vivir en diferentes lugares, la existencia del matrimonio se prueba por el *honor matrimonii*, como dice Ulpiano (Digesto 24, 1) “*las nupcias perduran porque el matrimonio no lo hace la unión carnal, sino la affectio maritalis*”.

### **Formas del matrimonio:**

#### **Cum Manu y Sine Manu**

El matrimonio llamado Sine Manu, no produce ningún cambio en la situación familiar *agnatitia* de los cónyuges, el marido y la mujer siguen perteneciendo cada uno a su propia familia. Como consecuencia dado que el vínculo de agnación se transmite por línea masculina los hijos pertenecen a la familia del padre, mientras que la madre queda en la suya.

Para que la mujer integre la familia del marido, es necesario que al matrimonio se le agregue la *conventio in manum*. Esta manus implica la potestad doméstica del pater familias sobre la mujer que entra en su familia agnatitia. Como consecuencia la esposa *uxor in manu* sufre una *capitis diminutio minima*, abandona su familia anterior y pasa a formar parte de la de su marido como *filiafamilias*, quedando así sometida al nuevo pater ya sea en calidad de *filiae loco (hija)* si su marido es el *sui iuris*, *neptis loco (nieta)*, si es un *filius*.

Para Bonfante esta distinción entre cun manu y sine manu no influye en la esencia del matrimonio que está principalmente basado en la *affectio maritalis*. El verdadero valor está dado por los efectos que genera la existencia o no de la *conventio in manum*, que son principalmente: el sometimiento de la mujer a la manus del marido y el traspaso de todos sus bienes, que ingresan al patrimonio de aquél.

La *conventio in manu* se realiza por medio de formas solemnes que acompañan al matrimonio son: **la conferratio y la coemptio**.

#### **La conferratio :**

Es una ceremonia religiosa en la cual los contrayentes se formulan recíprocamente interrogaciones ante diez testigos y el Flamen Diales, que es el sumo sacerdote de Júpiter, o el Pontífice Máximo que ofrece a Júpiter su pan de trigo o *panis farreum*. En la ceremonia de la *conferratio* existían distintas etapas:

- 1) en la casa paterna se procedía a la entrega de la mujer (*traditio*).
- 2) A continuación la novia y el cortejo se dirigían entonando canciones religiosas a la casa del futuro cónyuge (*deductio din domu*). Allí recibía el agua lustral y el fuego sagrado. Luego se simulaba un rapto debiendo el novio llevarla alzada por debajo del dintel.
- 3) finalmente ocurría la *conferratio* ofreciéndose el *panis farreus*.

### La Coemptio:

Es una compra ficticia de la mujer, con las mismas formalidades que la *mancipatio* y del *nexum*. Gayo expresa “que se conviene la manus por la coemptio por medio de una mancipatio, es decir, una especie de venta imaginaria: en presencia de no menos de cinco testigos, ciudadanos romanos púberes, y de un librepens, aquel que ha convenido la manus compra por medio del bronce del valor de una moneda pequeña” (Institutas, I, 113).

La mujer casada no entra en la familia del marido y sigue perteneciendo a la propia si no se han cumplido ninguna de las dos formalidades descriptas. No obstante esto el matrimonio es plenamente válido y legítimo. Con la diferencia que ni el marido ni su pater familias adquieren la Manus sobre la mujer y esta sigue permaneciendo bajo la potestas de su propio pater.

### Posesión continuada:

Si la mujer ha vivido de hecho durante un año en la casa de su marido sometida a su potestas o la del pater de éste, se verifica legalmente el cambio de familia. Esto recibe el nombre de *usus*, forma que se asemeja a la usucapión o adquisición del dominio sobre las cosas muebles por la posesión continua durante un año.

En el caso de que la mujer quisiera evitar los efectos del *usus* puede antes de cumplirse el año de convivencia, pasar tres noches fuera de la casa del marido con lo que impide que se verifique el cambio de familia.

### Disolución del Matrimonio

El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. También se deshace el vínculo por alguna incapacidad sobreviniente y por la cesación de la *affectio maritalis*.

Las causas sobrevivientes con posterioridad a la celebración del matrimonio son :

*La capititis diminutio maxima y media – y el incestus superveniens –.*

La perdida de la ciudadanía y la libertad también son causas de disolución del matrimonio, debido a que las *iustae nuptiae* son solo entre personas libres y ciudadanas. Sin embargo la pérdida de ciudadanía es abolida por Justiniano como causa de disolución y la deportación que incluye la pérdida de ciudadanía es causal de divorcio pero no produce la disolución por si misma del vínculo matrimonial.

El *incestus superveniens*: se produce en caso de adoptar el suegro a la nuera o al yerno, con lo que desde el punto de vista del parentesco agnaticio vienen a quedar los cónyuges en una situación de hermanos. Esto puede prevenirse emancipando a la hija o al hijo.

### El Divorcio

El matrimonio se disuelve por la falta de *affectio maritalis* en alguno de los cónyuges o en ambos. En eso radica el verdadero divorcio romano, *divortium* o *repudium*, y es una consecuencia del lo esencial del matrimonio, la voluntad cotidiana y continuada de vivir en común; cuando ésta falta el hombre y la mujer no pueden ser considerados como unidos en matrimonio.

El divorcio en si mismo no requiere formas especiales. Es suficiente un aviso verbal o una simple notificación escrita per literas o por mensaje per nuntium.

La ley Iulia establece que el repudio debe hacerse en presencia de siete testigos y un liberto.

En los tiempos primitivos era común que por las costumbres se rechazara el divorcio si no se hacia por motivos probadamente justos.

En los tiempos primitivos por encontrarse sometidas a las manus, las mujeres no tienen la facultad de divorciarse pero en la época final de la República puede obligar al marido a renunciar a la conferratio mediante el acto de la remancipatio o diffarreatio.

Por influencia de la idiosincrasia romana y su concepción del matrimonio, a pesar de la lucha iniciada por los emperadores desde Constantino, el matrimonio indisoluble triunfa recién en la Edad Media.

Con el derecho de Justiniano aparecen:

- el divorcio por mutuo consentimiento: es plenamente lícito
- el divorcio unilateral sine causa: es lícito solo cuando lo es con iustae causae, determinadas por las Novela 117 y siguientes, como las malas costumbres de la mujer, insidias contra el otro cónyuge, adulterio de la mujer, atentado contra la vida del otro cónyuge, etc. El divorcio sin causa no es permitido y como pena implica perdidas patrimoniales, sin embargo a pesar de la pena recibida el divorcio será válido.
- el divorcio unilateral por culpa del otro cónyuge
- el divortium bona gratia (divorcio por causas no imputables a ninguno de los dos cónyuges): es lícito según la Novela 117 en los siguientes casos: a- elección de la vida claustral, b- impotencia incurable y c- prisión de guerra.

Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento. Pero Justino su sucesor lo restaura en la Novela 140, que también forma parte del Corpus Iuris Civilis.

## Conclusión

En resumen la base de la vida romana es la familia. Y en concreto, el matrimonio. Para cualquier romano normal el pragmatismo era parte de su forma de pensar, de manera que el matrimonio no se escapaba de ese utilitarismo.

Los romanos eran institucionalmente monógamos, concibieron las relaciones sexuales continuadas, con voluntad de convivencia y de vida en común, como un contrato, ya no entre dos personas, sino entre dos familias.

Así, hay que distinguir dos acepciones de la palabra “matrimonio”: la celebración y la institución como forma de vida. Siendo en definitiva la familia la base sobre la cual se desarrolla todo pueblo, el matrimonio es el punto inicial de la vida familiar, en un principio estaba permitido el matrimonio solo para ciudadanos romanos entre sí, esto implicaba a los patricios que eran quienes poseían el poder político, económico y religioso, encontrándose del otro lado los plebeyos a los cuales les estaba vedado contraer matrimonio con los patricios. No obstante con el transcurso del tiempo, esto se modifica sustancialmente en principio en el año 445 AC. se deja de lado la prohibición y se produce una especie de igualdad social en este sentido, un poco más adelante en el tiempo en

el año 212 A.C. cuando el emperador Caracalla extiende la ciudadanía romana a todos habitantes del imperio se logra unir con más fuerza estos lazos, entre todos los habitantes del imperio romano.

Teniendo en cuenta que la el matrimonio es lo que logra la mezcla de razas, la fusión de los pueblos en uno, respetando la diversidad, fue en el donde se reflejo lo que caracterizó al Imperio romano la capacidad para ir evolucionando e incorporando al imperio los territorios conquistados, logrando una romanización tan profunda dentro del seno de cada familia de las provincias romanas, y asimismo fortaleciendo sus instituciones propias.