



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“LA INSTITUCION MATRIMONIAL
A LA LUZ DEL DERECHO ROMANO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
ALMA ROSA MEJIA LOPEZ**

MEXICO, D. F.

1985.



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

"LA INSTITUCION MATRIMONIAL A LA LUZ DEL DERECHO ROMANO"

	<u>Página</u>
Introducción.....	1
 <u>CAPITULO PRIMERO</u> 	
<u>ANTECEDENTES DE LA INSTITUCION MATRIMONIAL EN ROMA</u>	
1.1 Consideraciones Generales de la Importancia - Social del Matrimonio en Roma.....	6
1.2 Diferentes tipos de Unión de carácter Marital en Roma.....	26
1.2.1 Iustae Nuptiae.....	27
1.2.2 El Contubernium.....	28
1.2.3 Concubinato en sentido Romano.....	29
1.2.4 Matrimonio Sine Connubium.....	35
1.2.5 Sus diferencias.....	37

CAPITULO SEGUNDO

<u>ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO</u>	
11.1 El Matrimonio en Derecho Romano (Su Definición).....	40
11.2 Los requisitos para contraer Matrimonio.....	47
11.3 Impedimentos para celebrar el Matrimonio.....	53
11.4 Sus efectos jurídicos.....	59

11.4.1	En relación con los Esposos.....	60
11.4.2	En cuanto a los Hijos.....	63
11.4.3	Por lo que se refiere a los Bienes.....	66
11.5	Régimen Patrimonial entre los Cónyuges (La Dote).....	71
11.6	Disolución del Vínculo Matrimonial (El Divorcio).....	89

CAPITULO TERCERO

ANALOGIAS DEL MATRIMONIO EN ROMA CON NUESTRO
CODIGO CIVIL ACTUAL

III.1	Analogías entre el Matrimonio en Derecho Romano y nuestro Código Civil Actual.....	100
III.1.1	En relación con los requisitos para contraer Matrimonio.....	117
III.1.2	Con respecto a los impedimentos para contraer Matrimonio.....	123

CAPITULO CUARTO

ANALOGIAS DE LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL EN ROMA CON NUESTRO CODIGO CIVIL EN VIGOR

IV.1	Analogías de la Disolución del Vínculo Matrimonial en Roma y nuestro Código Civil en vigor..	131
IV.1.1	En cuanto a las causas de Disolución.....	135
	Conclusiones.....	142
	Bibliografía.....	151

I N T R O D U C C I O N

Las diversas investigaciones que he realizado para -- la elaboración de este trabajo, obedecen a dos causas de suma im portancia personal, una de ellas es la de llegar a la meta traza da al inicio de mis estudios tratando de convertirme en una pro fesional del Derecho y así aplicar los conocimientos adquiridos, a posteriori, las que la experiencia me fuere brindando, la ---- otra, es plasmar en esta impresión parte del cúmulo de enseñan-- zas, ideas, criterios, sin excluir el gran acervo cultural, inte lectual y no profesional recibido. En suma, el propósito funda-- mental de este trabajo, es dar a conocer una Institución que des de orígenes muy remotos, en todos los pueblos y civilizaciones - del mundo se ha hecho presente y ha evolucionado, pero al mismo tiempo continua marcando una huella indeleble en la humanidad.

La Institución a que se hace referencia en el párrafo anterior, es la del Matrimonio, y en función de la estructura de nuestro Derecho trataremos desde su concepción hasta su disolu-- ción dentro de la Legislación Romana.

En ese orden de ideas, en primer término observamos - la importancia que tuvo en la Sociedad Romana, considerando los diversos tipos de Matrimonio que se diera en esa época, igual--

mente señalamos las diferencias de éstos con la *Iustae Nuptiae*, - que es la figura que finalmente viene a representar a la Institución del Matrimonio, es decir, la unión justa que asimilaba las formalidades o requisitos indispensables para lograr su váldez.

En el capítulo segundo, presentamos algunas definiciones sobre el Matrimonio, incluyendo su sentido etimológico. En este también nos referiremos a sus requisitos e impedimentos, cuya importancia es definitiva, ya que sin los primeros no se celebraría, ni podría darse un Matrimonio, dando origen de esta forma a los segundos.

Posteriormente, analizamos sus efectos o consecuencias jurídicas, las cuales alcanzan a los hijos nacidos del Matrimonio y a sus bienes. De esta situación se desprende el principio de la igualdad jurídica entre hombre y mujer, es decir, que ambos tienen derechos y obligaciones para sí y para con los hijos. Por cuanto hace a los bienes, hubo épocas en que la mujer gozaba del derecho de propiedad, aunque posteriormente fué el hombre quien gozara de una autoridad inquebrantable, desprendiéndose con el tiempo los deberes y derechos recíprocos de los cónyuges.

En este mismo capítulo, también se menciona la Dote, - la cual fué de gran trascendencia para los romanos, toda vez que la familia de la mujer hacía una donación al futuro consorte. Es-

tas fueron de varias clases.

Para finalizar este capítulo, nos resulta importante -- apuntar la disolución del vínculo matrimonial destacándose la figura del divorcio, como una de las formas usadas en Roma.

En relación al capítulo tercero, hemos pretendido establecer, las analogías que resultan entre la Legislación Romana y -- nuestra Legislación Civil en vigor.

La Institución del Matrimonio actual, comparándola con la de otras épocas, definitivamente ha evolucionado y debemos tomar en consideración que dichos cambios han representado evidentes beneficios para los cónyuges.

Desde luego, que no hay que perder de vista que los cambios o evoluciones efectuadas, conservan en su esencia misma, el espíritu del legislador romano, toda vez que, aún en nuestros días, - tenemos el régimen de los bienes que desde entonces se presentaban con dos alternativas: una de ellas es la mancomunidad, es decir, lo que ahora conocemos como Sociedad Conyugal, y la otra como Separación de Bienes, aspectos que vienen a representar parte de los orígenes de la situación jurídica patrimonial de la mujer, cuando ésta era propietaria, después cuando lo fué el esposo, hasta llegar a -- las dos opciones a que hacemos alusión.

En el capítulo cuarto, hacemos hincapié a las analogías y pequeñas diferencias de la disolución del vínculo matrimonial, la cual como ya hemos señalado, es el divorcio la única forma legal para efectuar la disolución de dicho vínculo, el cual en la actualidad se ha convertido, igual que el pluricitado matrimonio, en una institución de carácter civil.

Finalmente, consideramos también necesario en el presente estudio, mencionar la posibilidad de contraer un segundo matrimonio, que como ya veremos, en Roma si existía dicha alternativa, pero a diferencia de nuestra Legislación Civil actual, el hombre podía, una vez disuelto el matrimonio casarse de inmediato, y hoy en día para ambos cónyuges es preciso dejar pasar un período de tiempo para poder contraer matrimonio nuevamente.

También someto a la consideración del jurado, maestros y compañeros, las conclusiones transcritas al final del presente, deseando que el esfuerzo realizado, represente alguna utilidad en el conocimiento de la materia.

CAPITULO PRIMERO

"ANTECEDENTES DE LA INSTITUCION MATRIMONIAL EN ROMA"

- 1.1 Consideraciones Generales de la Importancia Social del Matrimonio en Roma.
- 1.2 Diferentes Tipos de Unión de carácter Marital en Roma.
 - 1.2.1 Iustae Nuptiae.
 - 1.2.2 Contubernium.
 - 1.2.3 Concubinato en sentido Romano.
 - 1.2.4 Matrimonio Sine Connubium.
 - 1.2.5 Sus Diferencias.

"ANTECEDENTES DE LA INSTITUCION MATRIMONIAL EN ROMA"

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES DE LA IMPORTANCIA SOCIAL DEL MATRIMONIO EN ROMA.

La Institución Matrimonial en Roma fué siempre de suma importancia, ya que todas las personas necesitaban de esta unión - para formar una familia y de éste modo convivir hombre y mujer, pero de esto, siguiendo al celebre autor Ludwing Friedlaender, daremos un bosquejo de como se celebraba y consideraba el matrimonio - romano; podemos decir, que los padres romanos siempre se preocuparon porque sus hijos lograsen un matrimonio que les ofreciera felicidad, asegurando así su vida futura, se acostumbraba que aquellos entregaran a sus hijas al futuro marido antes de los doce años --- (edad en la cual ya se podía contraer matrimonio), sin embargo, no podrían adquirir derechos sobre éstas, sino hasta cumplirlos; había mujeres que llegaban a los veinte años y no habían concebido, a las cuales se les imputaban penas, ya que por disposiciones de - Augusto (emperador romano) se sancionaban el célibato (es decir, - la soltería) y la carencia de hijos (personas a las que se denominaban "orbi"), entonces la edad en que generalmente se contraían - nupcias era a los dieciocho ó diecinueve años. De la voluntad de - los padres dependía muchas veces el futuro de sus hijas, claro que - ésto era normal, porque en ocasiones por casarse a tan temprana - edad era necesaria su intervención o simplemente por ejercer sobre ellas la patria potestad. Por lo cual el matrimonio fué a veces un arreglo entre las dos familias.

Esta Institución fué importante sobre todo para la clase alta, dentro de la cual el padre trataba de escoger a sus hijas un marido de la misma condición social, ya que si ambos tenían fortuna disminuirían los problemas económicos, de aquí podemos pensar que el dinero era en un momento dado, de lo que dependía la elección, asimismo podemos agregar que el rango social o del origen de donde proviniera, era para los cónyuges importante también, esto para el hombre fué un beneficio, porque si la mujer era de la familia de la nobleza le sería útil para sus aspiraciones futuras.

En la sociedad de la Roma Antigua, no existió una relación de noviazgo (que si se dá actualmente), sino que se le consideraba como esponsales (que ya abarcaremos ese tema); no se usó una palabra específica para designar a la mujer, unos le llamaban novia y otros diferente. Sin embargo, el hombre entregaba a su futura esposa (aparte de otros regalos), un anillo de hierro sin piedra, y después le daría uno de oro en prenda de fidelidad, sin que ella se los devolviera, lo que representa ahora el anillo de compromiso; al acercarse la boda, eran dolores de cabeza para los integrantes de la familia, porque tenían que preocuparse por los preparativos nupciales: como la dote, la selección del atavío (oropa) de la servidumbre que seguiría a la novia hasta su nuevo hogar, y desde luego no podía faltar el atavío de la novia, sobre todo cuando se trataba de una familia distinguida, era indispensable que llevara un vestido con perlas y diamantes, aunque las joyas juga

ban un papel corriente entre los regalos de gente de buena posición.

La mujer para despedirse de su niñez daba en ofrenda a los Dioses que velaron por ella, sus muñecas y otros juguetes. Y así llegaba el día de la ceremonia, la madre adornaba a su hija que pronto daría el paso más importante de su vida; además de las joyas que llevaría el atavío, tendría que ponerse un pañuelo de cabeza de forma cuadrada, color fuego, cubriendo todo únicamente dejando libre o al descubierto la cara; desde muy temprano la casa de la festejada se llenaba de amistades y familiares que al mismo tiempo de presenciar la ceremonia, firmaban como testigos del acto.

Las casas de los contrayentes, nos sigue diciendo --- Friedlaender, tenían bastante iluminación sobre todo las vitrinas en donde se encontraban las efigies de sus antepasados. La mujer a quien llamaban madrina acompañaba a la novia y la entregaba a su futuro esposo, ambos se dirigían al altar llevando una ofrenda a los Dioses. En el recorrido por las calles (que se usó con frecuencia) la gente se acercaba para disfrutar del espectáculo, pero cuando se trataba de personas distinguidas celebrando su boda, se levantaban palcos de madera largos para que pudieran apreciar mejor la celebración.

La novia era acompañada a su nuevo hogar cuando empezaba a oscurecer (que para los romanos esto sucedía en cuanto apuntaba en el cielo la estrella vespertina). En ocasiones repartían dinero a los invitados en agradecimiento a su presencia, pero esto traía como consecuencia que el banquete resultara más costoso aún.

Por este motivo algunas personas se casaban lejos del lugar donde radicaban y a este acto se le denominó "casarse en paz de un retiro campestre"; como ejemplo de esto tenemos a Apuleyo y Pudentilia quienes contrajeron matrimonio en Africa.

Es un tanto lógico que la mujer al integrarse con su marido sufriera un cambio brusco, ya que del sometimiento hacia sus padres, pasaría a un estado de libertad (es un decir, ya que hubo épocas en la que estuvo sujeta al marido), pero no cabe la menor duda que fué y es actualmente un horizonte distinto al que se vive antes de casarse, y por tanto las mujeres romanas (y podemos pensar que cualquier mujer sin importar de donde sea originaria) no tenían idea de lo que era la vida matrimonial.

Afirma el autor en cita, que la mujer una vez en el hogar conyugal tuvo una posición totalmente independiente, (situación que fue en sus épocas como ya habíamos afirmado). En Roma al hombre le reconocieron poderes ilimitados sobre los miembros de su

hogar, claro que esto fue decayendo con el tiempo, tanto que a la mujer se le otorgaron derechos sobre los bienes adquiridos en esa unión. Se apreciaban las virtudes de la mujer, por lo que no se le excluía de la vida social, le fue permitido asistir a espectáculos y lugares públicos. Así como también aceptaron las segundas nupcias de éstas con hombres de condición social inferior (teniendo ellas un cargo público) claro que como todo en sus épocas, porque no siempre fué así.

Por último nos señala el autor en cita que, la mujer casada dentro de la alta sociedad fué tratada de manera especial, ya que todas las personas que convivían a su alrededor, sólo tenían atenciones para ella, tanto que de su voluntad dependía el futuro de dichas personas."(1)

Una vez señalada la forma de celebrar el Matrimonio en Roma, pasaremos a estudiar su proceso histórico.

Dentro de la evolución histórica del Matrimonio Romano, podemos mencionar tres etapas características que nos dá el celebre jurista Raúl Lemus García:

(1) Friedlaender, Ludwing. La Sociedad Romana (traducción Wenceslao Roces). 1a. Reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 1984. Págs. 281 a 287.

- 1.- En la primera, el matrimonio normalmente fué acompañado de la manus o cum manus.
- 2.- En una segunda, encontramos que al lado del matrimonio cum manus, esta el matrimonio sine manus.
- 3.- En la tercera, la manus decayó, perdiendo importancia a tal grado que únicamente existió el matrimonio sine manus." (2)

Y así, empezaremos con el estudio de la manus que fué la primera fase del proceso histórico del matrimonio en roma.

La manus fué en Roma considerada como el poder del marido sobre la mujer, al cual denominaban poder marital, conventio in manum o bien manus mariti.

Con respecto a este tema, nos hemos encontrado que varios autores coinciden en cuanto a su definición y a sus formas de origen, sin embargo, hay juristas que agregan algunas cuestiones o definitivamente no están de acuerdo con los demás.

(2) Lemus García, Raúl. Derecho Romano. Editorial Limsa. 1964. Pág. 84.

En principio observaremos al autor Juan Iglesias que nos da un concepto, el cual compartimos, sobre la manus y así tenemos que:

"Es el acto mediante el cual ingresa la mujer a la familia del marido, rompiendo todo lazo de unión con su familia originaria". (3)

La mayoría de los autores afirman que la esposa se consideraba hija (loco filiae) o nieta (neptis filiae), dependiendo de quien fuera el pater familias, que podía ser el propio marido o el pater de éste (por encontrarse en patria potestad).

Ya para terminar el tema de la manus que fué en sus tiempos muy importante, diremos desde nuestro punto de vista que, el poder marital es una de las formas en que se manifiesta el poder de señorío doméstico sobre los miembros de la casa.

La mater familias entra a formar parte de la casa así en lo personal, como en lo patrimonial, como una hija respecto a su marido. Al igual que el hijo, se hallaba sujeta al poder del pater familias, que en determinados casos puede darle muerte y -

(3) Iglesias, Juan. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel. 6a. Edición. Revisada y Aumentada. Barcelona-Caracas-México. 1979. Pág. 547.

hasta incluso venderla como esclava. Sólo la tradición limita estos derechos absolutos del marido obligándole en casos graves, a escuchar el parecer de un tribunal familiar, en estos casos la suerte y la vida de la mujer quedan a merced de los poderes privados del marido y sus familiares.

En relación con sus hijos, desde el punto de vista agnaticio, no es sino la hermana de ellos, puesto que se halla bajo el mismo poder doméstico. La mujer igual que los hijos ocupa el plano jurídico de los súbditos con respecto al pater familias, -- que es el soberano.

Adquirida así la confirmación jurídica, la posición -- que de hecho ocupaba ya la mujer aún en el derecho antiguo, como compañera del marido y copartícipe suyo en la dirección de la casa. Si con anterioridad a su matrimonio era sui iuris porque su padre hubiese muerto, sigue siendolo a pesar de su matrimonio.

El poder marital encierra la antítesis del poder patriarcal, consistente en la prerrogativa que tiene el marido y -- que le dá derecho a exigir que le sea respetada la comunidad conyugal debida, un ejemplo: si un tercero, aún siendo su propio padre y en pleno uso de su poder paterno, retiene a la mujer, el -- marido dispone de un interdicto para recobrarla.

A este efecto se añade el de disponer en todos los --

asuntos referentes a la vida conyugal, como son: la elección del domicilio conyugal, la educación de los hijos, el presupuesto familiar, etc.

Las relaciones familiares dentro del Matrimonio, entrañan poderes de unas personas sobre otras, la mujer siempre sería una figura subordinada, limitada, insuficiente; el marido o el pater sería quien dispusiera de sus bienes, de los hijos y -- hasta de su persona.

Por lo que se refiere a las formas que pueden dar lugar a la manus tenemos tres, las cuales son consideradas así por varios autores como: Rodolfo Sohm, José Arias, Juan Iglesias, -- Guillermo F. Margadant, etc., que son:

1.- La primera forma para poder ingresar a la familia del marido fué la Confarreatio, que era una ceremonia de carácter religioso y que consistía en realizar una ofrenda a Júpiter -- que fué en Roma el Dios del Matrimonio (Flamen Dialis), representado por un sacerdote llamado Flamen, en presencia de diez testigos, en donde los contrayentes tenían que comer un pastel o pan de trigo que los romanos denominaron Panis Farreus y en el cual -- debían pronunciar palabras solénnes.

Sobre ésto nos dice Peña Guzmán Arguello:

"La Confarreatio únicamente se mantenía como requisito indispensable para que ciertas dignidades sacerdotales pudieran -- ser adquiridas hereditariamente por los que nacieran de matrimonio celebrado con dicha formalidad ". (4)

2.- La segunda sería la Coemptio.-Ceremonia menos formal, sin embargo, solémne, en la cual intervenían el pater familias de la mujer y el pater nuevo, bien sea el marido o el pater -- de éste, se dice que era una forma de mancipatio (emancipación) -- aparente, es decir, la compra fingida de la mujer, en la cual se -- preguntaba a los contrayentes si deseaban convertirse en marido y -- mujer. Hasta antes de la época clásica, fue muy usada pero más --- bien pensamos que, se recurría a esta forma buscando finalidades -- distintas de las normales; algunas mujeres celebraban la coemptio -- con el fin de librarse de la carga del culto doméstico; otras para poder testar, algo que hasta la época del Emperador Adriano les es -- taba prohibido, mientras permanecieran en su familia originaria.

3.- Independientemente de las anteriores existió en Roma una tercera forma de adquirir la manus, pensamos que es el procedimiento más antiguo para establecerla, y es el que denominaron usus, el cual consistía en que la mujer cambiaría su condición doméstica al convivir con un hombre, que ejerciera potestad sobre --

(4) Peña Guzmán, Arguello. Derecho Romano. Editora Argentina. 2a. Edición. Buenos Aires, 1966. Pág. 431.

aquella durante un año sin interrupción y ésta hacía nacer a favor del marido dicha potestad; así fué considerado por la mayoría de -- los autores, sin embargo, para el celebre autor Guillermo Floris -- Margadant: "Lo importante no fue el simple transcurso del tiempo, -- sino también que la mujer contara con el consentimiento formal del pater originario o tutor, para conseguir dicho cambio a otra condición ". (5)

El usus, no requería celebración o formalidad alguna, y se consideró legítimo matrimonio ante el Derecho Romano. Cuando la mujer no deseaba la manus, podía interrumpir esta posesión pasando cada año tres noches consecutivas fuera del techo conyugal, a este acto le llamaban los romanos "Trinoctium" (prescripción inscrita en las Doce Tablas).

A la interrupción del plazo anual exigido para el usus se le conocía con el nombre de "Usurpatio".

Podemos admitir fácilmente que este Trinoctium es una interrupción simbólica de la comunidad conyugal; es una simple apariencia sin otro fin que el de impedir que se produzca la manus mariti para que la mujer siga formando parte de su familia agnaticia; por tanto podemos desprender que en Roma existieron dos tipos de matrimonio: el "Cum Manu y el Sine Manu".

(5) Margadant S., Guillermo F. Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. 8a. Edición. México, 1978. Pág. 199.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO CUM MANU

El hecho de que la mujer cayera " in manu ", le traía consecuencias tanto patrimoniales como personales.

Al contraer matrimonio cum manu sale de su familia agnata y entra en la de su marido, se produce por tanto una capitis diminutio mínima por quedar bajo la potestad de éste, si era sui iuris o si acaso era alieni iuris, quedaba bajo la persona que --- ejerciera la jefatura del grupo. Solamente se rompían los vínculos de agnación de la mujer con su familia, no los de cognación.

"Gayo nos cita: Como consecuencia de la organización militar romana, la esposa, al incorporarse al nuevo grupo adquiría la condición de hija, si el marido se encontraba en patris potestate".

(6)

Cuando la mujer era esposa del pater ocupaba el primer lugar después de él, se designaba con el nombre de mater familias, término que fue extendido a toda mujer sui iuris.

La mujer que caía in manu era tratada con menos rigor -- por el pater en relación a sus otros agnados. El esposo no tenía el *ius Vitae et Necis*, solo podía castigarla sujetándose a un consejo familiar que se integraba por los parientes, (del *ius Vendendi*, del *ius Noxae* carecía también).

(6) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 483.

La mujer adquiría los derechos de sucesión unidos a la calidad de hija, y el marido recibía todos los bienes corpóreos e incorpóreos de la mujer sui iuris. Operándose una sucesión inter vivos per universitatem, no incluyéndose ni derechos ni deudas a favor de terceros. En caso de que hubiera perdido nunca su calidad de sui iuris para no burlarlos, ya que el marido no se obligaba por las deudas anteriores de ella, además la mujer no podía adquirir nada en propiedad.

El matrimonio cum manu podemos decir, que es la unión por la cual el marido tenía poder sobre la mujer y esta ya no pertenecía a su familia de origen.

El marido adquiría al desposarse la posesión de todo lo que a ella perteneciera.

Este tipo de matrimonio fué decayendo con el tiempo, ya que el matrimonio sine manu se usó con más frecuencia.

MATRIMONIO SINE MANU.

En este tipo de matrimonio, la mujer no se colocaba bajo potestad marital, el matrimonio se consideraba Justum Matrimonium, - válido para el Derecho Civil, pero la mujer no entraba a la familia agnaticia del marido sino que pertenecía a la suya original, sin salir de la potestad de su padre o de la tutela de sus familiares ag-

naticios.

Cabe aclarar que, según Santa Cruz Teijeiro: "Aún en los comienzos del Imperio, el pater de la mujer casada o quien tuviera la patria potestad, podía exigir la entrega de ésta al marido, esto se lograba mediante el Interdicto de Liberis Exhibendis item Ducendis; por supuesto que no se podían rebasar las líneas, ya que se prestaba para que el padre a la hora que quisiera lo hiciera, sin pensar que estaba disolviendo un matrimonio feliz, y como se puede observar se cometieron injusticias. Para esto Antonino Pío, emperador Romano, le concedió al marido (que carecía de la manus) un Interdictum que denominaron: De Uxore Exhibienda ac ducenda, para defenderse de tal arbitrariedad". (7)

"El Matrimonio Sine Manu, adquirió singular importancia desde los últimos tiempos de la República llegando a ser la típica *Iustae Nuptiae* de Derecho Romano, como consecuencia de que la manus había desaparecido ya en el período Clásico, por no estar en consonancia con las costumbres de la época sucedió".(8)

Sin embargo, tenemos que señalar lo contradictorio de otros autores que no consideran el hecho de que el matrimonio tuviera que acompañarse de la manus, (o sea el sometimiento de la

(7) Santa Cruz Teijeiro, José. Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946. Pág. 26

(8) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 478.

mujer al poder del marido) fuera necesaria la existencia del matrimonio cum manu y el sine manu, ya que el matrimonio tiene una sola figura y que la manus no afectó de ningún modo la esencia -- misma de esta institución por tanto lo único que variaba fué, que la mujer iba a ser uxor in manu o sine in manu conventione uxor.

Cabe hacer mención que en los matrimonios libres (sine manus) fueron considerados ambos contrayentes en igualdad de condiciones dentro del hogar conyugal.

También Max Kaser nos señala algunas cuestiones respecto de la manus, en su obra "Derecho Romano Privado": "menciona -- que la familia romana se caracterizaba por ser en esencia una asociación de personas, en la cual se exigió que la mujer fuera integrante de ella, ya que su categoría de madre y esposa requería de una sujeción al poder del marido, así como también su participación en el culto doméstico. El poder marital como manifestación -- suprema en el hogar conyugal, era una relación jurídica, y los actos que daban origen a la adquisición o pérdida de éste son actos jurídicos; este poder del pater familias fué siempre, valga la redundancia, un poder pleno. El marido podía castigar a la mujer y hasta repudiarla, sin embargo, el marido fué sancionado cuando hiciera mal uso de esos derechos sobre la mujer". (9)

(9) Kaser, Max. Derecho Romano Privado. Versión Directa de la 5a. Edición Alemana (Traducida por Santa Cruz Teijeiro José). Editorial Reus, S.A. Madrid. 1968. Pág. 258.

Dentro de esta institución (manus), ni la mujer ni los hijos tenían capacidad patrimonial y por tanto lo que ella adquiría incrementaba el patrimonio del marido.;

Así mismo, tenemos lo que al respecto nos dice Pietro De Francisci en su libro Síntesis del Derecho Romano: " El matrimonio fué la base de las familias naturales y éste tenía que ser acompañado de la manus, que como ya se dijo fué el sometimiento de la mujer al poder del marido y que (al igual que Juan Iglesias) estas formas no pertenecían a la esencia del matrimonio, ya que éste no requería para celebrarse forma jurídica alguna, esto con excepción de las ceremonias que celebraban la mayoría de los pueblos" (10)

Pedro Bonfante a su vez nos dice: " En cuanto a los -- dos tipos de matrimonio, es decir, el cum manu y sine manu, señala que esta distinción no es romana, y que podría entenderse como una equivocación, ya que el matrimonio es uno solo y que la manus de ninguna manera perteneció a la esencia de aquél ".(11)

(10) De Francisci, Pietro. Síntesis del Derecho Romano. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1954. Pág. 458.

(11) Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. (Traducción de la 8a. Edición Italiana por Luis Bacchi y Andrés Larrosa. Instituto Editorial Reus. Madrid. 3a. Edición. 1965.- Pág. 180.

DISOLUCION DE LA MANUS

Dada la facilidad que como veremos, existió en el Derecho Romano para la disolución del matrimonio por voluntad de los cónyuges, necesariamente tenían que existir expedientes utilizables para extinguir la manus, evitando la anomalía de que disuelto el matrimonio, la mujer continuase como hija o nieta en la familia agnaticia del marido.

"La extinción de la manus no se producía por el sólo hecho de la disolución del matrimonio sino que, por haberse adquirido solemnemente, era menester la realización de un acto conducente a liberar a la mujer de tal potestad". (12)

Los matrimonios celebrados por confarreatio sólo podían disolverse mediante Difarreatio o sea una ceremonia de ofrenda a Jupiter, Dios tutelar del matrimonio, acompañada de "contrariaverba" es decir, contradiciendo las solemnidades de la confarreatio.

En los matrimonios por Coemptio o Usus se disolvía en forma de Remancipatio o venta aparente como esclava, seguida de una Manumissio por el fingido comprador.

Una vez agotado el tema de la manus, seguiremos con los

(12) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 482.

"Esponsales" que es muy importante también para el matrimonio.

Un concepto formal para los Romanos sobre los esponsales es como sigue: "Sponsalia Sunt Mentio et Repromissio Nuptiarum Futurarum"; y del cual podemos decir, que fueron un acuerdo y una promesa mutua de futuro matrimonio, la cual se contraía mediante estipulaciones mutuas en los que eran partes el pater familias de la novia, su futuro marido y el pater familias de éste.

En tiempos antiguos los esponsales como ya se dijo, se contrajeron por estipulaciones mutuas entre las partes o sponsiones (denominados así por los romanos), y de aquí el nombre de " sponsalia " para la promesa matrimonial, en la cual el hombre era " sponsus " y la novia " sponsa ".

Se ha probado que primitivamente la sponsio era celebrada en forma solemne, de tal manera que, si se incumplía la obligación se podía exigir judicialmente el pago de una suma de dinero, pues los esponsales constituían un verdadero contrato. Sobre lo cual Sabino Ventura nos dice:

" En caso de incumplimiento de tales convenios, daba lugar al ejercicio de la Actio Ex Sponso " . (13)

(13) Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. 5a. Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. Pág. 105.

Entonces podemos decir, que antes se tenía que pagar - una suma de dinero para poder celebrar los esponsales, pero con - el paso el tiempo solo bastaba con el simple acuerdo de volunta- des, que celebrarían en forma oral o si se quería escrita, entre- personas presentes o también ausentes. Pero ésto no significaba - que ya no se sancionara el incumplimiento del acuerdo, sin embar- go, se podía deshacer del compromiso con una simple expresión. O- sea, expresar su negativa a dicho compromiso.

Cayó pronto en deshuso la posibilidad de pedir judi- cialmente el cumplimiento de esta promesa, pues el vínculo que na- cía, en el Derecho Clásico era puramente ético y no obligaba a ce- lebrar el matrimonio.

Entre los requisitos e impedimentos que existen, encon- tramos todos los aplicables al matrimonio, ya que la finalidad de éstos es aquél; por lo que toca a la capacidad de los novios, no- se les exigía que hubiesen alcanzado la pubertad. Justiniano esta- bleció la edad de siete años cumplidos para poder contraer los -- sponso.

En cuanto al consentimiento, el del novio fué necesario aún en el caso de que fuesen celebrados los esponsales por los pa- dres; del consentimiento de la mujer se dice que ésta se reputa - consentidora, si calla, es más, el pater familias puede desposar- la sin su consentimiento con la condición de que el novio no sea-

persona torpe.

La mujer debe cumplir lo que imponga el pater familias.

Nada se opone a que la viuda dé su promesa de matrimonio aún antes de cumplir los doce meses de viudez c elibe, no existe inconveniente para que se señalen condiciones o términos, la fijación de plazos o condiciones no vicia los esponsales.

Los efectos jurídicos de los esponsales eran secundarios, impedian la celebración de otro matrimonio u otros esponsales, en caso de no haber disuelto el vínculo anterior; el novio tiene la acción de injurias si se comete ofensa a la novia y el asesinato de la esposa, esposo o suegros por alguno de ellos, se sancionó por la Ley Pompeia De Parricidis.

El derecho postclásico acoge una institución oriental, denominada arras esponsales; habiéndose cambiado las arras, aquél que sin justa causa, dejara incumplida la promesa, pierde éstas y debía devolver el cuádruplo de las que recib o. En cuanto a los regalos, en época de Constantino se dispuso que en caso de incumplimiento se pudiera pedir la devolución de los que hubiese cruzado entre ellos, aún cuando tales donaciones no estuvieren ligadas a la obligación del matrimonio.

Este derecho de devolución se rehusó a la parte por cuya voluntad el matrimonio no tiene lugar. La esposa que no hubiere

recibido el beso esponsalicio, no tenía más que la obligación de restituir la mitad.

Aparte de muerte o aparición de cualquier otro impedimento, podían disolverse, no sólo por el mutuo disentimiento sino por voluntad de una sola de las partes (repudio).

Hemos visto que los efectos de esta figura fueron más éticos que jurídicos y en caso de incumplimiento las sanciones recibidas serían pecuniarias, nunca se obligó a cumplir con la promesa dada, pues la finalidad de éstas era la celebración del matrimonio y ésta era eminentemente consensual. Aunque la mujer se le podía obligar en el caso de ser *Fili Falimias*, ya que el pater tenía toda la autoridad sobre ella.

1.2 "DIFERENTES TIPOS DE UNION DE CARACTER MARITAL EN ROMA"

Como hemos comentado, la Institución del Matrimonio -- fué muy importante, sin embargo, existieron también, otras uniones de carácter marital, sin ser consideradas como matrimonio, -- únicamente admitidas por el Derecho Antiguo como uniones simplemente, entre estas tenemos a la *Iustae Nuptiae* de la cual nos ocuparemos en particular más adelante. También se admitió como unión marital el que denominaban *contubernium* del cual se ha sabido muy poco y que estudiaremos en otro subtema.

Así mismo, nos encontramos con el concubinato, unión -

de la cual tenemos mayor información, ya que como se sabe aunque no fué un matrimonio en sí, ahora, con el paso del tiempo ha producido - efectos jurídicos y del cual hablaremos después.

Señalaremos también en su oportunidad la unión marital -- Sine Connubium, del que tampoco se tienen datos, pero trataremos de enfocarlos, lo más posible ya que es muy interesante.

Con respecto a este tema D'Pietro en su Manual de Dere--- cho Privado, señala otro tipo de unión denominado por los Romanos, "Matrimonio Peregrino, que fué la unión entre peregrinos o un peregrino y una ciudadana, quienes gozaban mutuamente de connubium, -- sin embargo, no produjeron los mismos efectos o posibles consecuencias del matrimonio tipo". (14)

Podemos decir, siguiendo al autor en cuestión, que los - hijos nacidos de éstos, contaban con el status civitatis del padre, desde el momento de engendrarlos; y se sujetaban a las normas jurídicas que regían en la comunidad peregrina del padre.

1.2.1 " IUSTAE NUPTIAE "

En los textos Romanos de la denominaba Iustae Nuptiae o Iustum Matrimonium, al Matrimonio Legítimo, en el cual, el varón - toma el nombre de "vir" y la mujer de "uxor".

(14) D'Pietro, Alfredo. Manual de Derecho Romano. Cooperadora de - Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1976. Pág. 374.

" El matrimonio fué la base y fundamento de la familia romana". (15)

Fueron en Roma consideradas de gran importancia las --
Iustae Nuptiae.

En la mayoría de las naciones fundamentalmente son dos las finalidades de la unión matrimonial:

a) La ayuda mutua que se deben ambos cónyuges en forma total y permanente, y;

b) Perpetuar la especie, mediante la procreación y educación para la vida de las nuevas generaciones.

OTRAS UNIONES LICITAS.

1.2.2 EL CONTUBERNIUM .

Uno de los tipos de unión marital, es el contubernium- del cual no hay mucho que decir, sin embargo, de varios autores - como: Rodolfo Sohm, Santa Cruz Teijeiro, Sabino Ventura, Lemus -- García, etc., hemos desprendido lo siguiente:

El contubernium fue en Roma la unión permanente entre- esclavos o entre esclavo y persona libre. Este tipo de uniones, - fueron aceptadas, ya que a los dueños les favorecía en virtud de- que en esa forma se iniciaban verdaderas familias serviles; sin - producir ningún efecto jurídico.

(15) Lemus García, Raúl. ob.cit. Pág. 83.

Los hijos siguieron la condición de la madre siempre; a los que se les denominaba " Liberis Naturalis ".

Cuando un esclavo adquiría la libertad tenía prohibido contraer matrimonio a consecuencia del parentesco de sangre originado por el contubernium. Así también, cuando el padre o los hijos esclavos alcanzaban la libertad se les otorgó un Derecho Sucesorio.

El Derecho Antiguo en un tiempo no reconoció ningún parentesco entre esclavos, ni aún el natural. Sin embargo, para principios del Imperio se admitió una especie de cognatio servilis entre el padre, la madre y los hijos por un lado y entre hermanos por otro, ésta cognatio tenía por objeto impedir entre éstas personas, hechas libres por manumisión que contrajesen matrimonio, de modo contrario, atentarían contra el derecho natural y la moral.

1.2.3 " CONCUBINATO EN SENTIDO ROMANO "

Otra de las Uniones lícitas existentes en la Roma Antigua es el concubinato; y para comenzar su estudio daremos un concepto muy especial, siguiendo las enseñanzas de varios autores:

" Concubinato es la unión de orden inferior, permanente entre personas de distinto sexo, sin la intención de considerarse como marido y mujer (sine animus matrimonii o affectio maritalis), y con el fin de llevar una comunidad de vida sexual, no reconocida como matrimonio "

El concubinato es considerado de condición inferior al matrimonio. Sin embargo, podemos decir que es un especie de matrimonio sin serlo ya que, aquél carece de la *affectio maritalis*, la cual es indispensable para que el matrimonio tenga lugar.

Esta Institución no fué prohibida por la Ley porque con el tiempo fué reconocida por la Legislación Imperial. Y así a partir de Augusto, se consideró como unión legítima entre hombre y mujer, pero no así los hijos de dichos individuos.

La Leyes Matrimoniales de Augusto, fueron una ayuda para esta unión; como la *Lex Iulia et Papia Popaea* que prohibió el matrimonio con mujeres de baja condición, permitiendo así el nacimiento de una unión con este tipo de mujeres, es decir, el concupbinato.

La *Lex Iulia de Adulteris* declaraba ilícitas las uniones extraconyugales calificándolas de *stuprum*, delito sancionado con penas muy severas, como la confiscación de mitad de los bienes; castigaba todo comercio con mujeres fuera de las *Iustae Nuptiae*, - haciendo una excepción a favor de la unión duradera llamada Concupbinato.

Justiniano le otorgó al concubinato un trato favorable.

El concubinato era sólo permitido entre personas púberes, esto es, que alcanzaran la edad de la pubertad. Sólo podían te

ner una sola concubina y únicamente no habiendo mujer legítima.

Esta unión se escapaba de las prohibiciones de las *Iustae Nuptiae*, ya que el consentimiento del *pater familias* no era necesario.

Inicialmente el concubinato no producía ningún efecto comparable al matrimonio; y se practicaba entre personas *sine concubium*, posteriormente se permitió con mujeres de cualquier condición, si bien tratándose de mujer ingenua que debía declarar expresamente su voluntad de descender a concubina, de no ser así caía dentro del Derecho Penal, ya que se cometió adulterio.

Dentro de ésta no se constituía dote.

Esta unión extramatrimonial no engendraba la relación paternal, ya que los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos pero no están sometidos a la autoridad del padre y nace *sui iuris*.

A los hijos nacidos dentro de ésta unión se les denominó "*Liberis Naturalis*", que se distinguían de los llamados "*Vulgo Concepti*", los cuales sí eran susceptibles de legitimación. Pero sus derechos sucesorios los tenían un tanto limitados, aún cuando no fueran legitimados, o sea que no adquirían la potestad del padre.

La mujer concubina no gozaba de los privilegios de la mujer casada en matrimonio, ya que no compartían el rango ni la posi-

ción social del hombre concubino.

Fue en Roma muy frecuente el concubinato sobre todo entre las personas que por alguna circunstancia no podía contraer -- *lustae nuptiae*; por lo que a la Institución en cuestión también le denominaron los romanos " *Inadecuale Conjugium* ".

Se dió mucho la relación de concubinato entre un hombre y una prostituta; una liberta o una mujer de baja extracción; un senador o una libertina; gobernadores con mujeres de las provincias regidas por ellos.

"Santa Cruz Teljeiro José, nos señala que la mujer libre que se unía en concubinato con su patrono, podía en el momento que quisiera abandonarlo, que no sería posible si estuviera casada en matrimonio." (16)

En el caso de que una mujer honesta quisiera unirse en concubinato, se requería una declaración expresa y solémne, que la mujer estuviera de acuerdo en perder su *extimatio* que significaba: la pérdida de su propia estimación. Ya que en caso de no realizar la declaración cometería el delito de *adulterium*.

Esta relación de hecho, ya que no fué prohibida por la Ley, ni reprobada por la sociedad romana tuvo un gran desarrollo a partir de las Leyes de Augusto ya mencionadas.

(16) Santa Cruz Teljeiro, ob. cit. Pág. 56

Más tarde también, el concubinato se equiparó tanto al matrimonio que se le reconocieron, aún siendo inferior, efectos jurídicos, así como requisitos indispensables para contraerlo.

Hay autores como: Sabino Ventura, D'Pietro Alfredo, -- Juan Iglesias, Guillermo F. Margadant, etc., que consideran que en Roma no se aceptó que se estuviera casado y a la vez tener concubina, ni tampoco tener varias concubinas, en un mismo tiempo. Es decir, que fué monogámico el concubinato también.

Ampliando un poco este tema señalaremos lo que al respecto nos dice Ludwing Friedlaender: "que en la Antigua Roma las mujeres de rango senatorial, se unían en concubinato con hombres libertos, ya que no perdían su condición social. Y a la inversa, -- los hombres de rango senatorial no podían contraer matrimonio con mujeres libertas, aunque se llegó a admitir que el amo o patrono las elevará de condición social." (17)

En referencia a lo que el autor Santa Cruz Teijeiro, nos señaló en párrafos anteriores, sobre la liberta unida en concubinato con su patrón, Ludwing, menciona que la mujer liberta casada en matrimonio con su amo o patrón, no podía divorciarse sin el consentimiento de éste, lo que siguió rigiendo aún en el Derecho Justiniano.

(17) Ludwing Friedlaender. ob. cit. Pág. 287.

Esta Institución fué prohibida en un tiempo expresamente por los Emperadores Basilio y León (llamado el filósofo). Y ya antes lo había sancionado; sin embargo, no fué respetada dicha disposición, tanto que en la actualidad es aceptado y ha evolucionado bastante.

Por tanto un ciudadano podía elegir dos clases de uniones cuyas consecuencias son diferentes, si quiere desarrollar su familia civil, *contrae iustae nuptiae*, que le dará hijos bajo su autoridad, ahora, si quiere dejar fuera de su familia a los hijos de la mujer con quien se unió, toma entonces una concubina y a su vez los hijos toman el nombre de hijos naturales, a los que se les fueron reconociendo derechos.

Max Kaser menciona los efectos jurídicos aunque reducidos que pudo tener el concubinato en la Roma Antigua que son:

- 1.- Estos efectos fueron insignificantes por lo que se refiere a las personas y los bienes de los concubinos.
- 2.- Sin embargo, en relación a los hijos, se les reconoció un vínculo de cognación con la madre que -- después se extendió al padre, por que como se sabe fueron considerados hijos naturales y no legítimos.
- 3.- Se les extendieron derechos, como el sucesorio, -

de alimentos, etc., así como adquirir la legitimación, en el caso de que los padres contrajeran matrimonio justo.

4.- En cuanto a los derechos sucesorios fué sobre la herencia paterna.

5.- La mujer fué considerada y recibió el trato de concubina y no de uxor (como en el matrimonio); y se le otorgaron derechos sucesorios también, aunque - un poco limitados ". (18)

" MATRIMONIO SINE CONNUBIUM "

Como ya habíamos señalado del matrimonio sine connubium tenemos muy poca información, tal vez por que no se le dió tanta importancia como a las iustae nuptiae, sin embargo, varios autores afirman que a éste se le denominaba también por los romanos " Matrimonio de Derecho de Gentes ".

El concepto que hemos considerado más completo es el siguiente: " Es aquél que se celebraba entre personas, en donde una de las cuales no tenía el ius connubium o ninguna de las dos ". Es decir, el matrimonio celebrado entre dos peregrinos o un peregrino y una ciudadana romana.

Esta unión no se consideró ilícita y constituía matrimonio válido, aunque sin producir los efectos de las iustae nuptiae.

(18) Kaser Max. ob cit. Pág. 265.

Los hijos nacidos eran cognados de la madre y de los parientes maternos, nacían *sui iuris* y casi siempre peregrinos - a causa de la Ley Minicia. El marido puede perseguir el adulterio de la mujer, adquiriendo autoridad sobre los hijos ya nacidos.

El matrimonio *sine connubium* podía transformarse en *iustiae nuptiae* mediante dos situaciones:

1.- Causae Probatio.- Esto sucedía cuando un esclavo - por ser manumitido antes de los treinta años, se volvía latino - según la Ley Aelia Sentia; pero si se casaba con una ciudadana latina en presencia de siete testigos, asegurando que lo hacía - para tener hijos, y así, cuando su hijo cumpliera un año se presenta ante el magistrado probando la existencia de tal hijo, podía hacerse ciudadano extendiéndose dicha ciudadanía a la mujer - y al nacido en caso de no tenerlo y por tanto se convertía en legítimo matrimonio.

2.- Por erroris causae probatio.- Se presentaba cuando un ciudadano (*civis*) se equivocaba al casarse creyendo que su cónyuge tenía el *connubium*, cuando en realidad era una latina -- (o sea, sin *connubium*). Pero si probaba su error esa unión se -- transformaba el matrimonio legítimo.

Este tipo de matrimonio estuvo regido por el Derecho de Gentes; o por el Derecho que se encontrara vigente en la ciu-

dad a la que pertenecieran los contrayentes.

Este matrimonio se fue haciendo un poco raro con la ex tención del derecho de ciudadanía.

1.2.5 SUS DIFERENCIAS .

Consideramos necesario señalar las diferencias de los distintos tipos de matrimonio para ampliar los anteriores temas.

Tenemos que las justae nuptiae se diferencian del concubinato, primero porque en el matrimonio se cuenta con el animus mariti o affectio maritalis y en el concubinato no se tenía dicho ánimo; por consiguiente el concubinato no tuvo, ni tiene las consecuencias jurídicas aplicables a las justae nuptiae. Es decir, - que el Concubinato siempre fue de orden inferior al matrimonio.

" Antes de Justiniano, se presumía que existía Matrimonio, cuando los esposos eran de la misma condición social y Concubinato cuando su condición era diversa. " (19)

Respecto de la diferencia entre las justae Nuptiae y - el Matrimonio Sine Connubium, estriba en que en la primera existe una unión justa y legítima regulada por el Ius Civile, y el segundo a parte de ser regulado por el Derecho de Gentes, aunque no -- ilícito y sí válido fué calificado de injusto y no estuvo recono-

(19) Lemus García, Raúl. ob. cit. Pág. 98

cido por el *Ius Civile*. Así como también que las personas que con trajeran Matrimonio justo, forzosamente tenían que contar con el *Ius Connubium* y el otro, todo lo contrario, ya que fué la unión - entre personas que no tenían el *Connubium* o al menos alguna de -- ellas carecían de él.

En relación a la diferencia entre las *Iustae Nuptiae* y el *Contubernium*, pensamos que lo más importante es que fué la --- unión entre esclavos, regularmente entre libre y esclavo, y nos - damos cuenta de tan grande distinción, ya que en el Matrimonio -- justo, uno de los requisitos es que hombre y mujer fueran ciudad nos romanos libres y por tanto el *Contubernium* fue desprovisto de toda consecuencia jurídica. Sin embargo, fué aceptado.

CAPITULO SEGUNDO

"ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO

EN EL DERECHO ROMANO"

- 11.1 El Matrimonio en Derecho Romano. (Su Definición).
- 11.2 Requisitos para contraer Matrimonio.
- 11.3 Impedimentos para celebrar el Matrimonio.
- 11.4 Sus efectos jurídicos.
 - 11.4.1 En relación con los esposos.
 - 11.4.2 En cuanto a los hijos.
 - 11.4.3 Por lo que se refiere a los bienes.
- 11.5 Régimen patrimonial entre los cónyuges. (La Dote).
- 11.6 Disolución del vínculo Matrimonial. (El Divorcio).

"ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO"

11.1 "EL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO"
(Su Definición).

Ya señalamos en el capítulo anterior que esta institución fué muy importante en la Roma Antigua y por tanto comencaremos a hablar del Matrimonio en sí, sus elementos y características. En principio daremos las siguientes definiciones que nos dan algunos autores:

"El Matrimonio Romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea, de procrear hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos". (20)

Modestino nos dá una definición muy completa:

"Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omni vitae divini et humani juris communicatio", que quiere decir: "las nupcias son la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, participación del derecho divino y humano". (21)

(20) Bonfante, Pedro. ob. cit. Pág. 180.

(21) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 547.

" El matrimonio es la convivencia del hombre y la mujer con la intención de ser esposo y esposa, de tener hijos y constituir una sociedad íntima y perpetua." (22)

Como observamos las definiciones anteriores son un tanto diferentes, pero con el mismo sentido. Trataremos de analizarlas.

El matrimonio es la base y fundamento de la familia romana, en donde al hombre se le denomina " Vir " y a la mujer " Uxor ".

" El matrimonio tiene dos finalidades fundamentales: una, la ayuda mutua que se deben los cónyuges en forma total y permanente; y otra, perpetuar la especie mediante la procreación y educación para la vida de las nuevas generaciones ". (23)

Juan Iglesias al respecto nos dice: " El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia cónyugal y en la affectio maritalis. No es necesario, por lo demás una convivencia efectiva; el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando los dos se guarden la consideración y respetos debidos (honor matrimonii)." (24)

(22) De Francisci, Pietro. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1954. Pág.458.

(23) Lemus García, Raúl. ob. cit. Pág. 83

(24) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 547.

Como prueba de que dicha convivencia no se consideraba de manera material, sino ética, la encontramos, en que el matrimonio puede celebrarse aún cuando el cónyuge esté ausente, entrando la mujer a la casa de aquél (deductio in domum mariti), empezando así una vida en común. Sin embargo, no podía celebrarse el matrimonio si la mujer se encontraba ausente.

Desde luego que aparte de este elemento debería prevalecer el de la intención, que fué denominado por los romanos "affectio maritalis".

Claro que en el matrimonio romano la intención o consentimiento tenía que ser permanente y duradero. Y lo que es más, no estuvo sujeto a ningún tipo de formalidades, las cuales si son necesarias para un matrimonio hoy en día.

Existieron sin embargo, los Pacta Nuptialia, que eran los pactos nupciales que se acostumbraba redactar por escrito, pero de ningún modo afectaba al matrimonio.

Justiniano para comprobar la existencia de un matrimonio entre personas de alto rango, instituyó el llamado instrumento dotal, que sería el único medio.

Respecto a la definición que nos dá Modestino, Sabino Ventura hace la crítica siguiente:

" Consortium omnis vitae, no quiere decir, que el ma-

rimonio sea indisoluble sino que alude a una nota subjetiva, referida al ánimo de los que se unen en matrimonio; es decir, que esa unión no la hacen en forma temporal pues de lo contrario, dicha -- frase estaría en contradicción con la posibilidad de divorcio, que siempre existió en el Derecho Romano.

La parte final de la definición: *divini et humani iuris communicatio*, es poco exacta, porque el matrimonio no supone ni -- igualdad de culto, ni comunidad de bienes entre los cónyuges ".(25)

Si falta la intención de ser marido y mujer cesa el matrimonio o simplemente no existe.

El matrimonio romano fué siempre monogámico y le fue reconocido su alto valor social.

Un concepto muy completo y el cual compartimos es el -- que nos dá Santa Cruz Teijeiro y es como sigue:

" El matrimonio del primitivo Derecho Romano es un acto o hecho jurídico por virtud del cual una mujer *sui o alieni iuris* sale de la familia originaria, ingresando en otra distinta, en condición de sometida al poder del marido y con la función de procrear para el jefe de la nueva *domus* o para una persona libre sometida a la potestad de éste, una descendencia legítima ". (26)

(25) Ventura Silva, Sabino. ob. cit. Pág. 100.

(26) Santa Cruz Teijeiro, José. ob. cit. Pág. 25.

" Los juristas clásicos entienden, que existe el estado social de matrimonio, con las conexas consecuencias jurídicas, --- cuando un hombre y una mujer libres que tienen *connubium* mutuamente - es decir, capacidad reconocida por el *ius civile* de constituir -- entre ellas una relación de *Iustae Nuptiae* - y que no tienen impedimentos legales, establecen una relación de convivencia con la efectiva intención y continua voluntad de permanecer unidos como - marido y mujer ". (27)

El matrimonio celebrado puede cesar a falta de los dos elementos esenciales que son la *affectio maritalis* y el honor *matrimonii* (independientemente de los requisitos necesarios para su existencia), y así, presentarse la disolución de aquél y por tanto el divorcio (tema que abarcaremos en este capítulo).

Haremos un breve comentario respecto de la palabra matrimonio.

Este término proviene del latín: *Matrimonium, Matris*, - Madre o *Monun*: cargas; o sea, que el significado etimológico de éste, parece comprender las cargas de la madre.

Dentro de la hipótesis que existe para desentrañar el sentido etimológico de la palabra matrimonio, está la que conjuró la terminación *Matrem - Muniens*, que por revelar una idea de más contenido sociológico, tiene una inspiración en la defensa y protección de la madre.

(27) D'Pietro, Alfredo. ob. cit. Pág. 369.

Mencionaremos por último la legislación de Augusto, que pensamos importante destacar. Esta legislación sobre el matrimonio ocupa un lugar prominente, y con el fin de acrecentar la población, mermada por tantas guerras y dar por terminada la corrupción de -- las costumbres.

" El Emperador estimó como tarea primordial el elevar - bajo nivel a que las costumbres habían llegado, de tener el descenso de la población romana y corregir la vida licenciosa que se había adueñado de las altas capas sociales, y en una palabra terminar con horror que inspiraba el matrimonio y la procreación de prole numerosa ". (28)

Fueron emitidas por Augusto multitud de Leyes con este fin pero tuvo que abandonar algunos proyectos. Sin embargo, la Lex Iulia de Maritandis Ordinibus del año 18 a.c. y la Lex Pappia Poppea del año 119 d.c., sí tuvieron gran importancia en Roma.

La Lex Iulia establece que los romanos mayores de 25 -- años y menores de 60, y las mujeres entre los 20 y 50 años tienen obligación de contraer matrimonio.

La Lex Pappia Poppea ordenaba además que en caso de que

(28) Jors, Kunkel. Derecho Privado Romano. Editorial Labor. Barcelona. 1965. Pág. 390.

se hubiese disuelto el matrimonio por divorcio, los hombres se tenían que casar inmediatamente; a las mujeres se les concedía un --plazo de diez meses o de dos años respectivamente, según fuese viuda o divorciada el cual tenían que respetar.

En favor de quienes cumplían estas leyes se les otorgaban diferentes beneficios como: queda libre de tutela la mujer que goza del *ius Liberorum*, es decir, la ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro; se les exime de munera a quien tenía tres hijos en Roma, cuatro en Italia y cinco en provincia.

A las que no se casaran (célibes - solteras) eran --sancionadas con la incapacidad y sus bienes pasarían a los herederos que podrían ser los padres o en su defecto el fisco. También --se castigó a las personas que no tuvieran hijos es decir, la no --procreación (orbi).

Existieron ciertos impedimentos para evitar la mezcla --de clase de los ciudadanos especialmente de la nobleza senatorial-- para que se conservara pura; las libertas, artistas, o hijos de artistas, no debían contraer matrimonio con senadores o con sus descendientes.

A los ciudadanos ingenuos se les prohibía contraer nupcias con alcahuetas, adúlteras, flagrantes, prostitutas y mujeres de baja condición. No se sancionó con la nulidad del matrimonio, y se consideró un matrimonio *iustum*, por tanto producía sus efectos normales.

Como podemos observar Augusto Emperador Romano, se preocupó por reglamentar esta Institución, situación que consideramos muy importante.

11.2 "LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO"

En Roma se exigía que los contrayentes cumplieran con diversos requisitos para celebrar una *Iustae Nuptiae* adquiriendo la condición de esposo y esposa (*Vir et Uxor*).

A estos requisitos también podríamos denominarles condiciones de validez. Esto es, que sin las cuales no podría llevarse a cabo un matrimonio. La mayoría de los autores coinciden en que los requisitos son cuatro y que mencionaremos en seguida:

- 1.- Pubertad de los esposos.
- 2.- Consentimiento de ambos cónyuges.
- 3.- Consentimiento del Pater Familias.
- 4.- Connubium.

1.- Pubertad de los esposos.- A este requisito también se le conoció con el nombre de Idoneidad Física.

Pubertad, es la edad en que las facultades físicas de hombre y mujer están suficientemente desarrolladas para realizar el principal objetivo del matrimonio que es: perpetuar la especie, es decir, tener hijos para que integren la familia.

Como podemos observar Augusto Emperador Romano, se preocupó por reglamentar esta Institución, situación que consideramos muy importante.

11.2 "LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO"

En Roma se exigía que los contrayentes cumplieran con - diversos requisitos para celebrar una Iustae Nuptiae adquiriendo - la condición de esposo y esposa (Vir et Uxor).

A estos requisitos también podríamos denominarles condi ciones de validez. Esto es, que sin las cuales no podría llevarse - a cabo un matrimonio. La mayoría de los autores coinciden en que - los requisitos son cuatro y que mencionaremos en seguida:

- 1.- Pubertad de los esposos.
- 2.- Consentimiento de ambos cónyuges.
- 3.- Consentimiento del Pater Familias.
- 4.- Connubium.

1.- Pubertad de los esposos.- A este requisito también - se le conoció con el nombre de Idoneidad Física.

Pubertad, es la edad en que las facultades físicas de - hombre y mujer están suficientemente desarrolladas para realizar - el principal objetivo del matrimonio que es: perpetuar la especie, es decir, tener hijos para que integren la familia.

En un principio la edad del púber se fijó para las mujeres a los doce años y para los hombres a los catorce, aunque algunos jurisconsultos exigían que además de cumplir esa edad, contarán con un desarrollo físico suficiente.

"Sobre la pubertad Pomponio nos dice: "La Legislación Romana en apoyo de la Institución Matrimonial no aplicó este requisito con un criterio riguroso, porque reconoció validez a esta unión, aunque se hubiera realizado sin que el hombre fuera púber o la mujer núbil siempre que la convivencia subsistiera después de que el cónyuge incapaz hubiere llegado a la edad legal." (29)

Este primer requisito lo podemos entender como la capacidad natural para estar en posibilidad de contraer nupcias.

Para saber cuando un hombre llega a la pubertad, el padre de familia le hacía un exámen corporal al hijo, y así, encontraba las señales de la pubertad. A este examen se le denominó por los romanos " *inspectio Corporis* ".

Por tanto los impúberes no podían contraer matrimonio - hasta llegar a la edad necesaria o bien establecida, es decir, tener capacidad sexual.

(29) Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. 9a. Edición Francesa. Traducida por D. José Fernández González. México. Pág. 105.

Existieron gentes que no podían contraer matrimonio - válido, como los enfermos mentales y los castrados; esto fué establecido en el período postclásico.

2.- Consentimiento de ambos cónyuges.- El consentimiento de los esposos debía ser manifestado por libre voluntad y exento de error esencial. Si faltaba la libertad de expresar el consentimiento no se nulificaba el acto, solo se daba derecho a la víctima del dolo o violencia, que impidiera su libre determinación, a pedir la rescisión del mismo. No se regularon en Roma las consecuencias de los vicios del consentimiento en el matrimonio, tal vez por ser de relativa importancia ya que se les daba la oportunidad de disolver el vínculo matrimonial.

Si el vicio del consentimiento versaba sobre la persona de uno de ellos, el acto era nulo, como también si se manifestaba simuladamente.

El loco o demente, no podía contraer nupcias mientras estuviera en ese estado, pero podía casarse en un intervalo lúcido. Contraído el matrimonio no se disolvía por la locura que viniera después; no es válido el matrimonio en Roma si se contrae con violencia, engaño o miedo.

3.- El consentimiento del Pater Familias.- Igualmente necesario fue el consentimiento previo del pater familias. Las personas sui iuris, podían casarse libremente. Pero si alguno de-

ellos o ambos eran Alienj iuris podía darse el consentimiento en forma expresa o tácita, pero forzosamente por el pater, aún después de realizado el acto en cuyo caso se convalidaba la unión en el momento en que el pater prestara su conformidad; debía ser otorgado el consentimiento de la autoridad paterna, como derecho de que está investido el jefe de familia. El consentimiento de la madre no se exigió pues ella estaba exenta de autoridad.

" La intervención del Pater Familias en el matrimonio de sus hijos fue una derivación de los amplios poderes que guardaba la patria potestad; tanto que les imponían marido a sus hijas, que se derrumbaba a menos que esta probara que el hombre elegido era de conducta regular." (30)

Cuando el Pater tenía motivos justificados, podía oponerse a las nupcias de sus hijas.

En un principio si el jefe de familia sufría de locura, se hallaba cautivo, o bien ausente, rehusará otorgar el permiso, el hijo no podía contraer nupcias. Pero después, la Lex Iulia de Maritandis Ordinibus estableció una dispensa excepcional permitiendo casarse al hijo, en caso de negativa injustificada del padre, acudiendo al magistrado para que autorizara dicha unión. Así, también éste otorgaba autorización para casarse supliendo la voluntad del Pater, en caso de que estuviera ausente o se hallare cautivo, al igual que si se encontrara en estado de demencia o idiota (30) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 485.

tez. En el bajo Imperio, una vez desaparecida la tutela perpetua, se estableció para las mujeres que se les otorgara el consentimiento por parte del padre, la madre o de sus parientes más cercanos, para unirse en matrimonio, y que tenía que ser antes de los veinticinco años.

4.- *Connubium*.— El *Connubium* o capacidad jurídica podemos entenderlo como la aptitud conforme a derecho para poder contraer matrimonio legítimo. Esto es, que los contrayentes debían gozar del *Ius Connubii* o sea, la capacidad legal para contraer *Iustae Nuptiae*; para disfrutar de este derecho se requiere que los contrayentes sean personas libres.

En el derecho antiguo están privados de *connubium*, los esclavos, los latinos coloniales peregrinos y los latinos iunianos.

A este requisito se le denominó también capacidad civil, y gozaban de ella sólo los ciudadanos romanos (en un principio sólo los patricios).

Los extranjeros o peregrinos no gozaban de ella y sus uniones se consideraban "*iniustae nuptiae*".

La incapacidad para contraer matrimonio fué desapareciendo con el tiempo respecto a algunas personas, así como la Constitución Antoniana acordó la ciudadanía a todos los súbditos del -

Imperio, los extranjeros en algún tiempo gozaron del *connubium* .

Ya sabemos que la unión entre esclavos se denominó --
Contubernium. De modo análogo está excluido el matrimonio entre-
libres y esclavos.

Según la Ley Minicia el que nace de estas uniones tie-
ne la condición jurídica del progenitor no ciudadano. Estas unio-
nes son para los romanos *iniusta matrimonium*, sin embargo, acep-
tadas después. Hasta la Lex Canuella (445 a.c.) no fué reconoci-
do el matrimonio entre patricios y plebeyas.

" El viejo principio que negaba la condición de *Iustae*
Nuptiae, a las uniones entre *ingenuos* y *libertas*, parece que cayó
en deshuso hacia la segunda mitad de la República y solo fué res-
tablecido por Augusto en orden a los matrimonios entre *libertos*-
y personas de rango senatorial ". (31)

" Que los cónyuges tengan el *connubium*. Antes de la -
Lex Canuella, esto quería decir que ambos fueran de origen patri-
cio, posteriormente, significa que los dos sean de nacionalidad-
romana o pertenezcan a pueblos que se hayan recibido de las auto-
ridades romanas el privilegio del *connubium* ".(32)

(31) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 551.

(32) Margadant S., Guillermo F. ob. cit. Pág. 208.

11.3 "IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO"

Por motivos tal vez éticos, políticos, sociales o religiosos, los romanos determinaron una serie de requisitos de modo negativo, que obstaculizan la celebración del matrimonio, tales como son los que algunos autores modernos denominaron "Impedimentos".

"El término impedimentum, no es estrictamente romano sino que ha sido incorporado al léxico jurídico para designar algunos requisitos matrimoniales considerados desde el punto de vista negativo, porque si estos faltaban habría un obstáculo para -- contraer nupcias ". (33)

No existe diferencia substancial entre impedimentos y ausencia de requisitos positivos exigidos para celebrar el matrimonio. Existen dos clases de impedimentos que son absolutos y relativos, que explicaremos en seguida:

A) Impedimentos Absolutos.- Son absolutos, si la incapacidad de contraer matrimonio es en relación con cualquier persona, y provocaban un impedimento para contraer nupcias, y son:

- Las personas unidas a otra por un matrimonio anterior no disuelto por causa natural o legal, estaban

(33) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 896.

Impedidas para contraer uno nuevo, ya que el derecho antiguo romano prohibió la poligamia y la poliandria. Esto es que en Roma se observó siempre el principio de la monogamia.

- Los castrados estuvieron también impedidos.-
- Ya comentamos que los esclavos estuvieron impedidos para celebrar nupcias.
- La mujer viuda o divorciada, para poder contraer nupcias, debían dejar pasar el período de viudez de --- diez meses (aunque algunos autores afirman que fué de uno a dos años) con objeto de evitar la confu--- sión del parto (turbatio sanguinis) en caso de encon--- trarse embarazada.

Así también en el Derecho Nuevo (época cristiana) se -, consideraron también como impedimentos, el voto de castidad y las órdenes mayores.

Guillermo F. Margadant, señala: " que los cónyuges no tengan otros lazos matrimoniales. La tradición monogámica romana es más fuerte que la tradición poligámica del antiguo testamento. Tertuliano pretende que el divorcio es como el fruto natural del matrimonio, y por San Jerónimo conocemos el caso de una mujer que era la vigésima primera esposa de su vigésimo tercer marido."(34)

(34) Margadant S. Guillermo F. ob. cit. Pág. 208.

B) Impedimentos Relativos.- Son relativos si la incapacidad es respecto de personas determinadas y así, estos tenían -- incapacidad parcial que hacía que un individuo pudiera casarse -- con determinadas personas. Entre estas se distingue las de:

- a) Parentesco.
- b) Afinidad
- c) Adulterio y Rapto.
- d) Por razones de Orden Público.
- e) Parentesco Espiritual.

a) Parentesco.- Esto es, el parentesco de sangre o cognación: en línea recta está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito. Este tipo de uniones -- han sido prohibidas en todas las legislaciones por violar la moral y el respeto debido a sus descendientes.

En línea colateral estuvieron sancionadas hasta el tercer grado, por ejemplo: entre hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. Sin embargo, en el año 49 d.c. un Senado Consulto permitió que el Emperador Claudio se casara con su sobrina Agripina hija -- de su hermano Germánico.

El parentesco de adopción fué también impedimento, si -- bién cesaba, tratándose de línea colateral, cuando se disolvía -- por emancipación. En línea recta subsistió aunque se haya -- suelta la adopción.

" La prohibición del matrimonio entre hermanos no era-

aplicable cuando lo fueran por adopción siempre que uno de ellos - hubiera perdido tal calidad por su emancipación." (35)

El matrimonio entre primos-hermanos en la Roma Antigua fueron muy frecuentes; estuvieron prohibidos por Teodosio el Grande, y permitidos finalmente por Arcadio y Honorio.

b) Afinidad.- La afinidad que fué considerada en Roma - un impedimento, lo entendemos como el lazo que une a cada esposo - con los parientes del otro cónyuge, es decir, entre padrasto e hijastra, suegro y nuera o suegra y yerno, entre el padre y la viuda de su hijo. En el año 355 según el Código Teodosiano también fué - prohibido el Matrimonio entre cuñados.

c) Adulterio y Rapto.- Por disposición de la Lex Iulia et Pappia, se prohibió el matrimonio entre adúltera y su cómplice; así como también la unión entre raptor y raptada. Esto fué confirmado por la Lex Iulia de Adulteris.

d) Por razones de Orden Público.- Desde el origen de Roma la unión marital entre patricios y plebeyos estuvo prohibida -- (Como ya habíamos señalado); sin embargo, a partir de la Lex Canuleia del año 445 a.c. cuando el tribuno de la Plebe, Canuleyo, - presentó un proyecto de Ley mediante el cual se podían casar éstos y fué aprobado. Así también estuvo prohibido el matrimonio entre -

(35) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 487.

ingenuos y manumitidos. En la época de Augusto, la Lex Iulia y la Lex Papia Poppaea, si aceptaron estas uniones, aunque prohibieron la unión de los Senadores y sus hijos, con libertas o con mujeres-abyectas, como las actrices, prostitutas, o que ejercieran alguna-actividad deshonrosa, ya que para el matrimonio era indispensable cierta similitud de educación y de interes.

En la época del Emperador Marco Aurelio, año 161-180 d. de C., se prohíbe bajo la pena de nulidad, la unión entre tutor, - su pater familias, sus descendientes y la pupila, hasta que no se-hayan rendido las cuentas; al curator y su hijo con la mujer (de-25 años) sobre la cual tiene curatela, les estuvo prohibido tam--bién ya que, ciertamente los tutores y curatores solo buscaban en-este tipo de relaciones, la manera de escapar a las obligaciones -de rendir cuentas.

El Magistrado Provincial no podía casarse con mujer --- oriunda del territorio donde ejerciera su cargo, pero si le estaba permitido una vez que hubiese dejado su función (Post Depositum -- Officium).

Con el fin de mantener la disciplina los militares no -podían contraer nupcias, pero después o sea, a fines del siglo II- fué abolida por Séptimo Severo dicha disposición.

Por influencia del cristianismo se prohibió el matrimo-nio entre hebreos y cristianos.

En el Derecho Antiguo y en el Clásico, si la mujer -- viuda contraía matrimonio dentro de los diez meses de luto, se - consideraba que cometía el delito de infamia, sin embargo, es vá lida dicha unión. En el Derecho Postclásico el tiempo de luto se extendió a un año, el cual deberían cumplir ambos cónyuges por - separación injustificada. La parte que resultara culpable experi mentó, además, importantes perjuicios patrimoniales.

"Una posición especial tienen los supuestos matrimo-- niales que se basan en las Leyes de Augusto, concernientes al ma trimonio. Lo mismo que las Leyes referentes a la manumisión, per siguen estos fines demográficos y político - sociales, en tanto se esfuerzan por conservar sano y fuerte el núcleo de la pobla-- ción Itálica que creó el Imperio Romano, sobre todo en las cla-- ses superiores, entre las cuales se hallaba muy difundido el cé-- libato y muy extendida la carencia de hijos. Las principales Le-- yes a que nos referimos son la Lex Iulia de Maritandis Ordinibus (sobre matrimonio de ciudadanos) de 18 a.c. y la Lex Pappia Po-- ppaea del 9 d.c. ". (36)

El hecho de que la viuda no pudiera contraer matrimo-- nio antes del plazo fijado como luto, tenía como finalidad el evi tar dudas acerca de la paternidad, en dado caso de concebido en el matrimonio anterior.

(36) Kaser, Max. ob. cit. Pág. 262.

"El parentesco por consanguinidad y afinidad constituyen también un impedimento matrimonial cuya infracción lleva aparejada la nulidad del matrimonio y la pena impuesta al incestuoso!"
(37)

11.4 "SUS EFECTOS JURIDICOS"

De la unión matrimonial surgen deberes y derechos que afectan a ambos contrayentes. Bajo ciertos aspectos el hombre y la mujer no están en igualdad, sino ésta viene a estar subordinada aquél.

El Derecho Romano estableció normas especiales para regular las relaciones emergentes de la *Iustae Nuptiae*, que se manifestaban respecto de ellos y de sus descendientes.

Por el sello de la vida patriarcal de la familia romana, el marido tenía una mayor autoridad que la mujer, lo que le facultaba ejercer sobre ella un poder disciplinario que debía ser aplicado prudentemente.

En relación a los derechos no hay razón para referirse a los que en la Antigua Roma nacían de la *conventio in manum* o *manus mariti*, ya que fué un poder familiar en un sentido político y ejercitada por el marido, o en su caso por el *pater familia* de éste.

(37) Santa Cruz Teijeiro, José. ob. cit. Pág. 29.

Nacen derechos y obligaciones entre los esposos, con respecto a sus hijos, y por consiguiente con los bienes los cuales estudiaremos en seguida.

11.4.1 "EN RELACION CON LOS ESPOSOS".

Como ya dijimos, en virtud del vínculo matrimonial, el marido asume un poder disciplinario sobre la mujer, pero si se le imponía un castigo a ésta, debería ser bajo un consejo familiar; - la mujer tomaba el rango social del marido y se obligaba a seguirlo, así como vivir con él en el domicilio conyugal. El hombre tenía la obligación de prestarle asistencia material, moral y jurídica, asumiendo su representación y defensa en toda contienda civil y criminal; también tenía a su favor el esposo, una acción denominada interdicta de uxore exhibenda et ducenda, esto con el fin de defender a su mujer de las injurias u ofensas recibidas, así como para reclamar la entrega de ella, en caso de que alguna persona la retenga indebidamente.

Los cónyuges se debían fidelidad, y por tanto el adulterio les fué sancionado, siendo más para la mujer por el hecho de que podía en un momento dado introducir en la familia hijos de sangre extraña, lo cual Constantino castigó con la muerte. Para el marido no fué tan penado. Se dice que éste rigor fue suavizandose -- con el Derecho Justiniano.

"Entre cónyuges se admite el beneficium competentiae --

(desde la época de Justiniano). En el Derecho Postclásico, en razón de la Reverentia entre cónyuges - deber que resulta así jurídico -, se prohíben entre ellos las acciones que acarrearán infamia". (38)

Estas sanciones no deberían ser tampoco penales, así como, las sustracciones entre cónyuges no se consideraron como robo, o por lo menos se excluye la acción de hurto; el esposo podía ejercitar mientras exista el matrimonio, una *condictio ex iniusta causa*; y aún después del divorcio le correspondía la *actio rerum-amortarum*, con el fin de recobrar la posesión de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Esto sólo por *divortii gratia* ó *divortii consilio*.

Son nulas absolutamente las donaciones entre cónyuges, y esta nulidad, (que en las Pandectas se refieren a la costumbre) se cree que procedieron en la época de Augusto.

Podemos deducir de dicha nulidad, que estas donaciones introdujeron en la pareja un espíritu de interés en las relaciones conyugales que podría ser en perjuicio del cónyuge más generoso.

"Un Senado Consulto, bajo Severo y Caracalla en el año 206, convalidó estas donaciones siempre y cuando el donante hubie

(38) D'Pietro, Alfredo. ob. cit. Pág. 373

ra.muerto, sin haberlas revocado; una serie de benignas interpretaciones fundadas precisamente (teniendo en cuenta la causa de nulidad) sobre la ausencia del enriquecimiento del cónyuge donatario, o del empobrecimiento del donante, fueron establecidas por obra de la jurisprudencia o de los emperadores: donaciones de la tumba, subsidios al marido para representar juegos públicos, etc. Están excluidas de todos modos de la nulidad las donaciones por causa de muerte o hechas en ocasión del divorcio (mortis causae o divortii causae); y las donaciones en general realizadas en el momento en que por cualquier motivo legal se disuelve el matrimonio."

(39)

Se establecieron en Roma derechos de alimentación y sucesorios entre cónyuges.

La condición de la mujer cambiaba si el matrimonio era acompañado o no de la manus, es decir, si el matrimonio era cum manus, la mujer estaba en el lugar de hija (loco filiae), por lo que se consideraba hermana de sus hijos. Como ya explicamos, pasa a formar parte de la familia del marido y deja la suya originaria.

Al morir el marido, la esposa tenía los mismos derechos de sucesión como sui heredes en iguales condiciones que sus hijos.

Por lo que se refiere al matrimonio sine manu, la mujer no quedaba bajo el poder del marido, y por tanto, no ingresó-

(39) Bonfante, Pedro. ob. cit. Pág. 118.

a la familia de él, y conservó su condición bien sea de sui ----
luris o alieni iuris. Su patrimonio sólo fué de ella.

Se dice que la mujer debía ayudar a las cargas del hogar y por tanto se constituía dote a favor del marido (tema que estudiaremos más adelante).

La mujer tenía que permanecer al lado del marido, y se le prohibía ser fiadora de éste. Existió una presunción que los romanos denominaron Muciana, por la cual, si el marido caía en quiebra, se presumía que todo lo que había adquirido la mujer durante el matrimonio, procedía a entregarlo y por tanto, ambos entraban en quiebra.

11.4.2 "EN CUANTO A LOS HIJOS".

Una de las principales consecuencias jurídicas del matrimonio respecto de los hijos es la filiación, nexo que une a los progenitores con el engendrado, esta relación originaba un vínculo con ciertos atributos jurídicos en el grupo.

"El Derecho Romano Clásico consideró las relaciones entre padres e hijos. A los que se les denominó "iusti", o sea legítimos, esto era cuando tuvieran un padre cierto jurídicamente, siguiendo su condición, frente al cual tenían deberes que se concretaban en sanciones jurídicas. Se tomaba en cuenta la relación con la madre. Y es otro de los signos evidentes del fortalecimiento del grupo familiar.

cimiento de la sociedad doméstica frente a la antigua familia romana". (40)

Como ya habíamos dicho los hijos y la madre dentro del matrimonio cum manu jugaban un papel de hermanos, bajo el mando y poder del marido, es decir, que se consideraban súbditos respecto de éste, por lo tanto sería agnáticamente el soberano.

"Los nacidos ex iustis nuptis, son hijos legítimos, liberi iusti que caen en la autoridad de su padre o del abuelo paterno, si el padre es alieni iuris. Integran la familia civil de él a título de agnados". (41)

En cambio entre los hijos y la madre, sólo existía el lazo de parentesco natural, de cognación en primer grado.

"A los hijos de padre extranjero y madre romana se --- aplicarían las mismas reglas: si hay connubium entre ellos, seguirían la condición del padre y serán extranjeros; sino hay connubium, la de la madre y serán romanos." (42)

Sin embargo, si se comprueba que un romano contrajo matrimonio con una peregrina o viceversa, pero por error, el cónyuge peregrino adquiere la ciudadanía y los hijos por tanto, quedan

(40) De Francisci, Pietro. ob. cit. Pág. 460.

(41) Ventura Silva, Sabino. ob. cit. Pág. 103.

(42) Santa Cruz Teijeiro, José. ob. cit. Pág. 30.

sometidos a la potestad paterna (erroris causae probatio). Otra filiación legítima era la adopción.

La maternidad siempre fué considerada cierta y se -- constataba al nacer el hijo, no así la paternidad que era sometida a presunciones legales y se recurrió a lo siguiente:

Presumiendo que el marido de la madre sea el padre, - dicha presunción no es impuesta de manera absoluta y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si por ---- ausencia o enfermedad del marido ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción.

Para facilitar la solución de estas cuestiones, el Derecho Romano fijó en 360 días la duración más larga del embarazo, y la más corta de 180 días; de tal manera que el hijo sería iustus, si naciere dentro de éste, lo más pronto, después, y comprendido dentro del matrimonio, o el de 301 días, a más tardar, después y comprendido el de la disolución de las iustas nuptias.

Capitolino y Apuleio, cuentan que desde Marco Aurelio la filiación se hacía constar en los Registros Públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de 30 días .

Los derechos y obligaciones derivados de la filiación eran recíprocos para padres e hijos; los primeros deben -- dar a los descendientes, alimentos, vestido, educación, habita--

ción, etc.; y en caso de que los padres se encuentren imposibilitados, ésta obligación es para los hijos, quienes a demás tienen el deber moral de honrarlos y de respetarlos, obligación -- que prohibía citarlos en justicia.

En el Derecho Pretorio y en el de las Constituciones Imperiales, la calidad del hijo vino a sustituir en orden a la sucesión a la *filiius familias*. Y es otro de los signos evidentes del fortalecimiento de la sociedad doméstica frente a la -- Antigua Familia Romana.

A los hijos que no tienen un padre cierto de les denominaba en Roma "*spurius*" o "*vulgo concepti*" y se encuentran unidos a la madre y a los parientes maternos por la cognación.

11.4.3. "POR LO QUE SE REFIERE A LOS BIENES".

Este tema es de trascendencia importante y a la vez muy abundante, ya que está ligada con el tema de la Dote, que -- abarcaremos después.

Varios autores consideran dentro del Régimen de bienes en el Matrimonio a la Dote y otros lo contemplan en un tema muy a parte, aún cuando tienen una relación bastante notoria.

Empezaremos con lo que al respecto nos dice Ludwig Friedlaender: " El tema de los bienes entre cónyuges ju-

gaban un papel importante dentro de ésta Institución, ya que - la mujer tenía más derechos que el marido sobre su patrimonio. Situación que fué evolucionando, ya que antes sus derechos eran más reducidos. Claro que con dicho cambio, el marido salió en desventaja, por que al recibir la dote de la mujer no podía disponer libremente de ella, así, pués, la mujer tenía el derecho de hacer lo que quisiera con ésta. En el caso de que el marido se encontrara en problemas como por ejemplo: una suspensión de pago, no se podía ejercer acción judicial sobre la mujer y por tanto, el hombre ponía a nombre de ella sus bienes para salvarlos. Las mujeres ricas tenían sus administradores a quienes confiaban sus piedras preciosas, oro y hasta sus esclavos favoritos, estas personas serían de toda su confianza; así también éstas tenían sus gestores de negocios los cuales eran peritos en derecho que le servían de confidentes y amigos. Esto llegó a tener gran importancia por que éste procurador o gestor, al ser su consejero, no se le separaba, lo que se prestaba a sospechar la existencia de algún amorío entre ellos, ya que eran muy bien parecidos y jóvenes, por lo que sobraba pensar que la mujer lo escogía así, para que fuera su compañero en todo, o sea, que era su amante, lo que ocasionaba la separación de ella de su esposo."(43)

(43) Friedlaender, Ludwig. ob. cit. Pág. 285.

Ahora nos ocuparemos de otros autores que tal vez serían contradictorios en algunos aspectos del anterior.

Tenemos que situarnos y señalar como se manejaban los bienes en las dos formas de matrimonio y así tenemos que:

"Sohm, nos dice que en el matrimonio cum manu, en el cual, como ya habíamos dicho, los hijos entraban en el patrimonio del padre y de este modo, todos los bienes aportados por la mujer, bien sea por herencia, durante el matrimonio o por donación, por su trabajo u otro medio, pasarían por necesidad jurídica a manos del marido. También se sabe que la mujer tomaba el lugar de hija, y por tanto, el esposo respondería de las deudas adquiridas por aquélla, como por los hijos. La mujer que tuviera deudas contraídas antes del matrimonio, al unirse con su marido, serían nulas por la capitis diminutio que sufría. Sin embargo, en caso de que el esposo se negare a saldar las deudas adquiridas antes del matrimonio, el pretor sujetaba a concurso los bienes de la mujer y entonces no se consideraba el matrimonio como no celebrado, en lo que a el patrimonio de ésta se refería. Si el marido muere la mujer in manu gozaba de un derecho hereditario pleno sobre sus bienes, al igual que los hijos; esto traía como resultado que después de encontrarse sujeta al severo régimen patrimonial en la vida de aquél, se le otorgaría una compensación."(44)

(44) Sohm, Rodolfo. ob. cit. Pág. 286.

"Si la mujer era alieni iuris por ende filia (hija), no cambiaba su condición, ya que si antes cuando estaba bajo potestad del pater, no tenía capacidad patrimonial, tampoco la tendría después. Lo único que variaba, era que se encontraría bajo el poder de su marido o en su caso de que éste fuera alieni iuris también, bajo el poder del pater familias de él."(45)

Si la mujer, aún dentro del matrimonio in manu, fuera sui iuris, también perdería su capacidad patrimonial, su patrimonio, y todo lo que adquiriese.

La mujer casada cum manu, no podía contraer deudas civilmente durante el matrimonio, como tampoco las hijas; por lo que respecta a las obligaciones delictuales, los efectos podrían ser iguales a los de la hija, puede en este caso intentar se contra el marido una acción noxal. Pero si éste se rehusara a asumir las consecuencias del delito de su mujer, tenía que entregarla a la víctima del mismo o a los familiares de ésta.

Por lo que se refiere a los bienes en el matrimonio libre o sine manus:

"Santa Cruz T. José, señala que es distinto a lo anterior, en virtud de que la mujer seguía perteneciendo a su familia originaria, y conservaría absolutamente sus derechos patrimoniales. Si al casarse adquiría algún bien sería para su pa-

(45) D'Pietro, Alfredo. ob. cit. Pág. 379.

dre y no para su marido. Por lo tanto, el padre de ella respondería de sus deudas, y podía ser demandado con las acciones adicticiae qualitatis y con la acción noxal, por las obligaciones contractuales o delictuales asumidas por aquélla. Si la esposa es una persona sui iuris, seguiría así, después de celebrado el matrimonio y dueña de su patrimonio. Los onera matrimonii, gravan únicamente el patrimonio del marido."(46)

El régimen es de separación de bienes, que como observamos, ya para entonces se regulaba, como ahora.

En el matrimonio sine manu, no tenían un derecho sucesorio los esposos, hasta que les fuera otorgado por el pretor. El marido debía alimentar a la mujer y de los gastos domésticos se encargaba también.

Las donaciones entre cónyuges son nulas y revocadas en todo momento, salvo que se hagan para la disolución del matrimonio. Pero si el que realizaba la donación moría antes o junto con el donatario sin haberlas revocado, la donación se convalida.

Respecto de los bienes adquiridos por ella, regía la llamada Praesumptio Muciana que establecía que, todo aumento operado en el patrimonio de la mujer, cuya proveniencia no pudiera probarse (non demonstratur unde habeat), se presume que proviene de

(46) Santa Cruz Teijeiro, José. ob. cit. Pág. 36

donación del esposo o del pater de éste. Como ya habíamos dicho, el hurto no es ejercitable entre cónyuges, sin embargo, si uno de ellos previendo un divorcio inminente, roba algo perteneciente al otro, a éste se le otorga contra aquél, la actio rerum a mortarum, y así, obtener la reparación del daño sufrido (acción reipersecutoria).

11.5 " REGIMEN PATRIMONIAL ENTRE LOS CONYUGES"

(Dote)

La Dote tiene un lugar importante dentro de la Legislación Romana, y es un régimen de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Su finalidad específica, como los bienes que lo forman, y su destino, se refieren al ente total. Los romanos le denominaron "Dos" o "Res Uxoriae".

Daremos a continuación algunos conceptos de distintos juristas al respecto:

"La Dote, es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender el sostenimiento de las cargas matrimoniales(ad sustinenda onera matrimonii."(47)

" Donatio marito delata ad onera matrimonii sustinen-

(47) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 567.

da". "Una donación hecha al marido para solventar los gastos del matrimonio". (48)

"La Dote es el complejo de los bienes que la mujer o alguno por ella misma, aportaba al marido a causa del matrimonio!" (49)

"Se entiende en general por Dote (dos rex uxoriae), - el conjunto de bienes que la mujer u otra persona en su nombre - entrega al marido para subvenir a las necesidades y gastos de la vida matrimonial". (50)

Como podemos observar, en los anteriores conceptos, - no habría Dote sin Matrimonio (neque dos sine matrimonio esse-- potestate).

Cualquier objeto podía formar parte de la Dote, por ejemplo: un crédito, una liberación de deuda, o más aún, todo un patrimonio.

"En este sentido podemos afirmar que la Dote es una - particular masa de bienes destinados al matrimonio". (51)

Se dice que la mujer y el hombre tienen derecho sobre

(48) Lemus García, Raúl. ob. cit. Pág. 92

(49) Aru Luigi y Orestano, Ricardo. Derecho Romano. Ediciones y Publicaciones Españolas, S.A. 1a. Edición. Madrid. MCMLXIV. Pág. 91

(50) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 506.

(51) García Garrido, Manuel. Ius Uxorium. Roma-Madrid. 1958. Pág. 56.

la Dote, éste último es titular y administrador de los bienes matrimoniales, la posición de la mujer es secundaria pues realmente le pertenecen de manera eventual. La mujer en la vida Romana, nace y vive para el matrimonio y el hogar. Por tanto, es muy importante para ésta, dicha unión, y las necesidades que le conciernen, por lo que destina todo su patrimonio para ese efecto.

La evaluación de la Dote, está aparejada a los cambios que sufre la familia agnaticia; en su origen la Dote, como ya se expresó, es el conjunto de bienes que la mujer aporta al marido, constituida por el pater de ésta.

En los matrimonios cum manus, encontramos una figura llamada Profecticia, que es la más antigua de la Dote Romana, - donde el pater familias (en el Derecho Clásico también por la hija emancipada; pero el Derecho Justiniano volvió para nuevos fines el antiguo principio) de la mujer, le otorga al marido - los que la forman para compensarla por la pérdida de los derechos sucesorios al desvincularse de la casa materna.

Más tarde el sentido de esta aportación, tuvo como finalidad el sufragar los gastos del hogar doméstico, con esta característica se instituyó en los matrimonios cum manus y sine manus, además que podía ser otorgada por cualquier pariente a nombre de ella.

La Dote podía ser también Adventicia cuando el cons-

tituyente fuera la propia mujer, su madre o un tercero extraño -- (straneus) pariente o no. Esto cuando fuera el matrimonio sine -- manus. Y Recepticia, cuando se previene el caso de una disolución matrimonial, se convenga disolver al tercero constituyente.

La aportación de bienes al contraer matrimonio era un deber de honor para la hija, por lo que se introdujo la costumbre de que el padre o un tercero, y solo en casos muy excepcionales, la madre beneficiara con liberalidades destinadas al sostenimiento de la comunidad conyugal.

"La Dote no es solamente una nueva institución jurídica sino también una institución social muy viva. Que una mujer no fuese dotada no era en Roma una situación, ni frecuente, ni decente." (52)

Dicha aportación, es a nombre de la mujer pero realizada de una familia a otra, siendo otorgada por un pater e ingresando al patrimonio de otro pater, bien sea el marido o el pater de éste.

"La Organización Familiar Agnaticia supone, en efecto la existencia de un patrimonio único regido por la suprema autoridad del pater familias." (53)

(52) Bonfante, Pedro. ob. cit. Pág. 204

(53) Garcíá Garrido, Manuel. ob. cit. Pág. 58

La Dote integraba el patrimonio general, del nuevo -- pater, pero por la costumbre este no podía sustraer los bienes - dotales ni darles otro uso del que tenían destinado. O sea, que la Dos pertenecía en propiedad al marido . En los matrimonios -- cum manus, no podía ser diferente ya que, la mujer no tenía dere chos de propiedad. Y en los libres, se pudo haber reglamentado - diferente, sin embargo, se conservó la misma disposición.

En el Imperio la obligación de dar Dote fué impuesta por una Ley; por lo que Severo Y Antonio Caracalla, la exigían - al padre respecto de la hija y Justiniano la impúso al abuelo - paternoy, subsidiariamente, a la madre mediando causa atendible.

Los bienes dotales pertenecen al marido sólo mientras dure el matrimonio, ejerciendo así, una administración sobre --- ellos y por tanto restituirlos al momento de una disolución y pa ra garantizar su efectividad la Lex Iulia de Fundo Dotalis impu- que aquél no podía enajenar los fundos itálicos dados en dote -- sin el consentimiento de la mujer.

" Si la mujer en visperas de un divorcio, intentaba - hacer efectivo su derecho a la devolución de la dote por propia iniciativa, es decir, llevándose las cosas dotales, este hecho - no se consideraba como hurto, y en lugar de la actio furti se -- concedía al marido únicamente una acción pretoria de enriqueci--

miento (actio rerum amortarum)." (54)

El marido es responsable de las pérdidas, deterioros -- o disminuciones sobre la dote.

Esto da la idea de que los bienes dotales, desde el -- punto de vista económico pertenecen a la mujer.

"La Dote podía ser necesaria, si la constituía la -- mujer, su padre o un ascendiente paterno; y voluntaria, si la -- constituía cualquier otra persona." (55)

"La Dote podía constituirse de la siguiente manera: Me diante la transmisión inmediata y efectiva de los bienes, o sea, la transmisión real que denominaron los romanos, "Dotis Datio", la cual no requería formalidades, sólo las necesarias, según la naturaleza del bien que debe transmitir, y en la que hay una --- transferencia de propiedad de bienes, o de una liberación de -- obligaciones a favor del esposo. Tratándose por ejemplo, de propiedad, en el Derecho Clásico la transmisión de las Res Mancipi debían sujetarse a los requisitos de la mancipatio o de la in -- lure cessio, pues de lo contrario el marido no adquiría la pro-- piedad, sino había transcurrido el tiempo de la usucapción; en el Derecho Justiniano basta a tal efecto para cada objeto la sim--

(54) Jors, Kunkel. ob. cit. Pág. 404

(55) Ventura Silva, Sabino. ob. cit. Pág. 105

ple tradición (Traditio)." (56)

Esta Dotis Datio se cumplió por medio de los modos de transmisión acostumbrados.

" Puede ser constituyente cualquier persona, de la cual la recibe el marido o alguien en quien éste delega (delegatio dandi)." (57)

"La Datio Dotis, si se efectuaba antes de la celebración del matrimonio el marido, según el Derecho Clásico, adquiriría, por regla general inmediatamente los bienes dotales, pero si aquel no llegaba a celebrarse, se le podía exigir la restitución por una acción de enriquecimiento injusto." (58)

Como podemos observar, el autor anterior la denomina Datio Dotis, en lugar de Dotis Datio, pero se refiere a la misma figura.

También podía constituirse mediante dos obligaciones, una era, por la promesa de dotar, denominada Promissio Dotis, en la forma de una stipulatio en beneficio del marido y otra sería la forma especial o un negocio más específico denominado Dotis - Dictio.

(56) Bonfante, Pedro. ob. cit. Pág. 205.

(57) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 569.

(58) Jors, Kunkel. ob. cit. Pág. 405.

La *Promissio Dotis* o *Dotis Promissio*, así denominada - por los romanos, estaba un tanto limitada ya que sólo podían acudir a ella determinadas persona, como el padre, ascendientes masculinos de la mujer y de ella misma o, su deudor, por mandato suyo. Y cualquier otra persona que quisiera prometer una dote, tenía que acudir a la estipulación.

La promesa de una Dote puede hacerse, como ya se indicó, por estipulación (*dotis promissio*), en testamento, por legado-damnatorio, *inter vivos*.

En cuanto a la *Promissio Dotis*, es de uso general, la redacción de un documento (*instrumenta dotalia*) al lado de ésta - ya que, una vez suprimida la *dotis dictio* por Justiniano, era la única.

La *Dotis Dictio*, fué un negocio especial como forma de constituir una dote.

"Gayo la considera como un contrato verbal, es una promesa realizada en forma oral unilateral". (59)

Se dice que la *Dotis Dictio* fué la forma típica de dotar y se sustancia en una declaración solemne del constituyente, - y que también sólo podía ser la misma mujer, si era *sui iuris*, o

(59) Kaser, Max. ob. cit. Pág. 271.

el padre, el abuelo paterno, o un deudor de la mujer, que actue -- por mandato de ella. Justiniano suprime esta forma de dote.

"Teodosio II y Valentiniano III dispusieron que la promesa de constitución de dote (*pollicitatio dotis*) se podía hacer - sin las formalidades de la *dictio* ni de la *promissio dotis*". (60)

Existe también otra dote denominada "Dos Aestimata", la cual se presenta cuando se fija el valor de la misma. ésto es, que las cosas dotales son objeto de valoración. Esta valoración se -- realiza cuando se trata de fijar con antelación la responsabilidad del marido en caso de falta de restitución.

Como ya se había señalado, el marido en un principio no tenía limitaciones en cuanto a los bienes dotales, aún cuando terminara el matrimonio, sin embargo, la *Lex Iulia de Fondo Dotalis*, - al difundirse tanto el divorcio, le prohibió enajenarlos. Así empezaremos a hablar de la restitución, obligación, que tenía el marido al disolverse el matrimonio. Entonces, dependiendo de la causa de disolución sería restituida.

Primero, si la disolución se hubiera producido por muerte de la esposa, la dote adventicia pasa a sus herederos, y la *profecticia* al ascendiente que se la constituyó, esto si es *filius familias*.

(60) Jors, Kunkel. ob. cit. Pág. 405.

"El marido queda obligado, salvo casos excepcionales - a devolver a la mujer la sustancia de la dote, una vez disuelto el Matrimonio, conservaría únicamente con carácter definitivo y como ayuda a los gastos familiares, las utilidades percibidas -- después del casamiento, el uso de los bienes dotaes y sus frutos." (61)

Si la dote fué otorgada por tercero, éste podía reservarse la restitución en caso de disolución llamada *Dos Recepticia*.

Entre las formas creadas para la recuperación de los bienes dotaes, encontramos la convencional que consiste en que la mujer a la persona que hubiese constituido la dote, concertaba con el marido la devolución por medio de un contrato verbal, denominado por los romanos "*cautio o stipulatio rei uxoria*", que hacían nacer la *actio ex stipulatio* y hacía posible el cumplimiento de lo contratado.

"Se estableció la misma obligación restitutoria en -- los casos que no mediara aquélla promesa para el supuesto de divorcio si no también en el de muerte de la mujer." (62)

Otro medio fué creado por el Pretor que daba una verdadera acción dotal *Actio Rei Uxoriae*, su carácter fué penal, ~~empe~~

(61) Sohm, Rodolfo. ob. cit. Pág. 288.

(62) Jors, Kunkel. ob. cit. Pág. 406.

zó utilizándose en los casos de disolución del matrimonio por divorcio, hasta llegarse a aplicar en caso de muerte; cuando el hombre moría la mujer gozaba por derecho propio sin necesidad de contrato especial.

Esta Actio Rei Uxoriae, se legisló en la Ley Matrimonial de Augusto y se someten a normas fijas los poderes judiciales; la razón fundamental es que la restitución de la dote, es una prerrogativa de carácter familiar, no patrimonial que debió atenderse a la conducta personal de las partes, así se deduce que el derecho legal que tiene la esposa para reclamar la devolución de la dote es personalísima y no puede transmitirla a los herederos.

"Sobre esto existió la excepción siguiente: Marcelo dice que los herederos de la esposa solamente podían interponer la acción en caso de disolución por divorcio, siempre que el marido hubiera sido constituido en mora antes de que ella falleciere."

(63)

En el Derecho Clásico se conocían estas dos acciones de restitución de la dote:

a) La Actio Ex Stipulato.- que era cuando mediaba promesa restitutoria por parte del marido.

(63) Peña Guzmán, Arguello. ob. cit. Pág. 512

b) La Actio Rei.Uxoriae.- En caso de que no se hubiere medfado estipulación.

La primera, era la acción estipulatoria corriente, derivada de la promesa de un incertum, sin ofrecer por tanto, parti-
cularidad alguna en la aplicación en cuanto a la dote. Esta sólo-
permite reclamar lo taxativamente convenido.

La segunda, en cambio, era una acción especial de res-
titución, cuya fórmula procesal se hallaba concedida en bonum et-
aeguum, que quiere decir basada en la buena fé y en la equidad, -
obligando al Juez a dictar sentencia qued melius aequius erit.

"Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, la do-
te adventicia queda en poder del marido, salvo el caso de que ---
haya sido convenida mediante stipulatio, la restitución al consti-
tuyente - dos recepticia - . En poder del marido queda también la
dote profecticia, pero solo en el caso de que el constituyente --
haya muerto antes que la mujer". (64)

En caso de disolución por muerte del esposo o por di-
vorcio, la dote tendrá que ser forzosamente restituída que puede-
pedirse por la mujer o por su pater con su consentimiento, en ---
otro caso.

Si la mujer muere después de haberse divorciado, sólo

(64) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 572.

a sus herederos o a los de su pater, les compete la actio cuando el marido está incurso en mora, de no ser así éste la conservaría.

Se presenta el caso en que la dote comprendiera cosas fungibles, se tenía que devolver ésta en tres anualidades, salvo que se hubiere convenido devolverla inmediatamente. La dote que se integre por otro tipo de bienes deberá ser restituida al punto.

En cualquiera de las situaciones anteriores el marido tanto gozaba del *beneficium competentiae*, y podía hacer deducciones de la dote. Y así, se le reconocieron algunas retenciones -- que señalaremos a continuación:

a) Si la disolución fué por culpa de la mujer o del pater de ésta, bien sea por muerte, aquél tenía el derecho a retener la $\frac{1}{5}$ parte por cada hijo. Pero si es por divorcio y culpable la mujer o su pater, retendría la $\frac{1}{6}$ parte por cada hijo, sin que excediera de las $\frac{3}{6}$, lo retenido, sin importar el número de hijos, a esto se le denominó por los romanos "*Retentio Propter Liberos*".

b) Si la disolución fué por adulterio cometido por la mujer, o bien inmoralidades graves (*graviores mores*), tenía derecho a retener la $\frac{1}{6}$; en caso de inmoralidades leves sería la $\frac{1}{8}$ parte. Denominada también por los romanos "*Retentio Propter Mores*".

c) La dote podía disminuir ipso iure, por los gastos - que para su conservación eran necesarios. Que podía realizar sólo con el consentimiento de la mujer, cuando se tratara de gastos -- útiles, ya que si se tratara de gastos lujosos o por voluntad propia de el marido, no se le concedía ninguna deducción a éste. Y - fué llamado "Retentio Propter Impensas".

d) Si la dote se integraba por cosas determinadas como fincas, el marido tenía que restituirlas al momento de la disolución.

Hablaremos también de las Donaciones Matrimoniales o - llamadas también Donaciones durante el matrimonio.

Ya hemos dicho que las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas en la Roma Antigua, con el fin de evitar que por - virtud de los sentimientos, uno de los esposos se aproveche de la generosidad del otro, así como evitar también la retribución onerosa del afecto conyugal.

En la Epoca de Severo y Caracalla se determinó que podían quedar convalidada éstas, sólo en el caso de que el donante falleciera sin revocar el negocio. Claro que dentro de la prohibición no se consideraban los pequeños obsequios, ni las que tenían como objeto el sostén familiar.

"La llamada Donación Matrimonial es una donación hecha

por el futuro marido a la mujer, cuya validez depende jurídicamente de la celebración y subsistencia del matrimonio, aparece en la época postclásica, proveniente de los Derechos Orientales. "La Donación Matrimonial, por efecto de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, debe tener lugar antes del matrimonio o ser -- prometida." (65)

Como vemos este autor maneja las donaciones matrimoniales como donaciones ante nuptias, lo que otros autores consideran muy aparte. Realmente no se sabe si la prohibición tuvo su origen en la Ley o fué por costumbre que se impuso, tal vez fué originada por la situación de la mujer loco filiae, la que al recibir cualquier cosa del marido era constituido peculio y podía disponer de ello, lo mismo sucedió a la hija in potestae que recibía del pater.

Pensamos que fué provocada dicha prohibición por el desmedido afán de lucro y la frecuencia del enriquecimiento de un cónyuge en perjuicio del otro.

"La donaciones entre cónyuges (donationes intervium et uxorem) están prohibidas. Justifícase la prohibición, al decir de las fuentes, por la necesidad de evitar que se ponga precio al --- afecto conyugal y por el peligro de que el amor pueda mover al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del -- otro".(66)

(65) Kaser, Max. ob. cit. Pág. 274.

(66) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 566.

por el futuro marido a la mujer, cuya validez depende jurídicamente de la celebración y subsistencia del matrimonio, aparece en la época postclásica, proveniente de los Derechos Orientales. "La Donación Matrimonial, por efecto de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, debe tener lugar antes del matrimonio o ser prometida." (65)

Como vemos este autor maneja las donaciones matrimoniales como donaciones ante nuptias, lo que otros autores consideran muy aparte. Realmente no se sabe si la prohibición tuvo su origen en la Ley o fué por costumbre que se impuso, tal vez fué originada por la situación de la mujer loco filiae, la que al recibir cualquier cosa del marido era constituido peculio y podía disponer de ello, lo mismo sucedió a la hija in potestae que recibía del pater.

Pensamos que fué provocada dicha prohibición por el desmedido afán de lucro y la frecuencia del enriquecimiento de un cónyuge en perjuicio del otro.

"La donaciones entre cónyuges (donationes intervium et uxorem) están prohibidas. Justifícase la prohibición, al decir de las fuentes, por la necesidad de evitar que se ponga precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pueda mover al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro".(66)

(65) Kaser, Max. ob. cit. Pág. 274.

(66) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 566.

Las Donaciones denominadas Nupciales son las que abordan en seguida, las cuales no tienen tanta importancia como la dote en sí. Estas fueron frecuentes en Roma, por virtud de los esposales tema del cual ya nos ocupamos con anterioridad. Por medio de éstas el novio daba a su futura esposa una donación en ocasión al matrimonio.

En el Derecho Justiniano las donaciones nupciales o ante nupciales, tienen el significado de contrapartida de la Dote. De las cuales el antecesor de Justiniano; llamado Justino, dispuso que se podían aumentar durante el matrimonio (ex novo), o después de contraído éste. de donde proviene el cambio de denominación, por la de: "Donatio Propter Nuptias".

En el supuesto de que el matrimonio no llegare a efectuarse y dichas donaciones se hubieren otorgado, se tenían que devolver al marido. Al que se le concedió una *condictio* o una *utilis in rem actio*, para poder reclamar lo dotado. Así mismo, la *donatio* podía reclamarse cuando por muerte de uno de los futuros esposos, no se hubiere celebrado el matrimonio.

La *Donatio Propter Nuptias*, fué constituida por el futuro esposo o por un tercero a favor de la mujer.

Pero si se daban durante el matrimonio, sólo podían recuperarse por él, en el caso de que se disolviera por divorcio, --

siendo culpable la mujer, con reserva de la propiedad que era para los hijos. Pero en caso de que se disolviera el vínculo por culpa del marido, éste perdería su donación.

Como ya habíamos dicho, durante el matrimonio el marido es propietario de los bienes y a su vez responsable de estos, los que tenía que custodiar como si fueran de él, pero con la excepción de que los inmuebles no podía enajenarlos.

En el caso de la viuda, mientras no se casara por segunda vez, era usufructuaria de los bienes, correspondiendo una cuota de propiedad a los hijos. Pero si contrae nuevas nupcias y existen hijos de por medio, la donatio se divide entre ellos, y a ésta se le excluye de toda participación.

Algunos autores señalan que las donaciones nupciales -- consistían en dar a la mujer una renta viudal.

En consecuencia podemos decir, que la dote y la donación nupcial o donatio propter nuptia, se asemejan. Cabe mencionar que en los dos tipos de donaciones, se constituye por el padre, en la dote, para la hija y en la dote nupcial para el hijo. Y en cuanto a las sanciones, se aplican por divorcio y segundas nupcias, -- tanto a la Donatio Propter Nuptias.

Existió una Dote accesoria denominada parapherna, que estudiaremos en seguida.

"DOTE ACCESORIA" (PARAPHERNA) O "BIENES PARAFERNALES"

Estos bienes se pueden considerar como los no comprendidos en la Dote, con una categoría distinta a ésta, que continuaba perteneciendo exclusivamente a la mujer.

Los bienes parafernales, en efecto, consistieron generalmente en objetos, vestidos, mobiliarios, utensilios de tocador propios de la mujer, dinero, joyas, pero nunca en inmuebles.

El marido recibía estos bienes con carácter de administrador constituyéndose un mandatario que debía cumplir con las indicaciones de la mujer incurriendo en pena de no hacerlo. También se obligaba a éste, a restituirlos en caso de disolución del vínculo matrimonial. Tiempo después se les dió mayor importancia económico-jurídica, cuando se incluyeron créditos e inmuebles, que la esposa pudo aportar, ya que se le reconoció capacidad para ser titular de los mismos.

La mujer tenía que demostrar la propiedad de los bienes, que se facilitó, si estos fueron adquiridos antes de contraer nupcias; no así, cuando se trataba de bienes obtenidos durante el matrimonio, ya que a fines de la República se consideraron otorgados por el marido, salvo prueba en contrario.

La mujer podía accionar, contra terceros para hacer valer sus derechos de propiedad, sin que el marido fuera perjudicado-

obrando él como mandatario.

Estos bienes estaban garantizados en su restitución con una hipoteca legal no privilegiada, si no administraba con el debido cuidado éstos, podía caer en culpa levis in concreto.

Se les denominó así, por que son los bienes que se dan al marido para que los administre y vigile y porque son personales.

"Los bienes de la mujer sui iuris que no constituye en dote quedan en el matrimonio sine manu, en propiedad de la mujer y puede disponer de ellos dentro de los límites impuestos por las normas generales. El marido hace un inventario de tales bienes para garantizar su restitución al disolverse el matrimonio". (67)

Justiniano consideraba que los bienes parafernales se destinan para el sostenimiento de las cargas del matrimonio. Y que se podían distinguir con la dote ya que cumplían la misma finalidad de ésta.

11.6 "DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL" (EL DIVORCIO)

El matrimonio como ya habíamos dicho podía disolverse. En un principio el padre del marido tuvo por largo tiempo el derecho de romper por voluntad propia el matrimonio del hijo sometido a su po--

(67) Santa Cruz Teijeiro, José. ob. cit. Pág. 47.

testad. Sin embargo, Antonio "el piadoso" y Marco Aurelio hicieron cesar este abuso de autoridad.

En el Derecho Romano se consideraron tres causas fundamentales de disolución:

1.- Por muerte de uno de los cónyuges.- En este supuesto el hombre podía contraer segundo matrimonio de inmediato, situación que no podía llevarse a cabo por parte de la mujer viuda, ya que esta solo podía contraer nupcias después de los diez meses a dos años, período estipulado para evitar confusiones en cuanto al parto, es decir, para que no se presentara la incertidumbre sobre la paternidad del hijo, en caso de que la viuda se encontrara encinta, y si se casaba dentro de este período se consideraba como delito de infamia.

2.- Por la pérdida de la libertad de uno de los cónyuges (*capitis deminutio máxima*).- Esto es cuando uno de los esposos lo hacían prisionero o se le esclavizaba. Este no recuperaba su patrimonio por efectos del *ius postliminium*, pero el que era libre tenía que aguardarlo durante cinco años (sin tener noticias de él), si pasado este tiempo no regresaba, podía contraer nuevas nupcias. Pero si antes o después de este período, y su cónyuge lo esperaba y aceptaba, tendrían que contraer nuevamente nupcias, puesto que el anterior había quedado disuelto por virtud del plazo marcado por la Ley. Sin embargo, cabe aclarar que si los dos hubiesen sido sometidos a esclavitud o prisión, y por tanto la cohabitación seguía, el vínculo continuaba.

Las Leyes Romanas nos dejan ver claramente que el matrimonio fué eminentemente consensual.

"El matrimonio deshecho por prisión de guerra, por lo cual el ciudadano se vuelve esclavo del enemigo no es rehecho iure postlimini, como los derechos familiares o patrimoniales, precisamente por que el matrimonio no es un derecho, sino una relación jurídica de mero hecho que dura mientras las condiciones de hecho de su existencia." (68)

En el caso de que no se cumpliera con lo establecido, y se contrajera matrimonio, se producía un divorcio sine causa, incurriendo en penas consiguientes.

Cabe aclarar, que si los esposos aún estando en cautiverio pero juntos, procrearán hijos, estos se considerarían legítimos.

Esta causal de disolución trae aparejada la pérdida del *connubium* o capacidad legal para contraer matrimonio.

3.- Otra de las causas de disolución sería la *Capitis - Deminutio Media*, que se traducía en la pérdida de la ciudadanía -- (*status civitatis*).

Hay autores que consideran que la pérdida de la ciudadanía no es motivo de terminación, sino únicamente se convierte en -
(68) Bonfante, Pedro. ob. cit. Pág. 189.

matrimonio iuris gentium.

"En el Derecho Clásico la deportación - que sustituye a la antigua " aqua et igni interdictio " - disuelve el matrimonio. No ocurre así en el Derecho Justiniano". (69)

4.- En Roma hubo una causa de disolución por sobrevenir un impedimento.- Esto es, el llamado "incestus superveniens", que sucedía cuando el padre adopta al esposo de su hija o, el padre -- del marido adopta a la esposa de su hijo, de manera que los cónyuges se convierten en hermanos. Esto podía evitarse emancipando al hijo o a la hija antes de contraer matrimonio." (Justiniano).

Es cuestión discutida de si se disuelve o no el matrimonio, cuando el hombre casado con una liberta tiene acceso al senado, situación de la cual, Justiniano declara su firmeza del vínculo.

5.- También podía darse por terminado el matrimonio por Divorcio (Divortum o Repudium). Esto era cuando faltaba el ánimo - de seguir siendo marido y mujer, de uno de ellos o de ambas partes denominado affectio maritalis.

Como el matrimonio se basa en el consentimiento requisito sine qua non, de suerte que si falta éste cesa el vínculo.

(69) Iglesias, Juan. ob. cit. Pág. 557.

El divorcio en un principio no fué regulado en Roma, tal vez por la severidad de las costumbres primitivas o sea, que en la antigua Roma el matrimonio era indisoluble. Pero poco a poco fué permitido el divorcio como una consecuencia del concepto de matrimonio.

Empezó cuando se dieron cuenta de que no existiendo la *affectio maritalis* entre hombre y mujer, sería inútil seguir juntos fué entonces reglamentándose. Se puede hablar de divorcio totalmente admitido hasta fines de la República.

El divorcio por su naturaleza no necesitaba de formalidades; tan solo con el simple aviso verbal, o una nota por escrito -- (per litteras) o por medio de un mensajero (per nuntium) bastaba.

La Ley Iulia de Adulteris, en el año 18 a. C., estableció que el repudio (nombre que se le daba al deseo de divorciarse) debía comunicarse por medio de un liberto y en presencia de siete testigos que fueran ciudadanos púberes, que se llevaba a cabo el caso de divorcio por causa de adulterio y reconoce un especial fundamento.

Si el matrimonio era acompañado de la manus, sólo el marido o quien ejerciera potestad sobre él, podía repudiar a la mujer y por su condición de titular del poder marital se divorciaba de su esposa (por causas graves). Es decir, que la mujer estaba impedida-

para exigir el divorcio, o bien repudiar a su marido.

Cuando la manus se hubiera celebrado por la forma de la confarreatio, era necesario (como ya habíamos comentado) una ceremonia contraria denominada Diffarreatio, para extinguirla.

Celebrada la manus por coemptio o usus, se disolvía -- por la remancipatio, o sea el negocio jurídico formal que se presentaba cuando el marido o su pater, transmite a la mujer por la mancipatio fiducia causa, al pater familias de ella o a un fiduciario, que le otorga la libertad por Manumissio.

La mujer no podía, bajo esta potestad, ni promover el divorcio ni impedirlo.

La Lex Iulia et Pappia, prohibió a la liberta divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste (invito patrono), amenazando con la pérdida del connubium a quien lo hiciera. A fines de la República se les concedió a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligando a éste a devolverle su libertad.

Como podemos observar, después de un tiempo el divorcio alcanza una gran difusión.

Por otra parte, en los matrimonios libres ambos cónyuges tenían el derecho de repudiarse.

Siguiendo las enseñanzas de Justiniano sobre éste tema, - señalaremos un régimen basado en cuatro hipótesis que consideramos como clases de divorcio:

a) *Divortium ex Iusta Causa*. - Este se considera, cuando por culpa de un cónyuge, el otro se quiere divorciar. Y la Ley menciona que causas son suficientes para ello:

- 1.- La mala conducta de la mujer o adulterio declarado.
- 2.- El alejamiento del hogar conyugal por parte de la mujer.
- 3.- El homicidio intentado por el marido.
- 4.- La falsa acusación de adulterio por parte del marido.
- 5.- La conspiración o maquinación contra el Emperador; y,
- 6.- La incitación de la esposa a la prostitución.

b) *Divortium Sine Causa*. - Se presenta por voluntad unilateral, pero sin causas previstas por la Ley, es decir, sin justificación jurídica alguna, este tipo de divorcio trajo aparejado como sanción pérdidas patrimoniales, sin embargo, se reconoce como válido. - Son causas que impiden realizar los fines del matrimonio.

c) *Divortium Ex Communi Consensu*. - Que fué el divorcio -- por mutuo consentimiento. Fué prohibido por Justiniano, pero una vez muerto (565 d. C.) lo restableció su sucesor Justino II.

Hay autores que lo confunden con el divorcio *Bonagratia* y

son totalmente diferentes, ya que el divorcio ex communi consensu, es por acuerdo común. Y el Bona gratia es por varias causas específicas.

d) Divortium Bona Gratia.- También denominado Divorcio-fundado por una causa no proveniente de la culpa del otro cónyuge, es decir, por causas no imputables a ninguna de las partes por --- ejemplo: impotencia incurable, voto de castidad, caída de un liberto, reclusión en un convento, cautividad de guerra de uno de los cónyuges, incapacidad de generar, locura, etc.

El marido que repudiara a la mujer sin estas causas, estaba obligado a restituir la dote y no podía volver a casarse y si lo hiciere se autorizaba a la mujer a invadir la casa de éste y -- apoderarse de la dote de su segunda mujer.

Y a la inversa, si la mujer repudia al marido sin las causas establecidas por la Ley, estaba obligada a dejar la dote matrimonial al esposo, hasta los objetos más insignificantes (usque ad aeculam capitis), y se le castigaba con la deportación.

Cabe establecer la diferencia entre divorcio y repudio:

Divorcio.- Es la ruptura del matrimonio en general, --- bien por voluntad de uno de los esposos o por mutuo acuerdo.

Repudio.- Es la declaración del deseo o intención de di

vorciarse, que es necesario realizar, ya que es el acto ejecutivo del divorcio.

Hablaremos ahora de las Segundas Nupcias las cuales -- también fueron reguladas por el Derecho Romano.

En el supuesto de un segundo Matrimonio, en Roma se -- salvaguardaron los intereses de los hijos nacidos en el primero, - estableciendo una serie de disposiciones y normas a su favor y en contra del parens binúbis (persona deseosa de un segundo matrimonio).

Una de estas normas es, que todo lo que el parens binúbis adquiriera gratuitamente del primer cónyuge predifunto, tanto la dote y la donación nupcial o cualquier bien (lucra nuptialia) - pasaba a ser propiedad de los hijos del primer matrimonio, al con- traer el segundo, y al parens binúbis solamente le pertenecía el - usufructuo de ello.

La Legislación cristiana no acepta la celebración de - un segundo matrimonio y hasta los sanciona (poenae secundarum nup- tiarum). Primero se castigó a la mujer y después al hombre.

Otra norma es, que el cónyuge binúbis (denominación que- se le da a el cónyuge que contrae segundas nupcias) no puede dar- a su esposo (padrastra) o esposa (madrastro de sus hijos) una can- tidad mayor a la que recibe el menos favorecido de los hijos de -

su primer matrimonio.

Son nulas las enajenaciones de los lucra nuptialia (bienes adquiridos durante el primer matrimonio) efectuadas por el cónyuge binúbo. Como nulas son las realizadas antes de contraer las segundas nupcias.

CAPITULO TERCERO

"ANALOGIAS DEL MATRIMONIO EN ROMA CON NUESTRO
CODIGO CIVIL ACTUAL"

- III.1 Analogías entre el Matrimonio en Derecho Romano y nuestro Código Civil actual.
- III.1.1 En relación con los requisitos para contraer Matrimonio.
- III.1.2 Con respecto a los impedimentos para contraer Matrimonio.

III.1 'ANALOGIAS ENTRE EL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO Y NUESTRO CODIGO CIVIL ACTUAL'

Daremos en principio un comentario sobre los esponsales, tema del cual ya señalamos algunas cuestiones, sin embargo, lo diferenciaremos con el Código Civil vigente.

En cuanto al concepto de esponsales en Roma fueron -- considerados como un acuerdo y una promesa mutua de futuro matrimonio.

En el Código Civil en estudio Artículo 139 se consideran como: "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales". (70)

En Roma podía celebrarse por escrito o verbalmente, - según se quisiera.

Por lo que se refiere a la edad en Roma no se exigió una edad determinada; sin embargo, Justiniano estableció la edad de siete años.

El Artículo 140 dispone: "Sólo pueden celebrar esponsales, el hombre que ha cumplido dieciseis años y la mujer que - ha cumplido catorce". (71)

(70) Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S. A. Quinquagésimo tercera Edición. México. 1984. Pág. 71.

(71) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 71.

Como podemos observar en nuestro Código Civil actual-
si se exige una edad específica para celebrarlos.

En la antigua Roma fué importante el consentimiento -
de los padres para celebrar los esponsales, tanto que en el caso
de la mujer, con el hecho de quedarse callada, el pater lo consi-
deraba como afirmativo el consentimiento. Y más que nada fué un-
pacto entre los padres de los novios, sin importar la edad de és-
tos.

En el Código Civil en vigor, se establece en su Art.-
141 que: "Cuando los prometidos son menores de edad, los esponsa-
les no producen efectos jurídicos sino han consentido en ellos -
sus representantes legales". (72)

En un principio para los romanos el incumplimiento de
los esponsales se sancionaba, ya que si sucedía esto tendría que
devolver la suma de dinero que se había otorgado para dicha celo-
bración. Pero poco a poco fué cayendo en desuso la posibilidad -
de pedir judicialmente el cumplimiento de ésta promesa, pues el-
vínculo que nacía (para el Derecho Clásico) era puramente ético-
y no obligaba a celebrar el matrimonio.

Y así en el Código Civil, Artículo 142 se señala: "Los
esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en-

(72) Código Civil para el Distrito Federal. ob.cit. Pág. 71.

ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa".

(73)

Como podemos ver ya desde entonces no se sancionaba, sin embargo, nuestro Código Civil en su Artículo 143 señala: -- "El que sin causa grave, a juicio del Juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente".(74)

(73) Código Civil para el Distrito Federal. ob.cit. Pág. 71.

(74) Código Civil para el Distrito Federal. ob.cit. Pág. 71.

Como vemos el Código Civil en cuestión da la exigencia de que en caso de celebrar los esponsales por escrito, se sancionará a la persona que los incumpla, bien sea sin causa -- justificada, o por causa justa. Tan es así, que el Artículo 144 dice: "Las acciones a que se refiere el Artículo que precede, sólo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio". (75)

Por lo que se refiere a los requisitos para celebrar los esponsales en Roma, se aplicaron los mismos para contraer matrimonio. Que el Código Civil no establece.

El Derecho Postclásico Romano toma una Institución Oriental, la de las Arras Esponsales; habiéndose cambiado las arras; aquél que sin justa causa, dejara de cumplir la promesa, perdía las arras que dió y debía devolver el cuádruplo de las que recibió. En cuanto a los regalos en época de Constantino, se dispuso que en caso de incumplimiento, se pudiera pedir la devolución de éstos, aún cuando tales donaciones no estuvieran ligadas a la obligación del matrimonio.

Este derecho de devolución se rehusó a la parte cuya voluntad el matrimonio no tiene lugar.

A este respecto el multicitado Código Civil en el Artículo 145 nos dice: "Si el matrimonio no se celebra, tienen-

(75) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 72.

derechos los prometidos a exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo de su concertado matrimonio. Este derecho durará un año contado desde el rompimiento de los esponsales." (76)

Realmente, el Derecho Romano abarcó más este tema, - tal vez por las costumbres existentes para entonces. Y el Código en estudio no lo contempla tanto. Probablemente por la falta de práctica en estos casos y así, Antonio de Ibarrola nos dice al respecto: "En nuestro medio, anticipémoslo, y durante nuestra ya bien larga práctica en el ejercicio de la abogacía, jamás hemos tenido conocimiento de algún caso en que se hubieren celebrado los esponsales. Por ende, nunca hemos tenido conocimiento tampoco de acción alguna que se hubiere por una de las partes en contra de la otra. Los esponsales no están ya a tono con el agitado mundo en que vivimos, nada perderíamos si se omitiera el contrato, suprimiéndose los Artículos del 139 al 145, inclusive de nuestro actual Código Civil." (77)

Por lo que se refiere al concepto del matrimonio, Rogina Villegas Rafael en su Compendio de Derecho Civil de Personas y Familia nos dá una idea de como ha evolucionado éste:

(76) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 72

(77) De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. 2a. Edición. México. 1981. Pág. 157.

" 1.- PROMISCUIDAD PRIMITIVA.- Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado.

2.- MATRIMONIO POR GRUPOS.- El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues -- por la creencia mítica derivada del Totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan.- De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta.

Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad manteniéndose por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre.

3.- MATRIMONIO POR RAPTO.- En una evolución posterior debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas -

cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por rapto.

En esta Institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

4.- MATRIMONIO POR COMPRA.- En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad - pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5.- MATRIMONIO CONSENSUAL.- Por último, el matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el Derecho Canónico, en un contrato como se considera-

por distintos Derechos Positivos a partir de la separación de la Iglesia y el Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público." (78)

Y así daremos un concepto moderno muy personal tomando como guía el Código Civil para el Distrito Federal:

"Matrimonio es un contrato bilateral solemne, por medio del cual dos personas de diferente sexo se unen con el propósito de ayudarse mutuamente y perpetuar la especie."

En relación a los efectos jurídicos del matrimonio.- El Código en vigor dispone sobre los derechos y obligaciones -- que nacen del matrimonio al igual que en el Derecho Romano.

En el Artículo 162 del citado Código se establece -- que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente." (79)

Sobre esto en el Derecho Antiguo Romano se estableció que el hombre tenía la obligación hacia la mujer de prestarle asistencia material, moral y hasta jurídica. Y la mujer al estar sujeta al poder marital tenía las mismas obligaciones para con él.

(78) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Introducción, personas y familia. Editorial Porrúa, S.A. 15a. Edición. México. 1978. Pág. 277.

(79) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 75.

Respecto del segundo párrafo del Artículo 162 que dice: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges." (80)

El Derecho Romano sancionó la soltería (célibes) y la carencia de hijos (orbi). Lo cual quiere decir, que era mejor tener hijos y casarse, que no tenerlos. Pero no reglamentó cuantos hijos deberían tener, o sea, que es un tanto coincidente con el Código Civil.

El Artículo 163 del Código Civil en estudio dispone: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales." (81)

En este caso Roma estableció que la mujer tomaba el rango social del marido y se obligaba a seguirlo y vivir con él en el domicilio conyugal.

Como podemos observar, ya se consideraba como hogar conyugal, el lugar donde habitan los cónyuges, aunque en la mayoría de los casos, este hogar era el del pater familias. Por que como ya sabemos en el matrimonio in manu, era el pater el

(80) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 75

(81) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 76.

jefe de familia.

Por lo que hace al Artículo 164 del pluricitado Código Civil, señala que: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades, a lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos." (82)

Los romanos al respecto dispusieron que se otorgara una donación especial que daba la mujer a propósito del matrimonio al marido para sostener las cargas del hogar. Más que nada se reguló la parte de la mujer y no la del marido.

Pero en el Código Civil vigente si se exige para ambas partes un sostenimiento del hogar, tanto para ellos como para sus hijos.

Sobre el párrafo segundo del Artículo mencionado con-
telación que dice: "Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

(82) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 76.

Se estableció en Roma que bajo ciertos aspectos, el hombre (vir) y la mujer (uxor) no están en igualdad de circunstancias, sino que ésta viene a ser subordinada de él. Ya que, - como sabemos en Roma la mujer estuvo sujeta al marido, si se -- trataba de matrimonio acompañado de la manus. Y por tanto, ella no tenía poder sobre el hogar, sino el marido o el pater de éste era quien dirigía la casa conyugal. Desde luego que este poder debía ser aplicado prudentemente, sin rebazar los límites - de la consideración.

En el Artículo 165 del Código en análisis, se dispone que: "Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien -- tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos éstos derechos." (83)

Ya antes habíamos dichos que los derechos y obligaciones derivados de la filiación en Roma, eran recíprocos para padres e hijos; los primeros debían dar a los descendientes, -- alimentos, vestido, educación, habitación, etc., y en caso de - los padres se encuentren imposibilitados, esta obligación es para los hijos, así como la obligación de respetarlos. Entonces - vemos que ya en Roma se regulaba sobre dicha situación.

(83) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 76.

El Código en cuestión Artículo 168 dice: "El marido - y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolver de común acuerdo todo lo conducente - la manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y - a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En ca so de desacuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente."

(84)

Sobre ésto en Roma, como ya sabemos hubo un tiempo en que la mujer estuvo sujeta al marido y por tanto él era quien te nía la autoridad en el hogar pero existiendo dos tipos de matrimo nio uno cum manu y otro sine manu, era diferente situación.

En el matrimonio cum manus, la mujer tenía la catego ría de hija, y se consideraba hermana de sus hijos. Y el marido ejercía poder sobre ella y por tanto salía de su familia origina ria, pasando a la de su marido.

En el matrimonio sine manus, la mujer seguía formando parte de su familia de origen, conservando así su condición. En cuanto a los bienes sólo pertenecían a ésta.

Nos damos cuenta que a la mujer se le dá un trato más desahogado, sin embargo, en la actualidad ambos tienen igualdad de condiciones.

(84) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 77.

Respecto al Artículo 169 que señala: "Los cónyuges - podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición." - (85)

En Roma fué tomado en cuenta ya que un ciudadano romano no podía contraer nupcias con una mujer de baja extracción o prostituta.

En relación al Artículo 172 que dice: "El marido y - la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, - contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin - que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes." (86)

En el Derecho Romano el hombre y la mujer con sus -- bienes podían hacer lo que quisieran, siempre y cuando se tratara de un matrimonio libre. Ya que si era un matrimonio sujeto a la manus, todos los bienes aportados por la mujer, bien sea por

(85) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 77

(86) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 77.

herencia, durante el matrimonio o por donación, por su trabajo u otro medio, pasarían por necesidad a manos del marido. También se regulaba que cada uno resolviera que hacer con sus bienes o que el marido los administrara.

El Artículo 173 señala que: "El marido y la mujer, - menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en -- los términos del Artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, grabarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales." (87)

En la Roma Antigua al parecer no se reguló específicamente ésto, ya que los menores de edad tenían a su pater familias que en un momento dado les administraría sus bienes.

Por lo que toca al Artículo 174 que dispone que: "Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre - ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para plei-- tos y cobranzas o para actos de administración." (88)

El Derecho Romano no menciona nada en concreto, y -- por tanto, nuestro Código en vigor es diferente.

El Artículo 175 dice: "También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o -

(87) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 77

(88) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 77

se obligue solidariamente con él, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad." (89)

Al respecto en Roma se dispuso que la mujer tenía --- prohibido ser fiadora de su marido. Por tanto es diferente la legislación Romana en este sentido a nuestro Código Civil actual.

El Artículo 176 dispone: "El contrato de compra venta sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes." (90)

Al respecto el Derecho Romano no dispuso nada, así como tampoco sobre el Artículo 177 que dice: "El marido y la mujer durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro, para la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio." (91)

En relación con los bienes el Código en su Artículo - 178 menciona: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes." (92)

En efecto, los romanos regularon que en el matrimonio

(89) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 77

(90) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 78

(91) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 78

(92) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 78

cum manus los bienes serían de ambos cónyuges, con la administración del marido. Es decir, que al pasar la mujer al lugar de hija el esposo sería el encargado de manejar los bienes.

Como vemos si se reguló, aunque no con el nombre de Sociedad Conyugal, pero de alguna forma se dió.

Por lo que se refiere a los Artículos 179 al 182, podemos decir que, en Roma no se entendió como capitulaciones matrimoniales la organización de los bienes, que hoy en día así se le conoce.

En realidad nuestro Código Civil actual maneja los dos regímenes ampliamente y por separado.

El régimen de Sociedad Conyugal está contemplado en el Capítulo V a partir del Artículo 183 al 206, de cual no hay mucho que decir, ya que en Roma no se manejó tan separadamente y no se hizo un estudio específico sobre éste.

En cuanto al régimen de Separación de Bienes que se encuentra en el Capítulo VI del citado Código, que abarca los Artículos 207 al 218 podemos decir que, concuerda en virtud de que en Roma también se consideró que los bienes de la mujer eran de ella únicamente. Esto es, que seguía perteneciendo a su familia y conservaría absolutamente sus derechos patrimoniales. Así el hombre también conservaba sus bienes, aunque el tenía que car

gar con las necesidades del hogar. Esto fué en una época, ya que la mujer tuvo que contribuir más adelante también en los gastos del hogar.

En consecuencia, podemos observar que en Roma ya existían en virtud de las dos formas de matrimonio, el cum manus y el sine manus, dos regímenes de bienes, el de sociedad conyugal que entra en el matrimonio acompañado de manus y el de separación de bienes dentro del matrimonio libre o sine manus.

Claro que no se reguló tan ampliamente como ahora, -- sin embargo, ya se empezaba a considerar como algo importante -- dentro de la Institución del matrimonio.

El tema de las Donaciones Antenuptiales que contempla el Código Civil en el Capítulo VII en sus Artículos 219 al 231, -- los romanos también las reglamentaron.

Y así, como ahora, son las donaciones que antes del matrimonio hace un esposo al otro, en Roma también fueron consideradas como las otorgadas antes de celebrar el matrimonio, pero por virtud de los esponsales, por medio de los cuales el novio -- daba a su futura esposa una donación en ocasión al matrimonio.

A estas donaciones nupciales, en Roma se les dió el -- nombre de "Donatio Propter Nuptias", y fueron, así como ahora -- hechas por alguno de los futuros cónyuges o por un extraño a fa-

vor de uno de ellos.

Desde luego que antes y ahora quedan sin efecto si el matrimonio no llegara a realizarse. También se otorgaron durante el matrimonio.

En Roma se dió una dote que podríamos llamar la dote tipo, que tiene un campo más amplio y que en nuestro Código Civil actual no se estudia tan profundamente, tal vez porque la costumbre ha decaído.

En el Capítulo VIII, Artículos 232 al 234 del Código en cita, se establecen las donaciones entre consortes, donaciones que para los romanos fueron prohibidas con el fin de evitar que por virtud de los sentimientos, uno de los esposos se aprovechara de la generosidad del otro. Estas tenían que otorgarse antes del matrimonio o ser prometidas, como podemos observar, el Derecho Romano fué un poco más estricto que el Derecho Civil actual, ya que éste permite, desde luego con un margen, las donaciones entre consortes.

III.1.1 "EN RELACION CON LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO".

Es importante saber si ha evolucionado el vínculo matrimonial desde la Roma Antigua hasta nuestro días.

En Roma no se habló de que los contrayentes tenían --

que acudir ante los funcionarios y con formalidades específicas.- Sin embargo, en el matrimonio acompañado de la manus y celebrado mediante la Confarreatio, se exigía llevarse a cabo en presencia de un sacerdote que representara al Dios del Matrimonio (Júpiter) al que se denominó Flamen. Realmente el matrimonio romano no fué siempre acompañado de formalidades como el actual.

El Código al respecto señala en su Artículo 146 que: - "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige". (93)

Así también en el Artículo 147 establece que: "Cualquier condición contraria a la perpetuación del especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta." (94)

Esto en el Derecho Romano no se contempló, simplemente se consideró justo el ayudarse y el tener hijos.

El Código Civil en vigor Artículo 148 dispone que: "Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas ". (95)

(93) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 72

(94) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 72

(95) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 72

En el matrimonio romano se estableció como requisito indispensable para celebrarlo la Pubertad o Idoneidad Física, -- que fué la edad en que las facultades físicas del hombre y la mujer se encontraban desarrolladas. La edad suficiente para el hombre fué a los catorce años y para la mujer a los doce años.

Como podemos ver, antes se acostumbraba que los hijos se casaran a muy temprana edad y en la actualidad ya un poco más grandes.

El Artículo 149 del Código en cuestión señala que: "El hijo o la hija que no hayan cumplido 18 años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva.

Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella.

A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos ". (96)

A decir verdad el Derecho Romano si exigió el consen-

timiento, pero del padre, y en caso de imposibilidad, el del padre familias de éste, o de su tutor, sin importar la edad. Y en virtud de esto el consentimiento del padre fué un requisito muy necesario. Aunque, en caso de imposibilidad o simplemente que el padre no quisiera darlo, se dispuso que los contrayentes podían acudir ante un Magistrado quien daría entonces la autorización. - En Roma el consentimiento de la madre no se tomó en cuenta, ya que ésta carecía de autoridad. Pero ya para el bajo Imperio, si se aceptó la voluntad de la madre o de sus parientes más cercanos, para contraer el matrimonio. Situación que pensamos se encuentra contemplada de alguna manera en los Artículos del Código Civil en vigor que a continuación señalamos:

Artículo 150.- "Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, suplirá - el consentimiento, en su caso, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor". (97)

Nos podemos dar cuenta, que la madre en el Derecho Antiguo no fué importante en este sentido, sin embargo, en otro sí.

Artículo 151.- "Los interesados pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento".

(97) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 73

timiento o revoquen el que hubieren concedido.

Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento." (98)

Sobre ésto ya explicamos, que en Roma si se dió, que en caso de negativa del padre sin justa causa, el hijo podía -- asistir ante un Magistrado para que a su arbitrio se otorgara o no la autorización para unirse en matrimonio.

Artículo 152.- "Si el Juez, en el caso del Artículo 150, se niega a suplir el consentimiento para que se celebre un matrimonio, los interesados ocurrirán al Tribunal Superior respectivo, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles". (99)

Como podemos comprender en este ordenamiento, se le dá importancia a la unión, puesto que al no otorgarse el consentimiento por las personas indicadas, tienen otra opción para poder unirse.

En el Artículo 153 se contempla que: "El ascendiente o tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el Juez del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos que haya justa causa para ello."

(100)

(98) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 73

(99) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 73

(100) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 73.

Esto pudo haber sucedido en el Derecho Romano, ya que que el consentimiento del padre fué muy importante para ellos.

El Artículo 154 establece que: "Si el ascendiente, o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que en su defecto tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro -- del término fijado en el Artículo 101. " (101)

También en Roma si fallecía el padre de uno de los -- contrayentes, habiendo otorgado su consentimiento, antes de celebrado el matrimonio, no podía ser revocado, ya que de la voluntad del padre dependía la unión de los hijos o hijas.

Artículo 155.- "El Juez que hubiere otorgado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar el consentimiento, una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente". (102)

Sobre el particular podemos decir, que en Roma era el Magistrado quien autorizaba dicha unión, por tanto, así como el padre que una vez otorgaba su consentimiento no podía retraerse, el Magistrado tampoco. Pero suponemos que sólo existiendo una -- causa justa superveniente se podía revocar el consentimiento.

(101) Código Civil para el Distrito Federal ob. cit. Pág. 73

(102) Código Civil para el Distrito Federal ob. cit. Pág. 73.

Cabe señalar que en Roma la intervención del pater familias en el matrimonio de sus hijos, fué una derivación de los amplios poderes que guardaba la patria potestad.

El Código Civil en estudio, no es tan específico al mencionar los requisitos como el Derecho Romano, sin embargo, entendemos que son los mismos, a los que antiguamente se exigían para poder contraer nupcias.

Es necesario como ya vimos, la edad, que en Roma vendría siendo la pubertad, aunque la que se exigió era menor a la actual. También indispensable el consentimiento de los contrayentes, situación que hasta nuestro días es la más importante, ya que si no existe el consentimiento mutuo no hay matrimonio. La voluntad de los padres fué necesaria también. Y en el Derecho actual desde luego que es importante, si quien desea contraer matrimonio es menor de edad, pero si tiene más de dieciocho años - puede casarse aún sin la voluntad de sus padres.

El connubium no se contempla en nuestro Código Civil actual, en virtud de que es un país libre y las personas pueden casarse con quien deseen y esto no se limita.

III.1.2 "CON RESPECTO A LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO"

En el Derecho Romano existieron como ahora, situacio-

nes que impedían la unión matrimonial que estudiaremos a continuación.

Al respecto el Código Civil en vigor no dice en su Artículo 156.- "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I.- La falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada;

En este caso la Legislación Romana nunca reguló, que una persona que contara con mas de dieciocho años podía contraer nupcias sin el consentimiento de su padre. Es decir, que tuviera la edad que fuere, tenía que contar con el consentimiento de su padre o del pater de éste. Lo que entendemos es que el Derecho Romano fué más estricto.

II.- La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez en sus respectivos casos;

Esto ya lo analizamos en el tema anterior, cuando dijimos que en Roma, el consentimiento del padre fué indispensable para unirse en matrimonio.

III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendiente o des

endiente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

Como ya habíamos visto en el tema de los impedimentos en Roma, encontramos una gran similitud a los de hoy en día.

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

Fue así regulado en Roma también.

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

En Roma se sancionó el adulterio, aunque no se especificó si dichas personas pretendían contraer matrimonio. Más bien se dispuso como impedimento la unión matrimonial entre --- adúltera y su cómplice.

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

Sobre esto no se estableció en el Derecho Romano.

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre raptor y raptada, mientras ésta no --

sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

En la Roma Antigua se prohibió definitivamente la --- unión entre raptor y raptada, sin establecer que ésta podía, estando en lugar seguro, dar su consentimiento.

VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, la -- eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas - enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, - la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, -- además, contagiosas o hereditarias;

Antes no se reguló sobre esto, tal vez por las costumbres tan estrictas que seguían los romanos.

IX.- El idiotismo y la imbecilidad;

Sobre esto tampoco dispusieron nada los romanos.

X.- El matrimonio subsistente con personas distinta -- de aquélla con quien se pretenda contraer". (103)

De estos dos últimos impedimentos el Derecho Romano no fué muy explícito.

Otro impedimento que establece el Código Civil en su Artículo 157 dice: "El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción". (104)

Este formó parte de los impedimentos relativos que se establecieron en Roma, disponiendo que la prohibición del matrimonio entre hermanos por adopción no era aplicable siempre que uno de ellos hubiera perdido tal calidad por su emancipación.

En el Artículo 158 se señala que: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo.

En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación". (105)

Al respecto en Roma se consideró como término para poder contraer nuevas nupcias, bien sea por viudez o por divorcio, primero diez meses y después se extendió a un año que es casi el mismo de hoy en día.

El Artículo 159 dice: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a-

(104) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 74

(105) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 75

no ser que obtenga dispensa la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas - la cuentas de la tutela". (106)

En relación a esto el Derecho Romano dispuso la prohibición, bajo pena de nulidad, del matrimonio entre tutor y descendientes, con la pupila, hasta que no se hubieren rendido las cuentas. Se estableció con el fin de evitar que los tutores escapan de su obligación de rendirlas.

Asimismo, en el segundo párrafo del Artículo en cuestión se dispone que: "Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor".

Prohibiciones que ya se daban en Roma.

En cuanto a los Artículos 160 y 161 no se contemplan dentro del Derecho Romano.

Por otra parte sentimos la necesidad de mencionar dentro de este capítulo lo que del matrimonio nos dice la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 4o. primer párrafo: "El Varón y la Mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".(107)

(106) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 75

(107) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A. Septuagésimo Tercera Edición. México - 1983. Pág. 9.

Ya habíamos apuntado que en Roma la mujer estuvo sujeta a la voluntad del hombre y poco a poco fué ganando un lugar en el hogar conyugal, tanto que en el matrimonio sine manu, ya eran iguales hombre y mujer. Con esto nos podemos dar cuenta, que el Derecho Romano espezaba a reconocer que el hombre y la mujer podían estar en igualdad de circunstancias.

Finalmente, cabe señalar también el Artículo 130 párrafo tercero: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las Leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen". (108)

Como podemos observar dicho Ordenamiento contempla al matrimonio como un contrato civil, y en el Derecho Romano también se llegó a considerar como tal por algunos autores, pero la mayoría no lo menciona, más que nada lo regularon como la unión de hombre y mujer.

(108) Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos. ob. cit. Pág. 106.

CAPITULO CUARTO

" ANALOGIAS DE LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL
EN ROMA CON NUESTRO CODIGO CIVIL EN VIGOR."

IV.1 Analogías de la Disolución del vínculo Matrimonial
 en Roma y nuestro Código Civil en vigor.

IV.1.2 En cuanto a las causas de Disolución.

IV.1 "ANALOGIAS DE LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL EN ROMA Y NUESTRO CODIGO CIVIL EN VIGOR".

En Roma, muy al principio, el Matrimonio era Indisoluble, sin embargo, con el tiempo se fué reglamentando la disolución de dicha unión, en virtud de que para los romanos era imprescindible la *Affectio Maritalis*, es decir, la intención o voluntad de ser marido y mujer, por lo que se dieron cuenta que faltando ésta, no era necesario o bien, justo que siguieran juntos.

El Código Civil en estudio, señala en el Artículo --- 266 que: "El Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (109)

En Roma también se reguló el Divorcio como causa de disolución y el hombre podía contraer nupcias después de la disolución y la mujer a contrario sensu, tenía que dejar pasar un período de un año para poder contraer nupcias, (que en un principio fué de diez meses).

Como se observar, son un tanto diferentes, ya que -- nuestro Código Civil en vigor, contempla a ambos cónyuges por -- igual y desde luego que tienen que dejar pasar un período para -

(109) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 93

poder contraer matrimonio nuevo que sería de un año, cuando se divorcien voluntariamente y de dos años para el cónyuge culpable del divorcio, esto con fundamento en el Artículo 289 del Código en cuestión.

En Roma se consideraron como clases de divorcio las siguientes:

a) Divortium Ex Iusta Causa.- Que era aquél que por culpa de uno de los cónyuges el otro se quería divorciar, y las causas que lo motivaron fueron:

1.- La mala conducta de la mujer o el adulterio declarado.

2.- El alejamiento del hogar cónyugal por parte de la mujer.

3.- El Lenocinio intentado por el marido.

4.- La falsa acusación del adulterio por parte del marido.

5.- La conspiración o maquinación contra el Emperador.

6.- La incitación a la prostitución.

Como podemos observar este tipo de divorcio que en Roma se dió, sería factible considerarlo como el divorcio necesario de hoy en día, en virtud de que las causas por las cuales se presenta son un tanto parecidas a las que nos menciona el Código cita. Sin embargo, es un tema que abarcaremos más adelante.

b) Divortium Sine Causa.- Que se presentaba por la voluntad unilateral, pero sin causas previstas por la Ley. Que trajo aparejada como sanción, pérdidas patrimoniales, sin embargo, - si fué válido.

Realmente en la actualidad no se dá este tipo de di--
vorcio, es decir, que casi siempre se presenta éste, bien sea --
por voluntad de las partes o por causa justificada, sin embargo,
sí puede darse, pero nuestro Código en estudio no es muy explici
to al respecto.

c) Divortium Ex Comuni Consensu.- Que fue el Divorcio
denominado ya entonces, por mutuo consentimiento. Que en un princi
picio no fué aceptado por los romanos, pero poco a poco se regla
mentó.

En el Código Civil vigente se dispone en su Artículo-
274 que: "El Divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse--
sino pasado un año de la celebración del matrimonio". Así tam--
bién en el Artículo 275 se dice que: "Mientras se decrete el Di-
vorcio, el Juez autorizara la separación de los cónyuges de una-
manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegu--
rar la subsistencia de los hijos, a quienes haya obligación de -
dar alimentos". Y en el Artículo 276 que dice: "Los cónyuges que
hayan solicitado el Divorcio por mutuo consentimiento, podrán --
reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el
Divorcio no se hubiere decretado. No podrán volver a solicitar -

el Divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación'. (110)

Al respecto en Roma no fueron muy extensivas, únicamente se habló de que algunos autores lo confundían con el Divorcio Bona Gratia que analizaremos a continuación. Así como tampoco se dispuso sobre lo que al respecto señala el Artículo 272 último párrafo y 273 con sus respectivas fracciones.

d) Divortium Bona Gratia.- Que se denominó también, Divorcio fundado en una causa ajena a alguna de las partes o a ambas, por ejemplo: impotencia incurable, voto de castidad, caída de un liberto, locura, etc.

Como podemos ver en el Derecho Romano ya se establecía como causa de Divorcio, la impotencia incurable y la enajenación mental incurable a que alude el Artículo 267 fracciones VI y VII que abarcaremos en el próximo y último tema.

Asimismo en el Código Civil en vigor, se establece en su Artículo 277 que: 'El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del Artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y decretar esa sus-

(110) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 96.

pensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas -- por el matrimonio'. El Artículo 278 también dice: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a el, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan -- llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".(11)

En relación a ésto, podemos agregar que nuestro Derecho Civil se consideró como el Divorcio Vincular que es cuando - se presenta dicha situación. Lo cual en Roma no se reguló.

En la Legislación Romana, tampoco se contemplaron los Artículos 268 al 270, 272 y 279 al 291.

En consecuencia, entendemos que nuestro Derecho Civil actual ha venido evolucionando y cada vez más se sigue reglamentando sobre éste tema, por tanto, es en muchos aspectos diferente el Derecho Romano antiguo, del Código Civil de hoy en día, en virtud de que éste último regula más ampliamente el Divorcio.

IV.1.2 'EN CUANTO A LAS CAUSAS DE DISOLUCION'.

Ya hablamos en el tema anterior de algunas de las causas de disolución del vínculo matrimonial en Roma, y la que nos interesa abundar más ampliamente es la causa por Divorcio, en -- virtud de que hoy en día, es la única forma de disolver el matrimonio, es decir, que las diferentes causas que se presentaban en

(11) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 97.

Roma, actualmente se encierran dentro de las causales de Divorcio que se mencionan en el Artículo 267 del Código en análisis y que son las siguientes:

"Son causales de Divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el ma--trimonio, un hijo concebido antes de celebrarse éste contrato, y que judicialmente sea declarado legítimo;

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino -- cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de Incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otro enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celubrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de los dos años de prisión;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistentes de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley una pena -- que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento; y

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, - la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".(112)

Una vez señaladas las causales de Divorcio que tienen como resultado la disolución del matrimonio hoy en día, trataremos de hacer un comparativo al respecto.

Comenzaremos con la primera de las causas que Roma -- consideró, y que era la muerte de uno de los cónyuges, sobre ésta podemos pensar que se encuadra dentro de la fracción X del -- Artículo 267 ya mencionado.

Por lo que se refiere a la segunda causa por pérdida de la libertad, desde luego que es muy diferente a la Legisla---

(112) Código Civil para el Distrito Federal. ob. cit. Pág. 93

ción actual, ya que como sabemos la esclavitud fué abolida hace muchos años. Aunque si entendemos como pérdida de la libertad, -- cuando uno de los cónyuges es puesto en prisión, si sería similar a la fracción XIV del citado Artículo.

Realmente, la causa de disolución por pérdida de la -- ciudadanía, no se reglamenta en nuestro Código Civil en vigor.

En lo que respecta a la causa por sobrevenir un impedimento tampoco se regula en el Código Civil multicitado.

Y la última causa sería por Divorcio es la que estamos abordando.

Por otra parte, cabe señalar, que algunas de las causas de Divorcio que el Código menciona, se dispusieron en Roma como causas de disolución por Divorcio Ex Iusta Causa y que fué en primer lugar la mala conducta de la mujer o adulterio declarado, -- que vendría siendo la primera de las causales establecidas en el Artículo 267 en cuestión. En cuanto a la causa por la falsa acusación de adulterio por parte del marido, no se regula hoy en día.

La que nos presentan los romanos como otra causa, es -- la consistente en el alejamiento del hogar por parte de la mujer -- que en nuestros días se aplica a ambos cónyuges, pero en Roma no se estableció un tiempo determinado y en nuestra Legislación actual si se exige que pasen seis meses sin causa justificada de la separación del hogar conyugal.

En consecuencia, vemos que nuestro Código Civil vigente ya contempla a ambos consortes y establece un período determinado, por lo que difiere del Derecho Antiguo Romano.

En lo relativo a las causas por lenocinio intentado - por el marido y la de incitación a la prostitución, las podemos encuadrar en la III causal de Divorcio ya mencionada. Y como vemos ya en Roma se castigaba dicha acción y por lo tanto, hay similitud entre ambas Legislaciones.

Otro de los tipos de Divorcio que en Roma se le denominó Divortium Bona Gratia, es semejante a la VI causal de Divorcio establecida en el Artículo 267 ya señalado, en virtud que la causa para dar lugar a este Divorcio fué la impotencia incurable y en este sentido es igual al Código Civil vigente. También es parecido en relación a la causal VII del Artículo citado, en lo referente a la enajenación mental, que en Roma denominaron locura.

Finalmente, cabe señalar que en Roma también se dió - como otro tipo de divorcio el llamado Divortium Ex Comuni Consensu, que fué el Divorcio por mutuo consentimiento y que, coincide con la fracción XVII del Artículo en cita, que se entiende como causal de Divorcio y no como los romanos lo consideraron una clase de Divorcio.

En consecuencia, podemos observar, que las dos Legis-

laciones analizadas si son en algunos aspectos similares y en otros diferentes. Y no cabe la menor duda de que la actual ha venido evolucionando tal vez a favor, ya que es muy importante en nuestros días la Institución Matrimonial, sus consecuencias, así como la Institución del Divorcio y sus consecuencias.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Como lo hemos manifestado en los diversos capítulos de esta obra, la Institución del Matrimonio en Roma, constituyó uno de los aspectos más importantes desde el punto de vista político, económico y social, esto es paralelo a la fuente de Derecho que nos legaron. Así, hemos podido determinar que las dos etapas más trascendentales fueron las que se indentificaron como: Matrimonio Cum Manus y el Sine Manus que evolucionó desde una autoridad absoluta del hombre, pasando por la influencia familiar, hasta llegar a la igualdad del hombre y la mujer, situaciones jurídicas que nuestra Legislación ha podido absorber y las estimo procedentes.

SEGUNDA.- De la exposición de los capítulos anteriores tenemos conocimiento que, aún cuando hubo diversos tipos de Matrimonio con sus respectivas formalidades, fue la Iustae Nuptiae, el Matrimonio legítimo que, constituyó la base y fundamento de la familia romana y ha pasado en su totalidad a nuestra época socio-jurídica. No dejaremos de mencionar que dentro de los tipos a que nos referimos existieron otras uniones como lo fueron el Contubernium (que se dió entre esclavos o entre esclavo y persona libre); el Sine Connubium, (se daba entre peregrinos o entre uno de ellos con ciudadana romana); el Concubinatio (su fin era el de llevar -- una convivencia sexual, sin llegar al matrimonio), con el transcurso del tiempo, en la era de Augusto, fué reconocido en la Le--

gislación Imperial y es una situación de hecho que aún persiste y se encuentra regulada en nuestra Legislación con casi una igualdad de Derecho equiparables a los que origina el matrimonio, aún abarcando a los hijos, situación que compartimos en todos sentidos.

TERCERA.- Como hemos desarrollado en los antecedentes - del capítulo primero, y además haber hecho hincapié en las anteriores conclusiones en el sentido de que el matrimonio fue la Institución Civil más importante en la Roma Antigua, sus elementos formales y características peculiares inherentes al mismo han sido pautas definitivas en nuestro Código. Así, compartimos la idea y práctica que el matrimonio era la unión legal que a través de la convivencia del hombre y la mujer tenían la perpetuación de la especie para la procreación y educación de las nuevas generaciones; con la ayuda permanente total y recíproca, y al igual que en nuestra sociedad, fué siempre monogámico, el cual compartimos por considerar que es la base para la consolación del núcleo familiar.

CUARTA.- Desde luego que no todas las costumbres y aspectos legales se han heredado y que tampoco se comparten, entre ellos podemos citar aquellos que se referían a la obligación que tenían tanto el hombre y la mujer de volver a casarse si se divorciaban o enviudaban; en estos casos se les señalaba un plazo para hacerlo, de lo contrario tenían fuertes sanciones. Tampoco compartimos el criterio de evitar la mezcla de las clases entre los ciudadanos, pues esto rompe con el principio de la igualdad social, -

política, espiritual y legal de los hombres entre sí.

QUINTA.- Por cuanto hace a los requisitos, o condiciones de validez para contraer nupcias, eran los siguientes: 1) Pubertad de los esposos; 2) Consentimiento de ambos; 3) Consentimiento del pater familias; 4) Connubium. Los tres primeros requisitos los consideramos valederos, trascendentales, de tal suerte que: la pubertad es un requisito elemental para la eficaz preservación de la especie, tanto el hombre como la mujer deben tener el desarrollo física y genético lo suficientemente desarrollado; esto debe ir expresamente ligado al consentimiento de ambos cónyuges, para que exista la convivencia entre ellos y por cuanto hace al consentimiento del pater familias, éste se necesita por considerarlo de apoyo social e identificación entre la futura familia, sin embargo, en la actualidad cuando se es mayor de dieciocho años no es indispensable; el último aspecto, del cual no participamos y que afortunadamente desapareció fue el Connubium.

SEXTA.- Nuestra Legislación ha aceptado la mayoría de los requisitos que podían obstaculizar la celebración de un matrimonio, es decir, la ausencia de requisitos positivos, y estos eran relativos y absolutos, que siempre, al igual que hoy, fueron en función de la persona. Claro está que no todos los requisitos se han incorporados en nuestra Legislación Civil, tal es el ejemplo, del impedimento para los castrados. Otros eran los que tenían incapacidad parcial, o sea relativa, destacando el del pa-

rentesco, afinidad, etc., mismos que hemos desarrollado en el cuerpo del presente estudio.

SEPTIMA.- Es absoluta y valedera la jùridicidad plasma da en la *Iustae Nuptiae*, toda vez que, es la base legal para nues tro sistema por cuanto hace al rùgimen conyugal. Es decir, de la unió n matrimonial, surgieron y surgen, deberes y derechos para am bos contrayentes, así como obligaciones entre los esposos y de es tos para con los hijos, así como para sus bienes, situaciones que no solamente compartimos, sino que nuestra Legislación jùridica ha superado, en cuanto a los derechos igualitarios de la mujer -- con el hombre y a la garantía patrimonial y asistencial de los hi jos.

OCTAVA.- Queremos dejar establecido que en épocas pre- téritas, también llegó a contemplarse la figura del adulterio, -- que no fué considerado como delito penal, y en nuestros días, al- gunas legislaciones estatales, han venido realizando estudios ten dientes a derogar de nuestros Códigos Penales tal figura, en vir- tud de que, en el transcurso de varios años, no se han presentado querellas de tal naturaleza. Estimamos y compartimos dicho crite- rio ya que el escàndalo que se originase, es denigrante no sola- mente en el núcleo familiar, sino para la sociedad misma, por tan- to, creemos que debe regularse sólo como causal de divorcio, es - decir, civilmente y no desde el punto de vista penal.

NOVENA.- Queremos destacar el hecho de que el aspecto relacionado con la filiación de los hijos, se efectuó prácticamente en los mismos términos que hoy se realizan, razón por la que, en principio aceptamos estas costumbres que en aquella época fué Ley. Sin embargo, es un hecho que en la Legislación Civil de nuestro país, representa un adelanto, toda vez que la filiación o inscripción de los hijos en lo que hoy conocemos como Registro Civil, es legalizar su situación jurídica en la sociedad y para sus efectos necesarios de su vida futura; nuestra Legislación es ahora -- más amplia, con sentido proteccionista, prácticamente sin limitaciones o restricciones para los interesados; no se distinguen razas, credos, costumbres, posición social, etc., de donde resulta mejor planeado nuestro sistema de derecho, en este caso.

DECIMA.- Dentro de este apartado, relativo a las conclusiones, quiero ponderar el hecho de la propiedad de los bienes entre marido y mujer, haciendo hincapié que hasta la fecha se --- aceptan las donaciones entre consortes, aunque no es muy usual, - la gestión de negocios, el nombramiento de sus administradores, - el hecho de poner los bienes en poder de la mujer para que, en su caso, pueda sustraerse al ejercicio de cualquier acción que sur-- gliere en su contra. Lo único que no ha sido regla, es de que se - escoga que el administrador sea joven. Tampoco se comparten los - criterios y/o costumbres relativas a la forma de cubrir los pasivos de la mujer antes de casarse, lo mismo que en función de su - condición, pierda su patrimonio en favor del marido; mismo crite-

rio sustento, por lo que se refiere a la limitación de no contraer obligaciones durante su matrimonio, actualmente tenemos esa igualdad jurídica, aunque con la sola modalidad del régimen por el cual contraigan matrimonio.

DECIMA PRIMERA.- Cuando tratamos lo relativo a la Dote en la actualidad, aún cuando compartimos su institucionalidad, y no obstante la importancia que tuvo en la Legislación Romana, ha caído en desuso con el transcurso del tiempo, obedeciendo, en mi opinión, únicamente a causas de orden económico. Aceptamos su origen y el fin se perseguía esta como Institución en el Matrimonio.- No comentamos ni en pro ni en contra las sanciones o distribución de la Dote, en virtud de que en la actualidad, civilmente no representa importancia.

DECIMA SEGUNDA.- En la época antigua Romana, paralelo al matrimonio, existieron y aún subsisten, causas y procedimientos para la disolución del vínculo matrimonial; y decimos que subsisten, ya que las tres causas principales que se tenían, es decir, por muerte de uno de los cónyuges, por pérdida de la libertad de uno de los cónyuges y por pérdida de la ciudadanía. En donde los primeros aún continúan siendo causales de divorcio y por ende, de disolución del matrimonio, con adecuaciones a la actualidad, a nuestras costumbres y antecedentes que han servido para legislar sobre la materia, esto por considerar que hoy en día ya no se da el caso de esclavitud, cautiverio, etc.

DECIMA TERCERA.- Consideramos aceptable el concepto -- de Divorcio que nos da el Derecho Romano, ya que se basaba en el principio de la falta de ánimo de seguir siendo marido y mujer, - ya que, sin el consentimiento mutuo, debe cesar el vínculo. En un principio no existía ésta figura y, después cuando se dió el caso bastaba sólo que mediara un simple escrito para la separación y, - cuando el Divorcio encontró gran difusión, se establecieron causas basadas en las enseñanzas de Justiniano, varias de las cuales han persistido, y han evolucionado, incorporándose en nuestra Legislación Civil.

DECIMA CUARTA.- Se detectan analogías entre el marco - jurídico que regulaba la institución del Matrimonio en el Derecho Romano y la Legislación Civil en vigor, por ejemplo, al referirse a los esponsales en uno y otro representan una promesa mutua por escrito, difieren solamente en la edad, antes era a los siete --- años, hoy a partir de los dieciseis. Antes prácticamente, era un pacto entre padres, en la actualidad sólo intervienen en caso de los menores de edad; también se contempla la sanción pecuniaria con respecto al incumplimiento, así como una indemnización a título de reparación.

DECIMA QUINTA.- Otro aspecto análogo a nuestra Legislación es el referente a la obligación que se tiene por cuanto - hace al sostenimiento del hogar, antes se decía que la mujer que tomaba el rango social del marido tenía tal obligación y ahora -

es la igualdad de contribuir con los gastos de dicho hogar. Así mismo, se establecía como prioritario el dar alimentos a la mujer y a los hijos; hoy el Código, alude que los hijos en materia de alimentos tendrán derechos preferentes sobre los ingresos de los padres. También han existido similitudes en cuanto a la compra -- venta de inmuebles entre consortes, e iguales circunstancias por lo que se refiere a la administración de los bienes, y a la situación de los mismos respecto al régimen del matrimonio, ya fuere -- como sociedad conyugal o bien por separación de bienes.

DECIMA SEXTA.- Por otra parte cabe señalar, que efectivamente en Roma se regulaba la disolución del vínculo matrimonial y que en razón de nuestro Código Civil en vigor, estriba principalmente la diferencia de que en esa época no se consideraba el divorcio como la única causa o forma de disolución, ya que se trataba de varias: Divortium Ex Iusta Causa que se originaba por la mala conducta de la mujer o adulterio declarado (causal de divorcio actual), por el alejamiento del hogar conyugal por parte de la mujer (situación que ahora es para ambos), etc. También el Divortium Sine Causa que se presentaba cuando sin motivo alguno de los cónyuges se quería separar (cuestión que podríamos pensar se regula en estos días como incompatibilidad de caracteres). El Divortium Ex Comuni Consensu que era el divorcio por mutuo consentimiento que como ya dijimos es una causal de divorcio de hoy en día. El Divortium Bona Gratia que fué por causa ajena a los cónyuges como impotencia incurable, locura, etc., (que son actualmente

consideradas causales de divorcio). Como podemos darnos cuenta - en Roma ya se regulaban no como causales de divorcio sino como causas que originaron la existencia de clases de divorcio. En -- consecuencia, vemos que nuestra Legislación Civil actual, es más amplia en virtud de que se reglamenta la disolución del matrimonio más ampliamente y con una evolución de trascendencia favorable para ambos consortes.

DECIMA SEPTIMA.- Finalmente, queremos destacar el hecho de que el Derecho Romano, por cuanto hace a nuestra Legislación Civil, ha representado, la fuente única de nuestras normas, sin dejar de mencionar que hemos ido superando y mejorando, atendiendo a los resultados de nuestras costumbres y evolución del país.

B I B L I O G R A F I A .

- 1.- Arias Ramos, José
Derecho Romano
Editorial Revista de Derecho Privado
9a. Edición
Madrid.
- 2.- Aru Luigui y Orestano Ricardo
Sinópsis de Derecho Romano
Editorial Ediciones y Publicaciones Españolas, S.A.
7a. Edición
Madrid
MCMXLXIV
- 3.- Bonfante, Pedro
Instituciones de Derecho Romano (Traducción de la 8a.
Edición Italiana por Luis Bacchi y Andrés Larrosa).
Instituto Editorial Reus
3a. Edición
Madrid
1965
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal
Editorial Porrúa, S.A.
Quinquagésimo Tercera Edición
México
1984
- 5.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Editorial Porrúa, S.A.
Septuagésimo Tercera Edición
México
1983
- 6.- De Francisci, Pietro
Síntesis Histórica del Derecho Romano
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid
1954
- 7.- De Ibarrola, Antonio
Derecho de Familia
Editorial Porrúa, S.A.
2a. Edición
México
1981

- 8.- D'Pietro, Alfredo
Manual de Derecho Romano
Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales
Buenos Aires
1976
- 9.- Friedlaender, Ludwing
La Sociedad Romana (Traducción Wenceslao Roces)
Editorial Fondo de Cultura Económica
Primera Reimpresión
México
1984
- 10.- García Garrido, Manuel
Ius Uxorium
Roma - Madrid
1958
- 11.- Iglesias, Juan
Instituciones de Derecho Privado Romano
Editorial Ariel
6a. Edición Revisada y Aumentada
Barcelona - Caracas - México
1979
- 12.- Lemus García, Raúl
Derecho Romano. Personas - Bienes - Sucesiones
Editorial Limsa
1964
- 13.- Margadent S., Guillermo Floris
Derecho Privado Romano
Editorial Esfinge
8a. Edición
México
1978
- 14.- Kaser, Max
Derecho Privado Romano (Versión directa de la 5a. Edición
Alemana por Santa Cruz Teijeiro)
Editorial Reus, S.A.
Madrid
1968
- 15.- Peña Guzmán, Arguello
Derecho Romano
Editora Argentina
2a. Edición
Buenos Aires
1966

- 16.- P. Jors W., Kunkel
Derecho Privado Romano
Editorial Labor, S.A.
Barcelona
1956
- 17.- Petit, Eugene
Tratado Elemental de Derecho Romano (Traducida por C.
José Fernández González)
Editorial Nacional
9a. Edición Francesa
México
- 18.- Santa Cruz Teijeiro, José
Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid
1946.
- 19.- Sohm, Rodolfo
Instituciones de Derecho Privado (Traducido por Wences
lao Roces)
Editorial Nacional
México
1975
- 20.- Ventura Silva, Sabino
Derecho Romano (Curso de Derecho Privado)
Editorial Porrúa
5a. Edición corregida y aumentada
México
1980