

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

*Aportación Histórica al Matrimonio en el  
Derecho Antiguo*

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
**ENRIQUE GARCIA RODRIGUEZ**

**MEXICO, D. F.**

**1968**

**381**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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 esta 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.

**A MI MADRE:**

**SRA. LEONOR RODRIGUEZ DE GARCIA**

**Como un homenaje póstumo pleno  
de amor y devoción.**

**A MI PADRE:**

**SR. DON MANUEL GARCIA RODRIGUEZ**

**Como fruto a todos sus sacrificios,  
con eterna gratitud, respeto y cariño.**

A MI FUTURA ESPOSA:  
SRITA. IRENE RIOS PEREZ  
Con todo mi amor, porque  
ha llenado mi vida de fe  
licidad con su cariño.

**A MI HERMANO:**

**SR. MANUEL GARCIA RODRIGUEZ**

**Con respeto y admiración.**

**A MIS HERMANOS Y HERMANAS**

**Con cariño.**

**A MI CUÑADO:**

**SR. JORGE SERNA RAMIREZ**

**Con sincero aprecio por la desinteresada  
ayuda que siempre me proporcionó.**

**AL MAESTRO:**

**LIC. JOSE DE JESUS LEDESMA URIBE**

**A quien por su interés y ayuda,  
debo la realización de éste trabajo.**

**Con Especial y Sincera Estimación,  
a los Señores Licenciados:  
NICANOR VEGA BONILLA  
ALFREDO PELLON RIVEROLL  
CARLOS ALVAREZ RIEGO.**

**Con Aprecio y Respeto a los  
Señores:  
IGNACIO BERLANGA GARCIA  
JORGE M. SOTOMAYOR  
JOSE MONTAÑO PEREZ  
VICTOR HUERTA RODRIGUEZ  
FAMILIA POZOS MENDEZ  
PRIMITIVO OCAMPO M.  
JAIIE FAVELA C.  
FAMILIARES EN GENERAL Y AMIGOS.**

CAPITULO PRIMERO

DESENVOLVIMIENTO DEL MATRIMONIO EN LAS PRIMERAS CULTURAS

- I.- Consideraciones Histórico-Sociológicas preliminares,  
en torno a las culturas anteriores a la India.
- II.-El Matrimonio en la Cultura de la India.
- III.-El Matrimonio en China.
- IV.-Comparación entre los dos sistemas jurídicos antes  
mencionados y conclusiones al respecto.

## I.- CONSIDERACIONES HISTORICO-SOCIOLOGICAS PRELIMINARES, EN TORNO A LAS CULTURAS ANTERIORES A LA INDIA.

Indudablemente que para la explicación que posteriormente haré del matrimonio, en las diversas épocas y pueblos, — trataré someramente de presentar un panorama de la mejor manera posible de las etapas por las cuales pasó el hombre para poder configurar lo que podría llamarse matrimonio. (1)

Investigando en los orígenes del hombre, observamos a éste, rigiéndose por las leyes que le impone la misma naturaleza, lo encontramos con similitud de caracteres a los animales, — es decir, procurando satisfacer sus deseos, necesidades, instintos en una forma rudimentaria. Supuestamente la reproducción la llevaba a cabo según la costumbre que en ese tiempo se practicaba dando como resultado, la existencia de una promiscuidad absoluta.

Esta primitiva sociedad, seguía desenvolviéndose al correr de los años, satisfaciendo, como he dicho anteriormente, tan sólo sus necesidades más apremiantes pero en un estado salvaje y las relaciones conyugales lógicas a su estado eran desordenadas, no habiendo distinción en cuanto a las relaciones sexuales de un varón con varias hembras ni viceversa, y no existiendo tampoco una estabilidad familiar.

La relación que engendrabla la unión sexual, se limitaba al acto mismo y después no era posible precisar los lazos de familiaridad de aquellos grupos humanos, sin embargo había una relación existente entre madre e hijo la que duraba un corto tiempo, según fueren las necesidades de proteger al hijo después de la lactancia. Cuando el hijo podía valerse por sí mismo era abandonado teniendo éste que buscar su subsistencia casi siempre a costa de lo que el grupo humano se procuraba.

En estas primeras épocas de la humanidad, aunque entre ellos era necesaria la asistencia y ayuda recíproca para la

coexistencia, de la primitiva sociedad, no existían sentimientos de afecto o familiaridad, no habiendo llegado a constituir la familia y mucho menos en un sentido monogámico. La humanidad en este período se encontraba como todos los seres del reino animal.

Evolucionando estos grupos humanos, aparecen las primeras familias sobre la base del matriarcado, pues dada la promiscuidad en que se vivía, era lógico suponer que la única relación sanguínea posible de determinar era la de madre-hijo y esto, en mi opinión, se debió a las características propias de la mujer como su delicadeza, el temor a lo desconocido, su maternidad, etc., lo cual con el tiempo la hizo sedentaria dedicándose a los cultivos y la domesticación de animales para su supervivencia y la de su prole.

Mientras tanto el hombre con su espíritu inquieto sólo veía su casa como un refugio temporal, prosiguiendo su vida sin poder determinar cuales eran sus hijos o familia.

Luego pues, atendiendo a las cualidades de la mujer y sus dificultades para sobrevivir en la época del parto, es por lo que se acepta la formación del matriarcado, en el cual la supremacía correspondía a la mujer más vieja.

De éste modo, fué como en el seno de esas primitivas sociedades, fueron surgiendo las primeras familias, establecidas sobre la base de la matriarquía. Fué así como la familia cada vez aumentó en cohesión y desarrollo, formando una verdadera sociedad. Dando lugar a la matriarquía propiamente dicha con la madre anciana rigiendo los destinos de su familia

Cuando estas familias buscaron mejores condiciones de vida, en nuevos lugares, tuvieron que luchar con otras tribus venciendo en algunas ocasiones, y consiguientemente dando muerte a los varones o convirtiéndolos en esclavos, y las mujeres quedaban al servicio de los vencedores quienes las consideraban como algo propio.

Fué así como empezó a evolucionar la familia pater-

na y los hijos procreados con estas prisioneras fueron considerados como de la propiedad del padre al igual que los esclavos; pudiendo hacer con ellos lo que quisiera.

En éste estado a pesar de la condición que guardaba la mujer dentro de las propiedades del hombre, dió lugar al nacimiento del afecto conyugal, pues entonces el padre dada la convivencia más estrecha con su mujer, y la presencia de los hijos que sabía que había engendrado él, se alejó de la promiscuidad en que anteriormente se encontraba para dedicarse al cuidado de su familia.

Estas primeras uniones dieron como consecuencia la formación de una especie de matrimonio, poligámico o poliándrico, según que el hombre, durante sus incursiones de guerra con otras tribus, trajere como cautivas a varias mujeres o una sola, o bién que entre varios hombres se apoderasen de una mujer.

Cuando la exogamia se fué haciendo habitual o sea el matrimonio con una mujer de tribu distinta, se implantó la costumbre de concertar amistosamente con otras tribus la cesión por compra de mujeres, para contraer matrimonio.

Fundada la familia sobre la base de la paternidad, el padre como anteriormente indico, se consideraba como jefe de todos los integrantes de la familia. Como dicha familia, se había constituido por la fuerza, la vinculación del padre con los demás integrantes de la familia, era considerada por éste como un nexo de propiedad.

En efecto, dado que la formación del matrimonio había sido por la compra de la mujer, o por su captura en tiempo de guerra, era lógico suponer que tanto ella como sus hijos fueren considerados como objetos propiedad del padre de familia. Con siguientemente, el repudio o separación, su honra e inclusive su vida, no debieron significar gran cosa en esas condiciones.

Prosiguiendo con la transformación del matrimonio, lo encontramos en el momento de ir cayendo en desuso la compraventa, para dejarla en un mero simbolismo y vemos como la esposa adquiere ciertos derechos o consideraciones y deja de ser tenida como una cosa propiedad del marido para quedar bajo su tutela que era muy rigurosa.

La autoridad del padre sobre los miembros de su familia fué disminuyendo, en el momento en que el matrimonio, se consideraba como un contrato que celebraban las partes por su propia voluntad, y en el cual la mujer aportaba una cierta cantidad para sufragar los gastos y atender las cargas del matrimonio.

Desde esa época, los vínculos conyugales, comienzan a afirmarse y el matrimonio empieza a afianzar las características propias de la importancia y la responsabilidad que encierra.

## II.- EL MATRIMONIO EN LA CULTURA DE LA INDIA.

La legislación indú (2) al tratar el matrimonio en el Código de Manú, lo establece en una forma meticulosa y ordenada en el libro tercero, ya que consideran al matrimonio como un deber religioso que incumbe a todos. Así tenemos cómo en el Párrafo 45 - del libro 9o. se lee lo siguiente "Únicamente es hombre perfecto el que se compone de tres personas reunidas, a saber: su esposa, él mismo y su hijo".

En los primeros tiempos el matrimonio en la India era monogámico y los brahmanes sentenciaban que el marido y la mujer, formaban una sola persona; posteriormente el carácter monogámico del matrimonio fué decayendo permitiéndose a personas de buena posición económica o social la práctica de la poligamia, contándose entre éstos, a los ricos, los brahmanes, los reyes. Según el Digesto indú, el matrimonio podía disolverse cuando la mujer era adicta a embriagarse, o por el sólo hecho de enfermarse, podía ser cambiada por otra con la salvedad de que la reemplazada era compensada con ciertos bienes. Además el esposo podía repudiar a la mujer por ser estéril o que en el momento del parto no fuese posible salvar ningún hijo e inclusive por proferir maldiciones.

La reciprocidad en cuanto al repudio por parte de la esposa, se presentaba cuando el marido era degradado legalmente, o padecía tisis o por el hecho de ausentarse sin aviso durante determinado número de años.

Existían impedimentos matrimoniales por razón del parentesco y así vemos que no se podía contraer matrimonio entre parientes agnados o en descendencia masculina indefinidamente y por línea materna se prohibía hasta el sexto grado.

En mi concepto la exageración era llevada al extremo por el pueblo indú respecto de los impedimentos matrimoniales, - por ejemplo, estaba prohibido contraer nupcias con personas que es-

tuvieran cubiertas de largos pelos, cabellos rojos, que fueran enfermizas, poco o nada bellas, que llevaran el nombre de una congelación, de un árbol, montaña, río, pueblo bárbaro y otras cosas por el estilo.

Existían ciertos impedimentos que eran más con—  
gruentes como lo era, el de que no se contrajese matrimonio con —  
personas enfermas de epilepsia, lepra, elefantiasis y dado el ca—  
rácter religioso de la India el impedimento de casarse con mujer —  
en cuya casa no se estudiaban las escrituras o de padres desconoci—  
dos.

Cosa curiosa en una de las varias formas de matri  
monio que enseguida haré notar, es el caso de los obsequios al pa—  
dre de la novia, lo cual estaba prohibido porque se decía que el —  
padre casaba a su hija por avaricia y que cualquier obsequio debía  
rechazar o parecer de lo contrario que vendía a su prole. Sin em—  
bargo el presente de una vaca y un toro hecho conforme al rito de  
los santos no se consideraba como ofensa.

El Código de Manú (3) hace una descripción de las  
ocho formas de contraer matrimonio de la siguiente manera:

1a.- La de Brahma, cuando un padre, después de ha—  
ber dado vestidos y alornos a su hija, la concede espontáneamente  
a un hombre versado en la Sagrada Escritura y virtuoso, a quien re—  
cibe con honor. 2a.- La de los manes o dioses, en la cual, princi  
piada la celebración de un sacrificio, el padre, después de ador—  
nar a su hija, la concede al sacrificante. 3a.- La de los santos,  
cuando un padre concede a su hija después de haber recibido del —  
pretendiente una vaca y un toro o dos parejas semejantes para veri—  
ficar una ceremonia religiosa. 4a.- La de las criaturas, cuando —  
un padre casa a su hija con los honores debidos, haciendo: Cumplid  
ambos juntamente los deberes prescritos. 5a.- La de los músicos —  
celestes, cuando se casan un joven y una joven por un voto mutuo —  
nacido del deseo. 6a.- La de los gigantes, ya descrita. 7a.- La

de los malos espíritus también indicada. y Sa.- La de los vampiros, cuando un amante se introduce secretamente junto a una mujer dormida, embriagada o falta de razón.

De éstas ocho formas, sólo eran recomendables las seis primeras y de éstas las cuatro primeras eran propias de los brahmanes, quedando las restantes para personas de menor jerarquía que éstos.

La ceremonia del matrimonio, empezaba con la bendición del fuego que se encendía con madera sagrada posteriormente el esposo arrojaba algunos puñados de arroz a la cabeza de su esposa, lo cual ella correspondía de la misma manera. El padre de la novia procedía luego a lavar los pies de su yerno con agua que le proporcionaba la suegra; hecho esto, lava las manos a su hija y le deposita unas monedas de plata, diciendole lo siguiente: "Nada tengo ya que ver contigo, en manos de otro te entrego; y el esposo, tomando el tahali o cinto del cual pende una cabeza de oso, adornaba el cuello de su esposa" (4).

Según el Código de Manú, las mujeres debían ser honradas y regaladas a sus maridos, dándoles adornos, trajes y manjares exquisitos, viviendo amorosamente ambos cónyuges pues "La familia en que la mujer vive en aflicción no tarda en extinguirse, — pero cuando las mujeres son felices, crece y prospera" y "Las casas malditas por las mujeres a quienes no se rindieron los debidos homenajes, se destruyen completamente, como reducidas a la nada por mágico sacrificio"; pero en virtud del principio de que la mujer forma con el marido una sola persona, la personalidad de la mujer queda nula por el marido al cual debe ciega obediencia y del que habla siempre con el más profundo respeto, llamanle su señor, y a ella y a sus hijos les esta prohibido toda instrucción. Por virtud de una antigua costumbre, la viuda joven debe arrojarse a la pira donde se consume el cadaver del marido. De todos modos, la viuda no puede pasar a segundas nupcias sin atraer sobre sí la execración y perder el título de mujer virtuosa.

En cuanto a los bienes, la mujer tenfa como propio todo lo que se le diera ante el fuego nupcial o en el momento de su marcha para la casa del marido o en sefial de afecto y lo que recibiera de su hermano, de su madre o de su padre. Todos éstos bienes, así como los que recibiera después del matrimonio por la familia del marido o por la suya o por afecto del mismo marido, pasaban a su descendencia, aún cuando la mujer muriese, viviendo el marido, pero si no dejaba descendencia pasaba a éste cuando el matrimonio se habfa contraído por una de las cinco primeras formas legales, y el padre y a la madre si se habfa contraído por cualquiera de las otras, pero todo lo dado por el padre a una mujer de las tres últimas clases casada con un brahman que tuviera otras mujeres, debía recaer, si aquella morfa sin sucesión, en la hija de un brahmina o en sus hijos (Libro 90. del Código de Manú, párrafos 194 a 198 ).

En el momento de la petición, provisto el padre del novio de algunos regalos, va a la casa de los padres de la joven y allí expone su demania, la cual no puede admitirse si algún lagarto u otro insecto hace algún ruido en aquellos momentos, aceptándose los regalos que muchas veces consisten en una suma de dinero. Por la noche un sacerdote ofrece un sacrificio al dios — Wigehswara, y fija el día del matrimonio que debe ser en febrero, marzo, mayo, junio, octubre o noviembre, y nunca en julio, porque la esposa podría dar a luz en abril, mes funesto para los primogénitos. Pocos días después el padre de la novia paga la visita al del novio haciéndole también un regalo. Llegada la fecha de la boda se ofrece un sacrificio a Apoleiar, y los futuros esposos son paseados por espacio de tres días por las calles con música y cánticos, frotándose además, por las mañanas y noches con nareng — (granos de una planta consagrada al matrimonio). Al tercer día se conduce solemnemente al novio a las puertas de la casa de su futura, donde se procede a la ceremonia del arati, para preservar le del mal de ojo, y al día siguiente comienza el matrimonio. — Engalanados los novios, se presentan en un tablado preparado para el efecto: evocados los devas, los planetas y los manes, el padre

de la desposada toma por testigo a Agni, y pronunciando su propio nombre y el de sus padres y abuelos, así como el del novio y el de sus ascendientes, toma la mano de su hija y la une con la del novio; hecho ésto, los Brahmanes consagran el Tali (placa de oro redonda — con la imagen de un dios, por lo regular Ganesa), que entregan al esposo. El acto de tomar el tali y la cinta, y colocarlos a la esposa es lo que realiza el matrimonio, que hasta aquel momento admite retractación. El marido ofrece al sacerdote procurar la dicha y felicidad de su esposa; ésta no se desprende de la cinta y tali mientras dura el matrimonio. La ceremonia de éste termina con el arati, consistente en que un Brahman, recitando oraciones, haga una mezcla de azafrán y arroz crudo, con la que se untan los hombros de los desposados en señal de bendición. Si la esposa no es nubil todavía, se la conduce de nuevo a casa de sus padres, debiendo renovarse las ceremonias en el día en que llegue a la pubertad, y celebrándose con fiestas por ambas familias el séptimo mes del primer embarazo.

Como hemos visto las prácticas religiosas entre los indios determinaban varios aspectos de su vida y especialmente en el matrimonio en el cual se evocaba la protección de diversas divinidades en las fiestas y ritos anteriores a la formalización del matrimonio.

Los brahmanes personajes de la más alta jerarquía social y quienes gozaban de innumerables privilegios tenían a su cargo la realización de éstas ceremonias.

### III.- EL MATRIMONIO EN CHINA.

Entre el pueblo chino el padre de una familia representaba el poder absoluto disponiendo con entera libertad de cuanto la componían. (5)

Cuando se pensaba celebrar un matrimonio, los padres de ambos cónyuges eran quienes lo concertaban de una manera arbitraria, pues los futuros contrayentes las más de las veces no se conocían, sino hasta el día señalado para casarse.

Existía un impedimento matrimonial consistente en que no se debería contraer matrimonio entre individuos cuyos nombres fuesen similares; ésta disposición por sí sola limitaba en una forma considerable la libertad de elección, por la razón de que en China exclusivamente existían 530 nombres de familia.

Ofensa muy grande hasta el grado de castigarse con la muerte constituía el hecho de contraer matrimonio con la viuda de un hermano muerto, y contrariamente cuando la esposa moría y tenía alguna hermana la cual se casaba con el viudo representaba una serie de consideraciones de la sociedad al nuevo matrimonio. En China fué aceptada normalmente la práctica de la poligamia con la solvedad de que sólo una de las esposas representaba la legítima cónyuge y madre, quedando el resto sometidas a sus mandatos.

La situación de la mujer en China fué desfavorable ya que propiamente se puede decir significaba para su padre un objeto de lucro, al ser vendida al mejor postor en matrimonio y careciendo totalmente del derecho de elegir voluntariamente su cónyuge. Posteriormente durante su matrimonio, el esposo al igual que su padre - la podía vender o apostarla en juegos de azar llegando al grado de ridiculizarla haciéndola realizar tareas propias de animales.

Las causales de divorcio en el Código Chino se encontraban formalmente establecidas, reconociéndose 7 clases entre -

las cuales encontramos la impudicia, la charlatanería, el hurto, la esterilidad, la enfermedad incurable e inclusive constituyendo causal la antipatía sentida hacia los suegros. El repudio fué utilizado arbitrariamente por el marido llegando al grado de repudiar a su esposa por el simple hecho de que ésta dejase llenar la casa de humo o perturbar el descanso del perro con un ruido desagradable.

Fué el casamentero un personaje de primordial importancia en el matrimonio, ya que actuaba como mediador entre las familias de los futuros contrayentes haciendo las primeras proposiciones y poniéndolos en contacto para el inicio de las relaciones — las que se acompañaban con numerosos ritos y regalos. Cuando se — llegaba a un acuerdo, los esposos acompañados de sus parientes y — amigos salían por diferentes caminos hasta una colina donde se en— contraba un bonzo debajo de una tienda rodeada de antorchas y en la cual se encontraba la estatua del dios Himeneo con cabeza de perro lo cual significaba la fidelidad que se profesaban los cónyuges. — La esposa tomaba una antorcha que encendía y luego se la entregaba al novio, procediendo el bonzo a bendecirlos uniéndolos en matrimo— nio.

Es importante hacer notar nuevamente la despropor— cionada autoridad del padre de familia, y de los varones en general a lo cual se debe que la justicia en el matrimonio sea tan desi— gual. A la muerte del padre de familia le sucede en el mando el hi— jo mayor quien continúa con las costumbres de su padre debiéndosele obediencia por parte de todos los miembros de la familia inclusive su misma madre.

#### IV.- COMPARACION ENTRE LOS DOS SISTEMAS JURIDICOS ANTES MENCIONADOS Y CONCLUSIONES AL RESPECTO.

En la India el matrimonio era en un principio monogámico, sin embargo posteriormente a los hombres que guardaban una distinguida posición social o económica se les permitía practicar la poligamia. En China la poligamia era usual, con la salvedad de que sólo una mujer recibía el trato de legítima esposa y madre quedando las demás sometidas a sus órdenes.

En cuanto a la celebración del matrimonio, como hemos visto en la India era precedido de varias ceremonias religiosas que duraban algunos días; pasado ésto si no se retractaban, el Brahman los declaraba formalmente unidos en matrimonio. Entre el pueblo Chino el sacerdote o Bonzo era el autorizado para bendecirlos - después de un breve rito que legalizaba la unión.

Respecto de la situación jurídica de la mujer y los hijos, en la India observamos cómo en virtud del principio de que la mujer forma una sola persona con el marido su personalidad - al igual que la de sus hijos desaparecía casi totalmente ya que el marido ocupaba un lugar de privilegio en la familia.

Como observamos en el inciso tercero de este capítulo, existió en China una desventajosa situación jurídica de la mujer y los hijos, pues desde el momento del matrimonio no tenía libertad de realizar tal acto haciéndolo su padre. Posteriormente su consorte tenía facultad para venderla o jugarla, humillándola inclusive con trabajos propios de animales.

La disolución del matrimonio en la India se efectuaba según que la mujer fuere: enferma, estéril, de hablar indecoroso, etc., etc.; entre los Chinos se divorciaban por impudicia, esterilidad, charlatanería, hurto, mal carácter y antipatía con los suegros.

APENDICE DEL CAPITULO I

(1).- Para la elaboración de este primer inciso dadas las pocas fuentes que existen al respecto en castellano, me fué necesaria la investigación de la voz matrimonio en el inciso correspondiente a los antecedentes generales en la "Enciclopedia Universal Ilustrada" Espasa-Calpe, S. A., Madrid Barcelona, tomo 33, y la obra del Maestro — Luis Recasens Siches "Sociología". De lo expuesto por autores como D'Aguzzano, Letourneau, Spencer y Oliveira citados en la enciclopedia anteriormente descrita y de lo apuntado por el Maestro Recasens, expongo las conclusiones a que he llegado respecto de los primeros matrimonios y su desenvolvimiento.

(2).- Op. cit. pag. 376.

(3).- MANAVA-DHARMA-SASTRA, LEYES DE MANU Instituciones Religiosas y Civiles de la India. Editorial Bergua-Getafe, Madrid. Versión Castellana de Juan España-

(4).- Bernard "Ceremonias Religiosas de todos los pueblos citados en Espasa-Calpe.

(5).- Op. Cit. Pag. 1044.

## CAPITULO SEGUNDO

### EL MATRIMONIO EN LAS CULTURAS PRE-ROMANAS DEL ORIENTE MEDITERRANEO

I.- Introducción Histórica.

II.-El Matrimonio en las culturas: A.-Egipcia B.-Asiria C.-Babilónica D.-Hebrea E.-Griega.

## I.- INTRODUCCION HISTORICA.

Para hablar sobre el matrimonio en particular de cada una de las culturas que cito en el inciso segundo de este capítulo, trataré brevemente de hacer una pequeña exposición histórica de ellas. (1) La exposición al respecto, será en el mismo orden que guardan en el inciso citado anteriormente, a saber:

EGIPTO.- Al igual que la mayoría de las culturas primitivas, los pobladores de Egipto fueron determinados a establecerse en lugares propicios para su subsistencia según la configuración de los continentes, buscando la mejor estabilidad climatológica, amén de otras condiciones naturales. Así tenemos como el río Nilo y su valle contribuyeron en gran forma para dar paso a la cultura egipcia y su notable desarrollo en la antigüedad.

La historia de Egipto ha transcurrido por varias etapas y así tenemos el período primitivo que se remonta aproximadamente al año 3180 antes de J.C., el cual termina con la unificación de las diversas tribus, bajo el mando de un sólo poder político.

El período antiguo o menfita, el cual también se conoce como el período de los faraones constructores de pirámides.

La época del imperio medio o tebano o feudal, el cual a su vez llega a su fin con la aparición que hacen en Egipto los nómadas o pastores.

El imperio de los faraones expansionistas, que es aquel en el cual Egipto alcanza el más alto nivel de su cultura.

Después de esta época, Egipto cae sucesivamente quedando sometido por los libios, por los etíopes y luego por los asirios y, tras un breve resurgimiento en que recobra su independencia, vuelve a caer en poder de los persas (525 años antes de J.C.).

La evolución económica de Egipto se desarrolló prime-

ramenta teniendo como fuente básica la agricultura viviendo casi aislados de los pueblos vecinos, posteriormente desde la época del imperio tebano hasta el año 525 antes de J.C., en el que cae en poder de los persas, Egipto se encuentra más desarrollado procurando extender sus relaciones comerciales y su imperio por medio de la conquista, sometiendo pueblos y dominando puntos estratégicos como eran las rutas mercantiles.

Por el aislamiento de Egipto durante mucho tiempo viviendo sin contacto con otras culturas, trajo como consecuencia que sus instituciones tuvieran un carácter estático y su arte permaneciera con un estilo inmutable. La imaginación de los egipcios estaba llena de fantasías religiosas; la preocupación más grande era la muerte, y su preparación para su segunda vida se llevaba a cabo en gran forma. Al salir de su aislamiento cultural y económico el poder de Egipto se extendió hacia otras civilizaciones.

ASIRIA.- La mesopotamia se encuentra dividida en dos regiones naturales que son: la Caldea y la Asiria. A diferencia de la Caldea, la región de Asiria era menos fértil debido al aprovechamiento reducido de los ríos Eufrates y Tigris.

El territorio que ocupaban era generalmente montañoso, por lo cual una de sus principales ocupaciones era la del pastoreo lo que hizo que se perfeccionaran en el manejo de las armas para la defensa de sus rebaños. La capital de éstos fué Asur, que se encontraba situada sobre los márgenes del río Tigris.

Cuando comenzó la decadencia de Egipto y del reino de los hititas del Asia Menor, los asirios aprovecharon para fortalecerse y formar un Estado independiente. Una de las barreras que se proponían vencer para extender sus dominios fué la de procurarse una vía accesible al mar por las costas del golfo Pérsico o del Mediterráneo.

Después de costosas campañas bélicas, lograron domi-

nar la costa de Siria-Palestina, lo cual les permitió ponerse en contacto con Egipto. Posteriormente los asirios lograron extender sus dominios, desde la Palestina al golfo Pérsico constituyéndose como el más poderoso estado del cercano oriente; y fundaron su nueva capital Nínive a orillas del Tigris.

Los asirios tuvieron su época del mayor auge y poderío bajo el reinado de Asurbanipal, mismo que aprovechándose de la debilidad en que se encontraba Egipto, lo conquistó y posteriormente — hizo lo mismo con Tebas la cual fué saqueada y sus habitantes deportados, lo mismo hizo con el Elam que se encontraba situado al oeste del río Dufrates, su capital Susa corrió la misma suerte al igual que Babilonia. El poderío asirio se encontraba establecido entonces en: — Mesopotamia, Media Siria, Palestina, el Elam, Armenia y Egipto.

La guerra entre los asirios constituyó un medio para ir acrecentando su poderío y naturalmente la perfección en sus artes que se fué refinando al pasar el tiempo.

Cuando muere el rey Asurbanipal, la decadencia y la ruina comienzan a aparecer en el Imperio Asirio y los pueblos que estaban bajo su mando reaccionaron buscando por todos los medios su independencia y los primeros en lograrlo fueron Egipto, a quienes siguieron los melos y babilonios, éstos dos últimos formaron una alianza con la cual sitiaron a Nínive capital asiria obligándolos tras sangrientas luchas a rendirse, motivo de gran satisfacción y alegría de los pueblos sometidos ya que gracias a eso recobraban su libertad.

**BABILONIA.**— La población de los acadios que conforme fué transcurriendo el tiempo y el progreso aparejado a éste, dió lugar a lo que fué Babilonia misma que prosigue éste auge.

Fuó en la época del renacimiento de Babilonia cuando aparece en forma el comercio mediterráneo y en Babilonia el centro de más importancia en ese aspecto; apareciendo también el uso de moneda metálica para substituir el antiguo trueque. Babilonia continúa con

su poder comercial, y no tarda en ponerse a la cabeza de los demás, culminando este poderío en el tiempo del reinado de Hammurabi, quien se distinguió notablemente por sus dotes de legislador.

En cuanto a su renombre como legislador lo demostró con la famosa compilación del Código de Hammurabi, en el cual se encuentran reglamentados el comercio, por ser esta materia una de las mayores fuentes de riqueza de Babilonia; las ocupaciones y responsabilidades de los funcionarios, también está localizada su regulación en el mismo, al igual que la constitución de la familia y otros varios aspectos.

Durante su reinado Hammurabi extendió los dominios de Babilonia conquistando Siria, parte de la Meseta de Irán y Asiria, incluyéndose además de otros, a los asirios quienes pagaban tributos a los babilonios.

Entre la sociedad de Babilonia existían diversas — clases sociales y así tenemos cómo el Código Hammurabi hacía distinción entre los hombres libres y los esclavos y colocando entre estas dos categorías una tercera, los cuales eran libertos o ciudadanos libres de menos categoría, clasificados así, por haber sido esclavos o proceder de ellos. De ésta manera según la clase social, en el Código de Hammurabi había diversas clases de penas para los que cometían algún delito.

Existía además, la clase sacerdotal que independientemente de su investidura, gozaba de una influencia política muy — grande.

Respecto de la familia, sólo diré que ésta era esencialmente monogámica y en la cual todos los derechos eran del hombre. Posteriormente, al hablar del matrimonio en particular, lo haré de — una manera más detallada.

De la clase sacerdotal salieron los altos funcio-

rios del Estado y los escribas; además en el templo se resolvían los litigios.

**PALRESTINA.**— Palestina se extiende entre Siria por el norte, la península del Sinaí al sur, el desierto de Siria por el este y el mar Mediterráneo por el oeste. Al igual que Siria, Palestina está recorrida longitudinalmente por una depresión ocupada al norte por el valle de Belosiria, con el río Orantes, y al sur por el valle del río Jordán y el mar Muerto. Debido a su situación geográfica, Palestina es la ruta obligada entre Mesopotamia y Egipto; es decir, el paso de los invasores, de los comerciantes y de ideas.

Antiguamente Palestina era un país donde sus habitantes levantaban buenas cosechas debido a la abundancia de agua y sus rebaños se criaban en las colinas pedregosas. Poco a poco el territorio fué siendo presa de la erosión y desaparecieron los bosques — tornándose el suelo seco y estéril.

El primer lugar donde habitaron los hebreos fué Caldea, y allí, guiados por sus jefes o patriarcas se dirigieron a Palestina, lugar en el que, en un principio sufrieron incontables privaciones. Viéndose acosados por el hambre se dirigieron a Egipto en donde les fué permitido que residieran en la región de Gochen, cercana al río Delta. Los hebreos gozaron de numerosas prerrogativas sin embargo se les comenzó a ver como una amenaza y fueron hostilizados hasta esclavizarlos.

Los hebreos entonces pensaron en abandonar el país eligieron a Moisés como el caudillo que habría de llevarlos hacia la Tierra Prometida. Moisés después de muchas dificultades logró que se permitiera la salida de los hebreos de Egipto, emprendiendo la marcha pero desgraciadamente debido a que Moisés no conocía los caminos a seguir, se extravió, errando junto con su pueblo durante cuarenta años en el desierto del Sinaí tiempo en el que llevaron una vida nómada.

En esta situación el pueblo empezó a perder la fé - en su Dios Jehová, las costumbres se relajaron y menudearon las envidias, el descontento y el odio. Fué entonces cuando Moisés entregó a su pueblo el Decálogo, en el que se encuentran los Diez Mandamientos, que contienen sólidas bases morales y religiosas, con lo que logró nuevamente la unión y armonía entre su gente.

Antes de llegar a la Tierra Prometida, murió Moisés dando lugar a que su pueblo se dividiera en doce tribus que se instalaron en su antigua patria, teniendo antes que desalojar a los pueblos que la ocupaban nuevamente. Para llevar a cabo esta lucha escogieron a hombres dotados de valor y fuerza a los que llamaron jueces, de éstos los más notables fueron: Gedeón, Jefté, Sansón, Samuel. Posteriormente ésta forma de gobierno dió lugar a que se adoptara la monarquía.

El primer rey fué Saúl a quien le siguió David, al que se le atribuye el mérito de haber sido el verdadero creador del reino hebreo. Venció a los filisteos y después extendió sus dominios a base de conquistas por todo Palestina. A David le sucedió su hijo Salomón, el reinado de éste monarca señala el apogeo del reino hebreo.

Salomón fué también poeta y sabio, extendiéndose su fama por todo el Cercano Oriente. Escribió un poema titulado "El Cantar de los Cantares". Con obreros fenicios construyó el monumental templo de Jerusalem y un fastuoso palacio donde él residía; sin embargo, el lujo de su corte contrastaba con la miseria de sus súbditos, y a su muerte se provocaron serias rebeliones que trajeron como consecuencia la separación y ruina del reino.

GRECIA.- Grecia se encuentra ubicada en la extremidad sur de la península de los Balcanes. Aunque en un principio la población griega se extendió, no sólo por la península, sino por la Egeida nombre con que se denomina a todas las islas del mar Egeo; es por eso que existe una Grecia continental y otra marítima.

Grecia y Egipto son países que se encuentran circundados por numerosas islas, penínsulas y puertos, lo que ocasionó que se dificultara la unidad política, pues cada isla al tener vida propia e independencia geográfica de las demás los hacía sentirse seguros de bastarse por sí mismos.

El clima es demasiado benigno en las dos regiones lo cual influyó también para su rápido desarrollo. La vegetación es rica, abundando las maderas preciosas aparte de la vid, que era cultivada en grandes extensiones y que reportó beneficios cuantiosos a los griegos.

Anteriormente a la llegada de los helenos o griegos, vinieron los egeos o cretenses, los cuales fundaron ciudades importantes como Cnosos, Gestas, Gurnia, Etc. Estos reinos se enriquecieron con el comercio marítimo que sostenían con Egipto y los puertos de Fenicia, fundando su capital en Cnosos.

Uno de los grandes estadistas griegos fué Pericles quién además, fué un admirador de la cultura. Bajo su gobierno, se convirtió Atenas en el mayor centro de la civilización griega. Lo cual trajo como consecuencia que a su época se le conociera como el Siglo de Pericles: en ese tiempo tuvieron un gran auge las letras, las artes, la filosofía y además Atenas se rige por una democracia, la que nació al finalizar las guerras y concederse a todos los ciudadanos griegos derechos políticos. El principio que rigió la democracia ateniense fué el siguiente: "Sólo el pueblo es soberano".

En esta época, Atenas era una de las más hermosas ciudades griegas, sus riquezas le permitieron cultivarse en todos los aspectos. La democracia implantada hizo que los ciudadanos tomaran parte en acalorados debates, perfeccionándose en el arte de la oratoria, tema en el que sobresalieron Pericles y Demóstenes.

Fueron los griegos quienes dejaron los mayores vestigios de una civilización avanzada, habiendo sobresalido en casi -

todos los aspectos de la cultura y sobre todo en el concepto que se tenía de ciudadano, patriotismo, soberanía, todo ésto basado en el deseo de la mayoría y con plena libertad.

II.- EL MATRIMONIO EN LAS CULTURAS; A.- EGIPTO B.-ASIRIA C.-BABILONICA D.- HEBREA E.-GRIEGA.

A.- EGIPTO.- Fue Egipto uno de los pueblos de la antigüedad, en el cual la conducta de los hombres era reglamentada en una forma muy estricta por una serie de principios morales que le limitaron de una forma muy precisa los linderos del bien y del mal.

La posición de la mujer en Egipto se balanceaba entre un dominio total en la organización familiar, o bien con una total carencia de derechos en el seno de la misma. El término (neft - pa) se aplicaba a las mujeres que se consideraban verdaderas amas de casa, y aunque entre los egipcios se practicaba la monogamia, a imitación de los hebreos se acostumbraba aún estando casados contraer nuevas nupcias sin que ésto, significase la extinción del primer matrimonio. Los grabados existentes en algunos monumentos corroboran lo anteriormente dicho, y en los cuales se observa en un lugar privilegiado a la esposa del primer matrimonio y a su lado en actitud reverente y en menor tamaño a la segunda esposa.

Existen no obstante bajorrelieves en los cuales aparecen ambas esposas en igualdad de condiciones y esto se debe a la aparición de una nueva modalidad en el matrimonio civil en el cual la mujer se venía al marido. De lo dicho anteriormente se puede deducir que la condición de las mujeres y su influencia tuvieron una situación bastante desfavorable y ésto siguió así hasta la conquista de Egipto hecha por Cambises Rey de Persia, quien de nuevo vuelve a colocar a la mujer en un lugar privilegiado, lo cual trajo como consecuencia que el marido inclusive tuviera que soportar vejaciones constantes a costa de su cónyuge.

Rosas Benitez, (2) al referirse al matrimonio egipcio lo hace de la siguiente manera: "Como principio general debe anotarse que en Egipto se acostumbró contraer matrimonio entre hermanos y aún con las propias hijas, uso que abarcaba por igual a la nobleza y gente del pueblo. La distinción de las especies de unión matrimo-

nial, aunque no se encuentra en el derecho egipcio, para facilitar su comprensión se divide como sigue:

a).- Puede llamarse Matrimonio Ordinario, al contraido por un varón con una mujer, teniéndola esta el rango de nebt pa, - (ese término como anteriormente describo se aplicaba a la ama o señora de la casa, lo que significaba un lugar privilegiado en caso de un segundo matrimonio de su marido).

b).- Matrimonio Secundario podría llamarse al celebrado entre hombre y mujer, existiendo otro con anterioridad, en el que la segunda esposa quedaba relegada a una categoría inferior.

c).- La unión matrimonial conocida como "Levirato"- por medio de la cual se obligaba al hermano del cónyuge difunto a contraer nupcias con la viuda del desaparecido.

Respecto al patrimonio nupcial, se observaron formas en las cuales la mujer fué administradora de dicho patrimonio y muchas veces dueña de los bienes del esposo por incumplimiento en la pensión alimenticia, cuando tuvo la supremacía. De igual modo, cuando el marido era dueño y administrador del patrimonio familiar, de sus propios bienes, así como de los de su esposa, a él correspondió el manejo de aquel patrimonio.

Las formalidades del Matrimonio fueron las siguientes:

a).- En un principio revistió la forma de una ceremonia religiosa, en donde los pretendientes se presentaban ante un sacerdote para la celebración, quien autorizaba el acto.

b).- Después se creó una institución meramente civil, cuyas formalidades eran observadas ante un funcionario público, debiendo los contrayentes, especialmente el varón, hacer una declaración en el sentido de que era su voluntad tomar a determinada mujer por esposa. En caso de haber uniones carnales con anterioridad al -

acto y hubiere descendencia, la ceremonia matrimonial legitimaba a los hijos en forma automática.

c).- Finalmente debe consignarse que en la generalidad de los casos el matrimonio se hacía constar por escrito, en el cual se anotaban las cláusulas y condiciones respectivas.

Al producirse en el año 30 A.C., la dominación de Egipto por los romanos, presentándose no sólo la ocupación política sino la influencia jurídica, los usos matrimoniales sufrieron transformaciones, entre las que se cuenta la prohibición de celebrar matrimonio entre hermanos, aboliéndose igualmente la práctica del casamiento del hermano del cónyuge difunto con la viuda de éste".

D'Aguanno, en su obra (3), dice lo siguiente respecto del matrimonio en el pueblo egipcio:

"Apoyándose sobre pasajes de historialoras antiguos, algunos autores modernos han exagerado mucho la importancia de la mujer en la familia egipcia, hasta llegar a decir que la función natural de los sexos, por una anomalía de la casualidad, estaba en Egipto completamente invertida y que el hombre frente a la mujer era poco menos que un ser despreciable.

Mas lo que un estudio detenido nos demuestra, es que la familia egipcia, por ser la más antigua que nos presenta la historia, es la que más se resiente del antiguo matriarcado; todo lo demás no es más que una exageración. Esta opinión, sostenida por algunos escritores ilustres como Bachofen, Stuart Mill, Esmein y otros ha sido recientemente combatida por valerosos egiptólogos, como Revillout y Paturet".

Siguiendo entre otros al autor arriba citado es posible clasificar el matrimonio en tres grupos:

Revillout, en su libro "Cours de Droit Egyptien", -

refiere la celebración de un matrimonio que creí de interés reproducir, respecto del matrimonio servil:

"Año IV, del reinado de Psammético, de XXVII dinastía, dice la mujer T'énesis, hija de Anachamen, a Amón "Tú me has dado el precio convenido para que yo me convierta en esclava tuya, y mi corazón está satisfecho por ello. Nadie en el mundo podrá separarme de tu servicio. Yo no podré librarme de él; yo te daré todo lo que poseo, dinero, trigo y todos los demás bienes que me pertenecen, y los hijos que procrearé, y todas las cosas que adquiriera, y los vestidos que tengo encima de mí hoy, en adelante y para siempre... Jura por Amón y por tu rey que no tomarás ninguna otra esclava, que tú no podrás decir que te place hacer por otra lo que has hecho por mí, que no tomarás ninguna otra mujer; por mi parte, juro que no me escaparé de la habitación en que tú te halles".

b).- Una segunda clase que según mi punto de vista era el más justo y que consistía en la igualdad de derechos para ambos cónyuges, y por supuesto obligaciones recíprocas y los bienes patrimoniales que formaban un todo y el cual pertenecía en igualdad de condiciones a los consortes.

c).- Por último había un matrimonio que participaba en cierta manera de las características de los dos anteriores y que se fundamentaba en una cierta dote o donación nupcial que el marido hacía a la mujer.

De lo visto hasta ahora, respecto del matrimonio entre los egipcios, y la desfavorable situación del marido en la familia, creo que más bien se debió a la influencia de la antigua familia matriarcal.

La autoridad de la mujer en la familia, sólo indica que el vínculo de paternidad no había sido nunca muy firme y consiguientemente, la autoridad o representación en la familia estaba a cargo de la madre y a falta de ella de la hija mayor.

En los contratos matrimoniales que se conocen y que son pocos en el aspecto de cesión absoluta del marido a la mujer de cuanto poseía, observo que más que una cesión desinteresada, era todo lo contrario pues por medio de esta clase de matrimonio la mujer se obligaba a proporcionar al marido todo lo necesario para su sustento y que a su muerte costease los gastos de la sepultura.

Lo anterior se debía al hecho de la certidumbre del parentesco femenino, siempre acumulaban riquezas superiores a las de los hombres, y por ésto, los maridos que tenían poca fortuna, con mucho agrado cedían lo que les pertenecía a efecto de sustraerse a la carga de los gastos domésticos.

Luego pues, la característica del matrimonio en Egipto es poligámico dotado de una cierta jerarquía, hasta que la influencia romana en cierta medida eliminó ésta circunstancia.

Sobre la disolución del matrimonio en Egipto, se debe hablar con cierta reserva ya que los datos que se conocen, son muy imprecisos y escasos; cuando una mujer es seducida es imposible que el varón la abandone, y en lugar de imponerle una multa si se diera el caso sólo parece admitirse el divorcio por voluntad de la esposa o sea que era un privilegio de la mujer.

En caso de haberse casado mediante un contrato por dote nupcial, en el cual el marido es el único que aporta bienes, él es el único para pedir el divorcio, pero se ve obligado a indemnizar a su mujer con una multa que se le impone.

En los matrimonios cuyo patrimonio fuese aportado por sumas iguales de los cónyuges, el divorcio era facultad de ambos, lo cual quedaba asentado en el contrato matrimonial que mostraban al sacerdote antes de casarse.

B.— ASIRIA.— El profesor Dekkers (5) brevemente expone sus puntos de vista respecto del matrimonio en el pueblo Asirio,

dicimiento:

a).- Derecho de Familia. La futura esposa interviene por sí misma en sus desposorios. El futuro esposo hace una donación no sólo a su futuro suegro, sino también a su futura esposa. El matrimonio era fijado por un escrito en el que se determinaban las obligaciones que asumía la mujer. Esta no estaba obligada a habitar en la casa del marido; puede continuar habitando en la casa de su padre, y en ella recibe a su marido; cuando el marido parte de campaña, la mujer puede volverse a casar con otro hombre elegido por ella al cabo de cinco años (e incluso dos si no hay persona que atienda a sus necesidades).

En cambio, el derecho asirio conocía la poligamia y el levirato (ya para la prometida). Las mujeres casadas debían llevar velo, las mujeres públicas no podían casarse.

El padre de familia ejerce la magistratura doméstica, pero no sin restricciones. Por ejemplo, si sorprende a su mujer en adulterio tiene derecho a matarla. Pero entonces debe matar también al cómplice, y viceversa; si perdona a uno debe perdonar al otro".

Las características del matrimonio asirio anteriormente apuntados, según mi opinión colocaban en una posición desventajosa al marido puesto que el gravamen patrimonial implicaba realmente el precio del matrimonio. El hecho de que la mujer no estuviera obligada a vivir en el hogar del marido restaba méritos a la situación jurídica del esposo e inclusive para observar una conducta que aunque fuera contra la autoridad de su cónyuge, su padre, por el parentesco y el hecho de vivir a su lado no la reprocharía.

Rosas Benitez, citado anteriormente, es más exhaustivo a mi parecer en cuanto a la exposición sobre la vida matrimonial entre los asirios, y respetando sus puntos de vista y estando acorde en parte con lo por él dicho, expondré lo que a mi parecer significaba el matrimonio asirio.

El autor antes citado, casi concuerda en lo dicho - anteriormente por el Profesor Kene Dekkers en el sentido de que los obsequios matrimoniales revestían una gran importancia al grado de - normar algunas facetas del vínculo conyugal. En caso de muerte del marido y si la esposa habitaba al lado de su padre y no había desceñ - dencia, el patrimonio y los regalos que hubiere obtenido deberían pa - sar a poder de los hermanos del muerto, los bienes eran entregados a los hijos en caso de que existieran y a falta de hijos o hermanos, - la esposa era la que disfrutaba de lo existente.

En caso de que un hombre hubiere llevado a una casa regalos con el objeto de que su hijo contrajere nupcias y el padre - de la novia se negase a darla, el que hacía los regalos podía optar por llevarse a la mujer si le placía, para llevarla a su hijo, o bien recoger los regalos y extinguir todo nexo matrimonial, exceptuándose solamente los regalos que fueren comestibles, los cuales le estaba - prohibido tocar. Otro caso interesante era el del novio que llevaba personalmente los regalos y le era concedida la novia, pero ésta - desgraciadamente moría lo cual automáticamente facultaba al novio pa - ra solicitar la mano de una hermana con la anuencia del suegro. Era tan significativo el regalo de bodas que por el sólo hecho de reci - birlo la novia, bastaba para que fuera copartícipe de las responsabi - lidades de su marido en deudas, penas y faltas.

En caso de que el marido muriese, se le buscaba un nuevo esposo a la viuda entre los familiares del marido incluyendo - al propio suegro. El caso de la muerte del marido y la existencia - de un familiar que se casara con la viuda eran condiciones de su li - bertad pues no encontrándolo se lo dejaba para que ella se fuese a - donde quisiera.

El régimen dentro del matrimonio era muy severo res - pecto de la mujer, pues en caso de que ésta robara algún bien de casa del marido y lo entregara a un tercero, habiéndose comprobado el hecho, la hacía acreedora a un castigo por parte del marido, quien - lo elogia por su propia voluntad. Este castigo igualmente se aplica

ba a aquel que hubiere recibido el objeto y además estaba obligado a restituirlo.

El castigo anteriormente citado se aplicaba en el caso de que el marido gozara de cabal salud, pues si éste estuviera enfermo o muerto, el castigo era la muerte tanto para ella como para el tercero que recibía los objetos robados.

Si el robo era cometido en bienes ajenos a los del esposo y la cantidad de dichos objetos excedía de cierta suma, el dueño de lo robado estaba obligado a decir que juraba no haber inducido a la mujer al robo y que el bien o bienes no se encontraban ya en su casa. Entonces el esposo quedaba obligado a pagar lo robado o devolverlo y de esa manera podía librar a su mujer de la acción del ofendido, y a su vez si lo quería podía mutilarle las orejas a su mujer. En caso de que el marido no estuviere dispuesto a librar a su mujer de la acción del ofendido, éste tomaba a la mujer y le mutilaba las orejas.

La extinción del matrimonio entre los asirios, además del caso de muerte, de alguno de los cónyuges, la ausencia del marido lo extinguía, quedando la mujer en libertad de contraer un nuevo matrimonio; esto acontecía generalmente cuando el marido hubiese ido a la guerra sin dejar a su esposa medios de subsistencia y además ella no tuviese habitación con alguien que la proveyese; ahora bien, si del matrimonio había descendencia los hijos deberían trabajar para atender las necesidades, no habiéndolos, la esposa esperaba cinco años y transcurrido ese término quedaba en libertad de casarse nuevamente.

Se daba la siguiente excepción cuando con motivo de la aprehensión del marido en guerra o detenido por malhechores, en este caso a su regreso si quería recuperar a su esposa, tenía que entregar al nuevo marido otra mujer en vía de compensación. Los cinco años no eran contados si el esposo era enviado en una comisión por orden del monarca, quedando obligada la esposa a esperar su regreso por el tiempo que durase la comisión. Como último caso, el matrimo-

nio subsistía si la mujer no hubiese respetado el término de los cinco años, en cuyo caso al regreso del marido, aunque hubiere hijos — posteriores, podía recuperarla.

De lo visto, nos damos cuenta de que el matrimonio en esta cultura es esencialmente monogámico, de que se disolvía en — los casos anteriormente señalados y que, resulta muy interesante el determinado régimen patrimonial que se originó con motivo del matrimonio. Se han podido señalar diversas hipótesis de las que se des— precian, como la celebración o subsistencia del matrimonio estuvie— ren condicionados para esta cultura a una determinada situación pa— trimonial, lo que hace pensar que la carga patrimonial que soportaba el marido revestía la figura de un precio.

El curioso régimen de reversión de los bienes a fa— vor de los hermanos del marido difunto, permite vigorizar la hipóte— sis (del precio), pues se podía interpretar pensando que una vez di— suelto el matrimonio el precio pagado por su celebración regresara a los miembros de la misma entidad familiar del difunto.

C.— BABILONICA.— De lo que exponen los tratadistas sobre esta materia (6), se puede hacer la siguiente breve exposición:

Por principio, la posición de la mujer en Babilonia era muy favorable, pues tanto en el hogar en su papel de esposa, — como en sus relaciones sociales se le profesaba un amplio respeto; — en su vida social, inclusive se podía dedicar al comercio. La respe— tabilidad inclusive se hacía extensiva a las esclavas quienes por el hecho de tener hijos con el amo, hacía que no pudiesen ser vendidas, y si éste llegaba a fallecer, recobraban por ése sólo hecho su liber— tad.

Respecto del matrimonio, en Babilonia se puede de— cir por principio que se practicaba la monogamia, aunque se admitían algunas excepciones, como el hecho de que una mujer contratara un se— gundo matrimonio sin haberse desvinculado del primero, anunciando en su favor la prisión de su marido en guerra. El abandono se puede de

oir también que en ese tiempo era una causal para que la mujer o el hombre celebraran segundas nupcias sin disolver solemnemente el primer matrimonio.

Se conocían dos maneras para celebrar el matrimonio, uno en el cual, el novio entregaba al padre de la novia una cantidad de dinero y que era estimado como un valor o precio de la novia, lo cual indicaba que el matrimonio era una verdadera compra de la mujer.

La segunda manera, para celebrar matrimonio se hacía mediante una especie de dote, la cual era entregada por el padre de la novia, dando con ésto lugar al nacimiento de ciertos derechos en favor del novio y como una preparación al matrimonio.

El manejo de los bienes que constituía el patrimonio familiar estaba a cargo del marido, pero en ocasiones éste podía entregar una parte del patrimonio a su esposa, la cual con esta porción de los bienes perdía todo derecho a participar en la sucesión de su esposo. El matrimonio se hacía constar mediante un contrato escrito en el cual se estipulaba condiciones numerosas entre las cuales se expresaba claramente que en el caso de deudas morosas contraídas por el marido, su esposa no podía ser entregada al acreedor para que con su trabajo liquidara la cuenta de su marido.

Respecto del divorcio podemos decir que era practicado desde tiempos antiguos en Babilonia por el cual se cometían muchas injusticias por parte del esposo, pues el divorcio podía llevarse a cabo sin más trámites o aducir causales, y sólo entregando cierta cantidad de dinero.

El repudio era también admitido pudiendo practicarse por esterilidad de la mujer, sin más requisitos que el de devolver la dote pero en doble cantidad. Esto, sólo en caso de que en el momento de la celebración del matrimonio se hubiere entregado dote, pues a falta de ésto el marido sólo entregaba a la esposa una

cantidad de plata que variaba según la condición económica del propio marido.

Otra de las causas que se ajujeron para el repudio, fué la del comportamiento incorrecto de la mujer, este repudio se — llevaba a cabo pronunciando una frase sacramental, en la que se hacía saber el deseo de divorciarse y efectuado ésto se despedía a la mujer sin entregarle su dote. En caso de no pronunciar la frase, la mujer quedaba en calidad de sirvienta en el supuesto de que el marido contrajere un nuevo matrimonio.

Jada la conexión histórica existente entre Asiria y Babilonia, las semejanzas que presentan ambos regímenes matrimoniales son claramente visibles. Las diferencias no son pues de grado — substancial, en las dos culturas se aprecia la preocupación de regular minuciosamente la situación patrimonial. Curioso es el caso de la devolución al doble de la dote en el caso de divorcio por esterilidad, situación con la cual seguramente se buscaba la limitación en la disolución matrimonial por ésta causa, con la consecuencia del al to precio que se imponía al marido.

D.— HEBREA.— La sociedad hebrea estaba constituida bajo la forma patriarcal y la poligamia y el concubinato eran aceptados como cosa natural. Entre los hebreos la continuación de la de scendencia era un deber sagrado que se observaba de una manera muy — cuidalosa pues en caso de la muerte del esposo y no existiendo descen dencia, la mujer era entregada después de la muerte del marido a su hermano, el cual tenía el deber de procrear un hijo que diera posteridad al difunto, para que su nombre siguiera ennumerándose entre — los hijos de Israel.

Si el hermano se rehusaba a casarse con la viuda, — perdía, por esa sólo causa el derecho a la herencia, la cual se en— tregaba a un pariente más lejano, a quién con dicha herencia pertene— cía también la mano de la viuda.

Era ésta la costumbre llamada levirato. Si el padre al morir no había procreado sino una hija, el esposo de ésta, — se hacía poseedor de la herencia de su suegro y tenía la obligación de dar posteridad al difunto, dándole a su primer hijo el nombre de éste.

La exposición del tema, es tratada con claridad y amplitud por el maestro D'Aguanno (7) por lo cual deduje lo siguiente:

La poligamia era aceptada entre el pueblo hebreo, motivo por el cual, cada hebreo podía tener al mismo tiempo, varias mujeres, con la condición de que pudiera mantenerlas, vestir las, — etc., como una esposa lo requiere.

El repudio como una forma de extinguir el matrimonio, también se practicaba con la condición de que el marido redactase en debida forma una especie de "carta de divorcio" en la cual expusiera los argumentos causa del repudio.

A la mujer hebrea sin embargo tenía un lugar — de dignidad dentro de la familia, independientemente de las penas — con que Moisés conminaba a aquellos que causaren alguna ofensa corporal a las mujeres, sedujesen a una virgen, o maldijesen a su madre.

Una de las cosas que demuestran la dignidad con — que se trataba a las mujeres, es el hecho de la reciprocidad de deberes entre marido y mujer, y no que fuesen tratadas como esclavas, antes bien, se prescribía que cuando la esclava hubiere sido concubina del dueño tenía derecho a la libertad.

La autoridad del padre sobre sus hijos era verdaderamente exagerada, pues se daba el caso de hijos que no los obedecían, o adoptaban situaciones irreverentes ante los mismos por lo — cual los hacían conducir ante los que administraban justicia o sca

los "Señores de la Ciudad" y los acusaban, trayendo como consecuencia que el hijo fuera lapidado por el pueblo, quedando dicho castigo como ejemplo del pueblo hebreo. El padre tenía además el derecho de vender a sus hijos o de entregarlos en holocausto al Señor.

Es conveniente al respecto, conocer la posición del Maestro Rosas Benitez (8), lo cual hace de la siguiente manera:

"Matrimonio.- Se permitió la poligamia, según se prueba en el texto bíblico, en donde desde el Génesis, se encuentran ejemplos de personajes que contraen uniones posteriores al primer matrimonio sin que éste haya terminado (Vg. Abraham con Sara y Agar).- La mujer unida al hombre con posteridad al primer matrimonio tenía el grado de esposa inferior, debía ser mantenida por el esposo y vivir en su casa, aún después de la muerte de aquél y los hijos eran considerados como de la familia. La infidelidad de éste tipo de mujeres se equiparaba al adulterio. Aunque la Biblia no favorece la poligamia no la critica, y entre los hebreos se acostumbró unirse con más de una mujer. Podía existir un matrimonio como principal, y las demás uniones tener el carácter de concubinato aceptado por la ley.

En el Libro de los Números con el fin de que no se confundieran las posesiones de los hijos de Israel, se expresa que todos los hombres debían tomar en matrimonio solamente a mujeres de su tribu, y las mujeres herederas debían tomar marido de entre los miembros de su misma tribu. No obstante lo anterior, entre las leyes derogadas después de la conquista de Canaán, se cuenta esta prohibición que dadas las circunstancias de esa época, resultó inaplicable. Estuvieron también prohibidas las uniones matrimoniales entre parientes consanguíneos o por afinidad; así, no fueron permitidas con: esposa del padre, hermana, medio hermana, hija, hijastra, nuera, nieta, tía, cuñada (a menos que el marido hubiera muerto sin descendencia), suegra.

Fuera de los anteriores obstáculos, el matrimonio -

podía celebrarse con cualquier mujer, inclusive con una esclava si el padre la desposaba con uno de sus hijos, por ésta circunstancia debía ser tratada como hija. Parece que estas uniones terminaban por un matrimonio posterior del hijo, quedando el señor obligado a dar marido a la esclava y a pagar el precio de su tiempo y honorabilidad perdida. El incumplimiento de estas obligaciones daba lugar a la inmediata libertad sin pagar rescate".

La doncella que contraía matrimonio, permanecía durante algún tiempo en casa de su padre, y las faltas cometidas en este lapso se castigaban como adulterio. Al pasar la mujer a casa de su esposo, estaba ordenado que éste "—No ha de ir a la guerra, sino que se le permitirá emplearse enteramente en atender a su casa, y a pasar un año en paz y alegría con su esposa", (Deut. XXIV, 5).

Para la mejor comprensión del régimen matrimonial hebreo, se hace una distinción atendiendo tanto a la calidad de las personas que lo contraían, como a los hechos que originaban el vínculo.

1.— El principal, contraído por un hombre con una mujer de su linaje.

2.— El concubinato autorizado por la ley, que puede equipararse a un matrimonio secundario.

3.— El levirato, que obligaba al hermano del marido difunto a casarse con la viuda, de no haber descendencia en este caso, al nacer el primogénito de ésta unión, se le pondría el nombre del difunto y se consideraría su hijo, para que no se perdiera aquel nombre en Israel. Si acontecía que el cuñado no quisiera por mujer a la viuda, ésta iría al juzgado a querrellarse manifestando la negativa; en seguida era citado para examinarlo y ante la insistencia en negarse, la mujer le descalzaba un pie y escupía su rostro, acto infamante que indicaba la falta de voluntad para revivir el nombre de su hermano. Esta forma debió tener mayor uso dentro del régimen pa-

triarcal, puesto que la Biblia Habla de "Si vivieren juntos dos hermanos, y uno de ellos muriese sin hijos...", etc., etc.; bajo otras formas de organización el levirato debió ser menos usado".

Una de las formas para disolver el vínculo matrimonial según el autor anteriormente citado, era el repudio el cual debía hacerse constar por escrito, formalizándose en una verdadera escritura, a ese documento escrito y formal también se le conocía con el nombre de libelo de repudio.

En él, debían hacerse constar causas justas que le hicieren necesario, de otra manera el repudio carecía de valor. En relación con este mismo instituto del repudio, es muy interesante hacer referencia al Papiro No. 19 de la colección publicada por P. Benoit (9), que contiene documentos descubiertos en las famosas grutas de Murabba at, que se encuentran al este de Belem y que corresponden a la época de la segunda guerra judía llevada a cabo bajo el imperio de Adriano (como es sabido en el invierno del año 134 - 135 las legiones romanas intensificaron la ofensiva contra los últimos grupos de fugitivos judíos, uno de éstos se refugió precisamente en estas grutas llevando consigo sus documentos y archivos familiares).

En este documento se contiene un acto de repudio escrito en arameo y que puede fecharse haciendo la conversión correspondiente al año 111 entre los meses de Octubre y Noviembre D.V., para todo lo concerniente con este punto de nuestro estudio se puede consultar el análisis que hace al respecto el Profesor Volterra (10), el documento se ajusta a las prescripciones mosaicas y talmúdicas. El repudio es enviado solamente por el hombre; la mujer no aparece en modo alguno en su redacción o aceptación. Lo anterior se ajusta a la Ley Mosaica (Deuteronomio 24. 1 - 2), que atribuye sólo al hombre la facultad de enviar el libelo de repudio. Con estos elementos y otros más que en esta ocasión no vamos a señalar, el Profesor Volterra sostiene la autonomía del Derecho matrimonial hebreo respecto del Derecho Privado Romano, en el cual como veremos la facultad de repudio no presentó los mismos perfiles que aquella que ejemplifica

en líneas superiores.

El Profesor Dekkers ejemplifica con algunos casos tomados de la Biblia, los principios antes apuntados de la siguiente manera (11):

"El matrimonio se crea por compra, pagándose el precio en dinero (pesado) o en servicios (José sirvió a Laban su futuro suegro, durante siete años para obtener a Lea como esposa, y otros siete para obtener a Raquel). La mujer siempre puede ser repudiada (y vuelve entonces a su familia), en tanto que el hombre no es castigado más que en caso de adulterio con mujer casada — (porque significaba una ofensa para el marido de ésta) sin embargo, la mujer no es una esclava; el precio de la mujer es superior al — de un esclavo, la misma mujer tiene una esclava, la mujer no puede ser vendida por su marido; la viuda puede volverse a casar".

La institución matrimonio entre los hebreos por — las razones apuntadas, presenta un carácter poligámico, por eso en la Antigua Ley, la poligamia se presenta como una imposición de — las costumbres (12).

El matrimonio se podía disolver por medio del divorcio o del repudio, éste último, sin embargo es concedido sólo — mente al varón. Esta situación de privilegio inspiró a Voltaire — las siguientes líneas:

« O Salomón, ô sage fortuné,  
» Roi philosophe et Flatón couronné...  
» Mille beautés servaient a votre usage!  
» Mille! on le dit. C'est beaucoup pour un sage.  
» Qu'on m'en donne une, et c'est assez  
» Pour moi,  
» Qui n'ai l'honneur d'être sage ni roi»

Voltaire.

E.- GRIEGA.- El matrimonio griego en la antigüedad es tratado también claramente por D'Aguzzo (13) y de su estudio -- haré la siguiente exposición:

En Grecia al igual que otros pueblos de la antigüedad, se practicaba la poligamia, misma que era resultado de la promiscuidad primitiva en que vivían.

Según se deduce de la lectura de los poemas de Homero, parece que el concubinato estaba extendido en una forma alarmante, los principales guerreros en sus incursiones bélicas, tomaban como prisioneras a varias mujeres, las cuales tenían después en calidad de concubinas.

En los tiempos históricos existían en Grecia tres categorías de mujeres: Las que en realidad merecían el calificativo de esposas, y que se dedicaban a la procreación de los hijos y a la atención de los quehaceres del hogar, las hetairas para el placer, y las cortesanas o mujeres públicas que servían para las orgías de los guerreros.

Las concubinas y las hetairas, se distinguían siempre de una manera muy especial, pues las concubinas eran por lo general, esclavas domésticas, mientras que las hetairas eran mujeres libres que vivían con independencia: pero analizando la situación de ambas, se llega a la conclusión de que tanto unas, como las otras servían para los mismos fines y eran la vergüenza y el temor de las verdaderas esposas.

La costumbre en cuanto a la celebración del matrimonio era la siguiente: En un principio la mujer era raptada realmente y conforme pasó el tiempo este rapto era simulado; la mujer que se fingía iba a ser robada se llevaba a un sitio apartado, donde se le cortaba el pelo y era obligada a ponerse el calzado del hombre, y de esta manera era raptada por el marido, permaneciendo oculta a los ojos de los demás. En otras ocasiones el marido busca

ba, en una habitación obscura en la que se encontraban varias mujeres, aquella que debería ser su esposa, lo cual resultaba bastante injusto tanto para el hombre como para la mujer.

La situación de la mujer, era desventajosa en cualquier estado civil que se encontrase pues como se verá, cuando soltera dependía absolutamente del padre, quien podía entregarla en matrimonio a quien mejor le conviniese; cuando estaba casada, estaba sujeta a lo que dijese su marido, y cuando por desgracia quedase viuda, su dependencia estaba atada a la voluntad de sus hijos.

En Grecia, se admitía el divorcio, pero sólo a favor del marido, lo cual nuevamente, nos da una idea del papel tan desventajoso que desempeñaba la mujer, mismo derecho que usaban los maridos a su antojo, abusando del mismo en muchos aspectos.

La autoridad del jefe de familia sobre todos los miembros que la formaban, era extremosa. El padre era el jefe o sacerdote de la religión doméstica, y como tal gozaba de un poder absoluto e ilimitado. Al nacer un hijo, el padre o jefe de esa familia, podía no reconocerlo, e inclusive matarlo. El mismo jefe, cuando lo creía conveniente, vendía al hijo.

Podía repudiar a la esposa por causa de esterilidad para preveer la posible extinción de la familia, o en caso de adulterio. Estaba facultado para excluir al hijo de la familia y del culto, interfería para regular el matrimonio de los hijos si lo creía conveniente, estaba facultado para introducir a la familia a un extraño.

La dote de la mujer pertenecía al marido, como también lo que la mujer adquiría durante el matrimonio, los bienes que adquirirían los hijos también iban a parar al padre.

Carlos Coler (14), se refiere someramente al matrimonio entre los griegos al exponer:

"En Atenas, la edad matrimonial se adquiría al llegar el hombre a los Treinta y Cinco años y la mujer a los Veinticinco y existieron leyes que decretaron la pública infamia contra el celibato. En el mismo día de la boda, la mujer debía entregar al esposo la dote, la que en un comienzo fué limitada, sobre todo por Solón — quien no quiso que en el matrimonio se buscara la acumulación de dos fortunas. Posteriormente la dote fué creciendo en importancia y se declaró que debía ser respetada por los acreedores del marido, no — teniendo éste más facultad que la de administrador, debiendo restituirla en caso de separación o de muerte sin hijos.

Prosiguiendo con el estudio del matrimonio en Grecia y del examen de la obra de Fustel de Coulanges (15), diré lo siguiente:

La religión doméstica que practicaban en ese tiempo, era completamente privada y ajena a cualquier miembro extraño a la familia. Por medio del matrimonio se introducía a la esposa a participar de la religión de su marido, sus dioses, himnos, etc. Para consumar el matrimonio era necesario que la religión fuere celebrada en la casa y no en el templo donde eran venerados Juno, Júpiter y otros dioses del Olimpo.

La ceremonia que se realizaba para el casamiento, se componía de tres actos. El Primero, ante la presencia del padre en su hogar; El Tercero, se llevaba a cabo en el hogar del marido y el — segundo acto tenía lugar en el tránsito de un hogar a otro.

Trataré de explicar lo mejor posible, cada uno de — los tres actos de la siguiente manera:

1o.— Reunida la familia del padre de la novia, con — el pretendiente entre ellos, se ofrecía un sacrificio, cuando terminaba éste, el padre pronunciaba ciertas fórmulas sacramentales las cuales significaban la entrega que hacía de su hija. El acto de pronunciar estas palabras, era indispensable, pues sin esto, la mujer no po

día adorar los dioses de su marido, sin que antes su padre la subie-  
re desligado de todo lazo hacia su antigua familia y religión.

2o.- Era este acto, en el cual se efectuaba el tras-  
lado de la novia a su nuevo hogar, en ocasiones era el propio marido  
quien la conducía a su casa y en otras el traslado se encargaba a —  
ciertos hombres que estaban revestidos de carácter sacerdotal. Ge-  
neralmente la joven era transportada en un carro adornado de acuerdo  
con las circunstancias, iba vestida de blanco con el rostro cubierto  
y usando además, una corona, en torno a ella se cantaban himnos.

Al llegar a la casa, el esposo simulaba un rapto —  
alzándola, y las mujeres que la acompañaban proferían algunos gritos,  
simulando además defenderla. Lo que precede es sólo un acto de pre-  
paración de la ceremonia, pues después de ésto el acto sagrado se ce-  
lebraría en la casa del marido.

3o.- Acercándose la esposa a el lugar donde se ren-  
día culto al Dios o Divinidad doméstica, era rociada con agua lus-  
tral y acto seguido tocaba el fuego sagrado, lo cual seguramente se  
hacía como un medio de purificación que precedía a la ceremonia, des-  
pués de ésto, los esposos comían algunos panes y frutas.

Con ésta ligera comida, que antes y después se acom-  
pañaba de una libación y ciertas oraciones o plegarias, al Dios pre-  
sente, quedaba consumado el acto, y los esposos comulgaban entonces  
la misma religión y su comunión con los dioses domésticos.

En materia de matrimonio en Grecia hay que distin-  
guir el período de la edad heroica de aquel propio del Derecho Clási-  
co de la época ateniense. Aún cuando en los orígenes aparece con —  
carácter poligámico como es la mayor parte de las culturas nacientes,  
ya la descripción que hace Homero es inequívocamente referida al ma-  
trimonio monogámico. Aún cuando Aristóteles dice que siempre se —  
practicaba en forma de compraventa (16) es de dudarse, pues el matri-  
monio homérico es más semejante al clásico que al indoeuropeo. Es -

cierto que el matrimonio se hace acompañar de regalos que hace el futuro marido al padre de la esposa, pero ésto no debe considerarse como precio, pues dichos regalos son correspondidos por el padre de la esposa a su yerno; por otra parte Nonero habla de concubina comprada no de mujer comprada XIV 202, y al mismo tiempo existe seguridad de un régimen dotal ya en época homérica.

Hugo E. Paoli (17), considera que el matrimonio se explica en base a la cohabitación material entre los consortes, y que la promesa del padre de la esposa al marido, da a la cohabitación su carácter jurídico siempre que la esposa tenga la edad idónea al matrimonio. Así por ejemplo se sabe que la hermana de Demóstenes fué prometida en matrimonio a los cinco años de modo que la promesa es un elemento de legitimidad pero no constitutiva del matrimonio. — La mujer podía ser prometida a diversos varones, pero resultaba esposa solamente de aquél con quien iba a convivir. Se puede resumir diciendo que para contraer legítimo matrimonio se requerían tres condiciones: la ciudadanía, la promesa y la cohabitación.

El celibato era considerado un estado reprobable, y a pesar de que Plutarco afirma que en Atenas se dieran acciones penales contra los solteros, no parece históricamente demostrada ésta situación.

El adulterio aparece castigado severamente en ambos casos. El marido podía tener una concubina sin cometer adulterio pero llevarla al apartamento de los varones donde la mujer no tuviera acceso, era considerado gran ofensa, y causa de disolución del matrimonio.

Es interesante a este propósito destacar el carácter no decididamente monogámico del sistema ateniense frente al derecho clásico romano, que sin lugar a dudas aparece mucho más occidental en esta materia, sin embargo, interesa señalar que la voluntad de uno de los cónyuges bastaba para cesar la cohabitación y por ende el matrimonio.

La ley imponía la disolución del matrimonio en caso de adulterio de la mujer, si el marido no la arrojaba del hogar conyugal era objeto de atimia, además, se disolvía también siempre que la mujer resultaba extranjera, el marido que no la hiciese volver a su lugar de origen, era castigado con una multa de mil dracmas.

APENDICE DEL CAPITULO SEGUNDO

- (1).- Al respecto me fué de gran utilidad la consulta de las obras - "Síntesis de Historia Universal" de Ciro E. González Blackaller y - Luis Guevara Ramírez, Editorial Herrero, S. A., 1962 México, D.F. y "Elementos de Historia Universal" de Jorge Hernández Millares, Editorial Patria, S.A. 1960.
- (2).- Alberto Rosas Benítez, "Introducción a la Historia del Derecho" Librería Font, S. A., Guadalajara, Jal.
- (3).- José D'Aguanno, "Génesis y Evolución del Derecho", Trad. de Federico Dorado, ed. Impulso, Buenos Aires, Arg., 1943.
- (4).- Revillout, "Cours de Droit Egyptien", Cit. por D'Aguanno.
- (5).- René Dekkers, "El Derecho Privado de los Pueblos", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- (6).- Alberto Rosas Benítez, Op. Cit.
- (7).- José D'Aguanno, Op. Cit.
- (8).- Alberto Rosas Benítez, Op. Cit.
- (9).- P. Benoit, "Discoveries in the Judean Desert , Les Grottes de Murabba at.
- (10).-Eduardo Volterra, "Nuovi Documenti per la Conoscenza del Diritto Vigente Nelle Province Romanae", extracto de la Revista Iura, vol. XIV Nápoles Masada.
- (11).-René Dekkers, Op. Cit.
- (12).-J. Salvador, "Histoire Des Institutions de Moise".
- (13).-Alberto Rosas Benítez, Op. Cit.
- (14).-Carlos Soler y Arques, "Ideal de la Familia", Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1887.
- (15).-Numa Dionisio Fustel de Coulanges, "La Ciudad Antigua", traducción del francés por Carlos A. Martín, Gráficas Diamante, Barcelona, 1864.
- (16).-Aristóteles, Política, II 1268 B.

(17).- Hugo Enrico Paoli, "Nuovo Digesto Italiano", Tomo VIII, Turin,  
1939.

### CAPITULO TERCERO

#### EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y GERMANO

- I.- Concepto del matrimonio en la época de los reyes. El discutido carácter jurídico del matrimonio. Tesis de Max Kaser. Su crítica. Diferencias y Autonomías que se precisan entre el matrimonio y la conventio in manum. Originalidad de la antigua concepción romana del matrimonio.
- II.-El matrimonio en la época republicana. Su disolución. Crisis de la institución en los últimos años de la república y la legislación de Augusto.
- III.-El matrimonio en la época de la jurisprudencia romana. Influencia del cristianismo. Labor de los emperadores a través del derecho de las constituciones y novelus.
- IV.-Naturaleza del matrimonio en el Derecho Justiniano.
- V.- Breve referencia al Derecho Germánico.

I.- CONCEPTO DEL MATRIMONIO EN LA EPOCA DE LOS REYES. EL DISCUTIDO CARACTER JURIDICO DEL MATRIMONIO. TESIS DE MAX KASER. SU CRITICA. DIFERENCIAS Y AUTONOMIA QUE SE PRECISAN ENTRE EL MATRIMONIO Y LA CONVENTIO IN MANUM. ORIGINALIDAD DE LA ANTIGUA CONCEPCION ROMANA DEL MATRIMONIO.

#### CONCEPTO DEL MATRIMONIO EN LA EPOCA DE LOS REYES.

Indudablemente que para hablar sobre la idea del matrimonio en la época de los reyes, es necesario hacer un pequeño paréntesis e indicar, por qué principios y por qué reglas se gobernaba la sociedad romana.

Fustel de Coulanges (1), hace una descripción de los ritos, las costumbres, las ideas y las creencias, mismas que colocadas frente a las normas y principios que en ese tiempo imperaban, nos enseñan el porqué de la existencia de la familia romana, de la autoridad paterna, los grados de parentesco, el derecho de propiedad, en fin, que fueron las creencias o la religión primitiva las que dieron nacimiento a diversas instituciones entre las cuales se encuentra el matrimonio.

Ahora bien, entre algunas de estas creencias, encontramos la que se refería al alma y a la muerte y consistía en lo siguiente:

"Las generaciones romanas más antiguas, creían en la disolución del ser, como un simple cambio de vida. Según esta creencia el lugar y la manera en que transcurría la nueva vida, no era un mundo extraño al nuestro donde el alma iba a pasar su segunda existencia, permanecía cerca de los hombres y continuaba viviendo bajo tierra.

Durante mucho tiempo creyeron también que en esta segunda existencia el alma seguía ligada al cuerpo, ambos nacían juntos, la muerte no los separaba, y juntos se encerraban en la tumba".

Estas creencias adquirían un carácter tan firme, que inclusive se estableció toda una religión de la muerte, en la cual se incluía una serie de actos por medio de los cuales se honraba a los antepasados que habían muerto. Se les ofrecía comida, vino, ropa, se sacrificaban y sepultaban con él esclavos y caballos en la creencia firme, que éstos seguirían prestándole los mismos servicios que le prestaban en vida.

Cuando se dejaba de hacer lo mandado por estas creencias, se suponía que el muerto salía de su tumba castigando a los negligentes que dejaban de honrarlo como era su deber. Los castigaba con enfermedades o condenaba el suelo a la infertilidad, amén de otros castigos que no dejaban en paz a los vivos hasta que éstos, continuaban con los sacrificios, con las ofrendas de sustento, con libaciones lo cual los hacía volver a la tumba y les devolvía el reposo y los atributos divinos. Hasta entonces, el hombre quedaba en paz con ellos.

El culto al fuego era considerado como una especie de dios protector, a quien se le imploraban los eternos anhelos de los humanos, la salud, la riqueza, la felicidad; se le rogaba también para obtener de él la pureza del corazón, la templanza, la sabiduría, etc.

Con el transcurso del tiempo, todas las creencias o costumbres fueron transformándose o cambiando para dar paso a una especie de religión doméstica la cual, Mustel de Coulanges (2), explica de la siguiente manera:

"Desde hace muchos siglos el género humano se niega a admitir una doctrina religiosa a menos que reúna dos condiciones: - Una, que le anuncie un dios único; otra, que se dirija a todos los hombres y a todos sea asequible, sin rechazar sistemáticamente ninguna clase ni raza. La religión de los primeros tiempos no llenaba ninguna de estas dos condiciones. No sólo no ofrecía a la adoración de los hombres un dios único, sino que sus dioses no aceptaban la adoración de todos los hombres.

En esta religión primitiva cada dios sólo podía ser adorado por una familia; era una religión puramente doméstica".

Era esta religión doméstica, una verdadera adoración de los antepasados, pues éstos, eran considerados como dioses que ha bían pasado a un mundo distinto, a ellos les pedían ayuda, protección salud, etc., en sus momentos difíciles.

Se ha visto que la familia antigua romana constituía una organización basada o fundada en la religión, así el poder — amplísimo del pater familias que los textos dicen era un poder de vi da y muerte sobre todos los que se encontraban bajo su potestad, es un poder tanto de derecho cuánto de religión.

Es importante hacer notar la distinción que hace — Bonfante (3):

"La llamada familia organismo bien distinto de la — sociedad doméstica... es el más restringido de los grupos políti— cos... En el período histórico la familia romana es un conjunto de — personas las cuales pretenden todas descender de una persona viva — que es el jefe de la misma; en realidad y por lo demás a este grupo se pertenece en virtud de los mismos títulos por los que se pertenece a una comunidad política cualquiera... Matrimonio con un pater o filius familias acompañado de una sujeción como era habitual antigua— mente (conventio in manum)".

De lo aseverado por Bonfante respecto de la familia antigua y sus relaciones el maestro Margadant (4), dice lo siguiente:

"El padre conserva la patria potestad sobre su hija casada con otro romano, y la mujer sui iuris que celebra un matrimonio simple, sine manu, conserva el poder sobre sus propios bienes".

Lo afirmado por Bonfante en el sentido de que la — manus era necesaria acompañada al matrimonio para salir de una fami—

lia o ingresar a otra, es criticable pues como lo explica el Maestro Margadant (5) "La conventio in manum podía llevarse a cabo con independencia de todo matrimonio. En éste último caso, la institución servía para que una mujer se liberara de una tutela desagradable".

La manus excluye por una parte e incluye por la otra a la mujer hacia la familia con las consecuencias jurídicas y religiosas que ésto implicaba.

El concepto de la familia romana no corresponde al de la familia moderna. Esto lo demuestra el hecho de que la hermana no es en la familia lo que el hermano, o que la hija casada cesa completamente de formar parte de ella, así como otras instituciones de la legislación romana.

Fustel de Coulanges (6) hace la siguiente observación, respecto del parentesco y su importancia en la familia romana.

"Observando muy justamente los historiadores del Derecho Romano que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia romana, creyeron que éste fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital.

De este poder forman una especie de institución primordial, aunque no explican como fué formado, a menos que no sea por la superioridad de fuerza del marido sobre la mujer, del padre sobre los hijos; ahora bien, colocar así la fuerza en el origen del derecho, es cometer una grave equivocación. Más adelante veremos que la autoridad paternal o marital, lejos de haber sido una causa primera, ha sido un efecto: se ha derivado de la religión y por ella se ha establecido; no es pues, el principio constitutivo de la familia".

Las creencias o cultos que hemos visto, cotajadas con las normas o principios que regían en la sociedad romana, demuestran que una religión primitiva fué la que instituyó la familia. Los grados de parentesco, la autoridad paterna, el derecho de propiedad

y entre las primeras y principales se encuentra el matrimonio.

Como observamos esta religión del hogar y de los antepasados, que persistió a través de varias épocas transmitiéndose de varón a varón no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer también participaba en el culto asistiendo a los actos religiosos de su padre cuando era soltera, y casada a los de su marido.

De lo anteriormente descrito se puede aseverar la primacía que se concedía a la unión conyugal entre las familias romanas de la antigüedad.

El autor anteriormente citado (7) nos describe el inicio de las relaciones prematrimoniales entre dos jóvenes de la familia antigua.

"Dos familias viven una al lado de la otra, pero — tienen dioses diferentes. En una de ellas, cierta jovencita toma — parte, desde la infancia en la religión de su padre, invoca su dios, todos los días le ofrece libaciones, lo rodea de flores y los días — de fiestas, le implora su protección, le da las gracias por sus beneficios. Este hogar paternal es su dios. Un joven de la familia vecina la pide en matrimonio: se trata para ella de algo muy distinto al simple hecho de pasar de una casa a otra. Trátase de abandonar — el hogar paterno para invocar el dios del esposo, de cambiar de religión, de practicar otros ritos y de pronunciar otras oraciones.

En fin se trata de abandonar el dios de su infancia para someterse al imperio de un dios desconocido. No puede tampoco, permanecer fiel al uno honrando al otro, pues en esta religión es — principio inmutable que una misma persona no puede invocar al mismo tiempo a dos dioses ni a dos series de antepasados".

El casamiento era, pues, un acto grave para la joven y no menos grave para el esposo, porque esta religión exige que se haya nacido cerca del hogar para tener el derecho de sacrificar —

en él. Y no obstante, va a introducir cerca de su hogar a una extraña, con ella hará las ceremonias misteriosas de su culto, le revelará los ritos y las fórmulas que son patrimonio de su familia. Nada hay más precioso que esta herencia: estos dioses, estos ritos, estos himnos que ha recibido de sus padres, son los que lo protegen en la vida, los que le prometen la riqueza, la felicidad, la virtud. Sin embargo, en vez de conservar para sí esta fuerza tutelar, como el salvaje guarda su fiolo o su amuleto, va a admitir a una mujer para que la comparta con él.

Cuando se penetra en el pensamiento de estos hombres antiguos, se observa la importancia que tenía para ellos la unión conyugal y cuán necesaria les era la intervención religiosa. Naturalmente que según las costumbres de esa religión doméstica, la joven al pasar de una familia a otra a consecuencia del matrimonio, adquiría por ese sólo hecho un nuevo dios, unas nuevas oraciones, nuevos himnos y se convertía en sacerdotiza de una nueva religión.

El casamiento era la ceremonia santa que había de producir éstos grandes afectos, que eran de suma importancia, dado el carácter tan íntimo de la religión de cada familia.

Ahora bien, la religión que consumaba el matrimonio no era la de los grandes dioses materializados en el transcurso del tiempo. La ceremonia no se realizaba en el templo, sino en la casa, y la precedía el dios doméstico. En verdad, cuando la religión de los dioses de la ciudad adquirió preponderancia, no fué posible impedir que también se les invocase en las oraciones del casamiento; hasta se tomó la costumbre de ir previamente a los templos a ofrecer sacrificios a estos dioses, a lo que se llamaba los preludios del matrimonio. Pero la parte principal y esencial de la ceremonia había de celebrarse siempre ante el hogar doméstico.

Fustel de Coulanges (6), hace una descripción de la manera en que se llevaba a cabo el matrimonio encuadrándolo en tres actos los cuales veremos enseguida, pero haciendo la observación de

que este autor no precisa si se trata de un matrimonio cum manu o — sine manu.

"El casamiento romano... comprendía tres actos: — Traditio, Deductio in domum, Confarreatio.

1a.- La joven abandona el hogar paterno, como no es ta ligada a este hogar por su propio derecho, sino sólomente por mediación del padre de familia, no hay otra autoridad que la del padre para desligarla. La traditio es, pues, una formalidad indispensable.

En la casa paterna y en presencia del pretendiente el padre, rodeado ordinariamente de la familia, ofrece un sacrificio. Terminado éste, pronuncia una fórmula sacramental declarando que entrega su hija al joven, esta declaración es absolutamente indispensable en el casamiento, pues la joven no podrá ir enseguida a adorar — el dios de su esposo si su padre no la hubiese desligado previamente del hogar paterno; para que entre en su nueva religión debe estar despreñida de todo lazo y de toda atracción hacia su religión primera.

2.- Se conduce a la joven a casa del esposo, en ocasiones es el marido mismo quien la conduce, generalmente la joven, — con el rostro cubierto por un velo y en la cabeza una corona, era — transportada en carro; su traje era blanco, el blanco era el color — de los trajes en todos los actos religiosos. El cortejo iba precedido por una antorcha, la antorcha nupcial; se cantaba en torno suyo — un antiguo himno religioso.

El cortejo se detiene ante la casa del marido y para que la joven tenga acceso, hay que simular un rapto. Es preciso que su marido la alce, que ella profiera algunos gritos y que las muñecas que la acompañan simulen defenderla, tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la obliga a rebasar la puerta, pero teniendo mucho cuidado de que sus pies no toque el umbral.

Lo que precede sólo es preparación y preludio de la

ceremonia. El acto sagrado va a comenzar en la casa.

30.- Se conduce a la esposa ante el hogar, donde se encuentran todos los dioses domésticos y las imágenes de los ascendientes estar agrupados alrededor del fuego sagrado. Ambos esposos ofrecen un sacrificio, hacen la libación, pronunciando algunas oraciones y comen juntos una torta de flor de harina (Fanis Farrous).

Esta torta, comida entre las oraciones, en presencia y ante los ojos de las divinidades de la familia, es lo que hace santa la unión del esposo y de la esposa. La mujer tiene los mismos dioses, ritos, oraciones y fiestas que su marido; de ahí ésta vieja definición del matrimonio que los jurisconsultos nos han conservado:

"Nuptiae sunt divini juris et humani communicatio"  
y esta otra "Uxor socia humanae rei atque divinae".

La mujer así casada sigue profesando el culto de los muertos pero no lleva a sus propios antepasados la comida fúnebre, ya no tiene tal derecho. El matrimonio la ha desligado completamente de la familia de su padre y ha roto todas sus relaciones religiosas con ella. Ahora lleva la ofrenda a los antepasados de su marido; pertenece a su familia, ellos se han convertido en sus antepasados.

## EL DISCURSO DE CARACTER JURIDICO DEL MATRIMONIO

En cuanto a la celebración del matrimonio, se puede decir que no tenía necesidad de ninguna forma jurídica en derecho antiguo, pues como se ha visto, las "pequeñas monarquías" no permitían la intervención del estado en su comunidad, en cuanto a cosas tan íntimas, en éste caso el matrimonio, en el cual, sólo intervenían para reglamentarlo las decisiones de los padres de los contrayentes y secundariamente la participación de sus allegados y parientes en cuanto a los himnos, libaciones, oraciones, etc.

Como es natural, éste importante acontecimiento era acompañado de fiestas y ceremonias, las cuales fueron transformándose con el devenir de los tiempos y la transformación de las costumbres. Esta ausencia de formas jurídicas corresponde a la naturaleza del matrimonio romano el cual era considerado como válido según fuere autorizado por la decisión de los dirigentes de esos hogares.

Pedro Bonfante (9), en su obra al referirse al matrimonio en Roma lo explica diciendo:

"El matrimonio romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea, de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada por los romanos *affectio maritalis*.

El matrimonio romano era, según lo hemos definido, el vivir juntos con intención marital, y cuando éstas dos circunstancias concurren el matrimonio existe, si no, el matrimonio no existe".

De lo afirmado por Pedro Bonfante respecto de su definición del matrimonio, se puede estar de acuerdo en que la *affectio maritalis* era necesaria para la duración de un matrimonio y la convivencia de los cónyuges, pues el afecto entre ambos jugaba un papel de suma importancia ya que al terminar éste, se podía afirmar

casi que ese matrimonio terminaría.

El Derecho romano concibió al matrimonio de una manera muy especial, misma que lo hace diferir en muchos aspectos del matrimonio moderno. De lo visto hasta ahora, nos damos cuenta que no eran las formalidades especiales las que daban un perfeccionamiento a el acto jurídico, sino que estaba integrado por un elemento objetivo derivado del hecho de la convivencia de los cónyuges y el subjetivo o intencional que estaba representado por la *Affectio Maritalis*.

La convivencia de los esposos debía tener sus bases o fundamentos en una relación continua, permanente, y duradera porque el simple acuerdo inicial de considerarse como esposo, no era suficiente para configurar un matrimonio. La *affectio maritalis*, estaba dada por la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, reflejándose por la exteriorización o manifestaciones que hicieran a extraños de haber contraído nupcias o presunciones pre-establecidas.

La manifestación más cabal de la *affectio maritalis*, se encontraba en el honor matrimonii que el autor (10) citado anteriormente describe en la siguiente forma:

"Honor matrimonii es el modo de tratarse, en todas las formas, como en la sociedad se deben tratar dos cónyuges conservando la mujer la posición social del marido y la dignidad de esposa".

Como quedó asentado anteriormente, la falta de requisitos especiales no significaba en manera alguna que el matrimonio estuviera desprovisto de formalidades religiosas y sociales, pues como todo acto atingente a las relaciones familiares, se acostumbraba acompañarlo de fiestas y ceremonias en consonancia con la condición social de los contrayentes y que fueron cambiando con el tiempo y las costumbres.

De lo visto hasta ahora, respecto del matrimonio en Roma podemos concluir que se tenía como una forma social respetada y no se exigía formalidad jurídica o intervención estatal alguna. Estos antiguos matrimonios eran celebrados de acuerdo con las normas que emanaban de la autoridad de los contrayentes pero no celebrados en forma jurídica, y por lo tanto eran pocas las consecuencias legales.

De lo tratado en el presente inciso, se puede concluir que: el matrimonio no tenía ningún carácter jurídico, pues en primer lugar, el estado no intervenía respecto de la celebración de éste. Luego, si la *affectio maritalis* terminaba, el matrimonio desaparecía también sin intervenir el estado.

Esta situación, según mi opinión, generalmente era perjudicial para la mujer, pues en caso de una pequeña desavenencia en el matrimonio provocada por el conocimiento que la esposa tuviese, de relaciones extramaritales de su marido, casi automáticamente quedaba deshecho el matrimonio por la cesación de la *affectio maritalis*. En el siguiente punto se verá cómo Max Kaser acentúa con más claridad la confusión que existía respecto del matrimonio.

## TESIS DE MAX KASER. SU CRITICA

Max Kaser (11), dice lo siguiente refiriéndose al matrimonio romano y la intervención del Estado en el mismo.

"El antiguo derecho romano piensa en posiciones de poder. Su objeto se agota en la tarea de resolver si a una persona determinada le corresponde poder sobre otra persona o cosa". El Maestro Margadant, (12) al respecto se expresa como sigue:

"Todo lo que pertenece al antiguo ius civile, por referirse a esta distribución de cosas o seres humanos, entre las diversas domus, está caracterizado por formar claras y prácticas.

Pertenece entonces el matrimonio romano al ius civile le, conforme a lo anterior? -No, ya que el mero matrimonio romano no produce modificación alguna en la distribución de cosas o personas - entre las diversas "Monarquías domésticas"; el padre conserva la patria potestad sobre su hija casada con otro romano, y la mujer sui iuris que celebra un matrimonio simple, sine manu, conserva el poder sobre sus propios bienes.

No es sorprendente, a la luz de lo anterior, que el matrimonio romano, por quedar fuera del ius civile, no revista forma alguna y que además, no intervenga en su celebración el Estado. En tiempos imperiales, cuando penetran en Italia las influencias de Oriente, y con ellas, la tendencia a considerar el matrimonio como un acto jurídico formal, los jurisconsultos sienten con frecuencia - la necesidad de acentuar el tradicional carácter informal del matrimonio romano, como lo demuestra el Corpus Iuris.

Sin embargo, este matrimonio que no pertenece directamente al ius civile, y no reviste forma jurídica, puede combinarse con una institución netamente jurídica, la manus".

De lo demostrado por Max Kaser y en lo que el Maes-

tro harquidant está de acuerdo, concluyo diciendo, que en realidad - el matrimonio romano era celebrado sin ninguna interferencia por parte del estado, ya que el poder del paterfamilias en la esfera de su "monarquía doméstica" era casi ilimitado, y consecuentemente, el matrimonio carecía de toda formalidad jurídica, pues la religión - que era presidida por el paterfamilias quien fungía como sacerdote, y las normas que regían aquel matrimonio, eran dadas por el juez de esa domus, cuyo papel, también era desempeñado por el paterfamilias, lo que hacía que la interferencia del Estado fuera nula.

DIFERENCIAS Y AUTONOMÍA QUE SE PRECISAN ENTRE EL MATRIMONIO Y LA  
CONVENTIO IN MANUM.

Dada la amplia capacidad jurídica del paterfamilias en la antigua Roma, y el amplio poder que ejercía entre los integrantes de su pequeña "monarquía doméstica", es por lo que se precisa hacer notar la diferencia entre el matrimonio y la conventio in manum.

Como hemos visto, el mero matrimonio romano celebrado era reconocido como perfecta y legalmente celebrado según la autoridad que emanaba del paterfamilias, y teniendo en cuenta que el Estado no interfería en la celebración del mismo.

Para poder explicar la diferencia entre el matrimonio y la conventio in manum, me fué necesario consultar lo afirmado por el Maestro Margadant (13), con lo cual diré lo siguiente:

En la Roma preclásica se delimitaban perfectamente el campo de lo jurídico y el de los demás aspectos de la vida social.

Existían formas legales mediante las cuales se podían celebrar negocios jurídicos, y con base en esas formas, las cuales como he dicho eran pocas y precisas, se pedía y obtenía justicia en esos contados casos. El campo jurídico era muy limitado, y representado como estaba por símbolos y solemnidades que hacían que cualquiera que los celebrara se diese cuenta de inmediato que se encontraba ante el Derecho y por consiguiente tenía que obrar con justicia.

Ahora bien, fuera de estas figuras entre las cuales se encontraba la mancipatio, la abrogatio, la pignoris capio, etc., que se puede decir estaban tipificados, existían otros como lo era el matrimonio el cual no efectuaba el Jus y que era de la exclusiva competencia del monarca doméstico y de los organismos gentilicios o religiosos".

Visto lo anteriormente citado, se puede comprender

el porqué de la no juricidad y solemnidad del matrimonio, pues no entra en el terreno del Jus y consiguientemente la continuidad del poder del paterfamilias después de casada y la no adquisición del marido de ningún poder nuevo.

El efecto de la continuidad de poder del paterfamilias de la esposa, trafa como consecuencia que éste, pudiera intervenir en la felicidad de un matrimonio, reclamando la devolución de su hija, ya que ésta, no estaba desligada de la potestad de su padre — por el mero hecho de casarse. El que los esposos aparecieran ante el público como marido y mujer reconocidos plenamente como matrimonio, no trafa ningún cambio en las figuras que el Jus reconocía.

Ahora bien cuando alguna mujer cambiaba de familia, ya fuere en el momento de la celebración del matrimonio, o que lo hiciera después de celebrado, o inclusive con independencia de todo matrimonio, entonces todo cambiaba, pues se trataba de la pérdida — del poder de una familia y la adquisición del mismo por otra. Aquí ya se encontraba dentro de las estrictas formas del Jus, y eran necesarios los símbolos y las formalidades que tenían que llevarse a cabo para la exacta observancia del Jus respecto del acto que iba a celebrarse. Es éste el caso de la *Conventio in manum*, el cual estaba tipificado jurídica y formalmente y el cual no tenía ninguna relación necesaria con el matrimonio, ya que el matrimonio podía celebrarse con independencia absoluta de la *conventio in manum*, y éste último con la ausencia total de un matrimonio.

El Maestro Margadant (14), nos indica la forma como se llevaba a cabo la *conventio in manum* y que es la siguiente:

a).— Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la *confarreatio*, ceremonia religiosa en honor de Júpiter Farreus, en presencia de un flamen de Júpiter, y durante la cual los cónyuges debían comer un pastel de trigo.

Aquí aparece, a primera vista, que encontramos una

celebración formal de un matrimonio, pero analizando la figura con más cuidado, vemos que lo formal se debe al elemento conventio in manum y no al elemento "matrimonio".

(Ahora bien, porqué la *conferentio*, fenómeno religioso, produce efectos jurídicos?, pues se puede decir que ésta es una forma de hacer auténtico el consentimiento del paterfamilias de cuya domus sale la mujer, y de aquél en cuya domus entra).

b).- La *conventio in manum* puede tomar la forma de una *coemptio*, acto solemne en que intervienen el antiguo paterfamilias de la novia y el nuevo, y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa.

c).- También puede la *manum* resultar del *usus*, por el cual una esposa, por el hecho de convivir interrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica. - No se trata de una *conventio in manum* que operara por el mero transcurso del tiempo, como sugieren algunos autores, sino que se necesita para éste cambio de la condición jurídica de la mujer el consentimiento formal del original paterfamilias (o del tutor de la mujer). Si la esposa no deseaba estar bajo el poder del marido, solía participar en las fiestas religiosas de su antigua domus para demostrar que seguía sujeta a ésta. De ahí que la ausencia de la esposa, durante tres días, del hogar conyugal, fué considerada como un indicio de que el matrimonio había sido celebrado *sine manum*".

## ORIGINALIDAD DE LA ANTIGUA CONCEPCIÓN ROMANA DEL MATRIMONIO

Muy escasos elementos han llegado hasta nosotros — que nos permitan determinar la concepción del matrimonio por los romanos frente a los otros sistemas de los pueblos itálicos de la época antigua; sin embargo, en un paso de Tito Livio (4,9) comentando — la autenticidad de las leyes de las Doce Tablas se hace referencia a historia de Ardea, ciudad lacial cercana a Roma. El Profesor Edoardo Volterra (15) se ha ocupado en un interesante estudio de comparar el sistema romano con el ardeatino.

El ilustre autor citado anteriormente, después de — hacer la exégesis crítica del fragmento citado llega a las siguientes conclusiones:

"Resulta que la estructura del matrimonio en Ardea se cimentaba sobre la voluntad de la madre o de los tutores de la hija, probablemente con intervención de los magistrados de acuerdo con el derecho vigente en Ardea (Pag. 14) por lo que ya desde este primer aspecto resulta radicalmente distinto al matrimonio romano. Así lo ha sustentado también E. Costa. Abundantes son los textos romanos que contienen la inequívoca libertad de la mujer para celebrar matrimonio (D. 232. 20) (I. 1. 10) (C. 548).

Como se ha visto, la necesidad del consentimiento — de la mujer aparece indudable de la famosa decisión de Paulo contenida en D. 451134 Pk de la cual no sólo se desprende que la hija puede oponerse al matrimonio con el esposo elegido sino que es considerada "contra bonos mores", la estipulación llevada a efecto por el padre de la muchacha con el padre del futuro esposo en la que se prevee el pago de una cláusula penal si el matrimonio no se verifica. Sabemos que contra tal estipulación procedía la exceptio doli mali, todavía en época post-clásica se afirma la libertad matrimonial de la mujer (C. Th 361) en una constitución de Valentiniano y Teodosio que se ocupa del caso en el que un funcionario provincial hubiera entregado las arras para garantizar la celebración del matrimonio, afirmando que éste no puede llevarse a cabo sin la voluntad de la mujer.

## II.- EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA REPUBLICANA. SU DISOLUCIÓN. CRISIS DE LA INSTITUCIÓN EN LOS ÚLTIMOS AÑOS DE LA REPÚBLICA Y LA LEGISLACIÓN DE AUGUSTO.

### EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA REPUBLICANA.

Como ha quedado asentado, en sus principios, el matrimonio romano no exigía formalidad jurídica o intervención estatal alguna; la autoridad que emanaba del paterfamilias en su "pequeña soberanía", era en algunos casos extremada y era él quien intervenía en caso de que se celebrase un matrimonio dictando sus normas, sus costumbres, su religión, etc., y actuando independientemente de la legislación del Estado.

Con el transcurso del tiempo el estricto y limitado campo del Jus, extiende sus fronteras limitando el amplio poder del paterfamilias, y llevándolo cada vez más, a actuar en un reducido terreno en el cual el Estado lo regula y vigila.

El Jus interviene reglamentando las relaciones entre el pater familias y aquellos que se encontraban bajo su potestad, dando lugar a la formación de la bilateralidad con lo cual aparecieron los derechos y los deberes recíprocos, con lo que se extinguió el poder unilateral que emanaba del paterfamilias.

Con este cambio de situaciones, muchos observan — ahora el matrimonio desde un punto de vista diferente, lo asemejan a un contrato y le dan el carácter de institución jurídica.

Sin embargo en esta fase transitoria de la República, el pensamiento de los antiguos romanos no está de acuerdo en la calidad contractual del matrimonio, y prefieren en cierta manera — considerarlo como una posesión. Lo cual se comprueba con hechos de que el ausente por prisión de guerra, al abandonar el cautiverio recupera por el ius postliminii sus derechos que obtuviera al celebrar matrimonio, pero sin obtener de nueva cuenta la calidad de po

señor, y menos su antiguo matrimonio.

En el tiempo de Augusto, es cuando verdaderamente se reconoce la categoría de una auténtica institución jurídica, pues como es sabido Augusto se sorprendió de la magnitud de la desorganización familiar existente y la consiguiente influencia en el estado de la población, emitiendo disposiciones legales tendiente a la debida regularización del matrimonio "justo" y sus consecuentes repercusiones legales que el Emperador otorga a esta nueva institución.

Aunada a esta regulación siguió una política consistente en una serie de recompensas y castigos tendientes a la celebración de verdaderos "matrimonios justos".

Cuando el matrimonio es reconocido como una verdadera institución jurídica, a su lado nace otra figura hasta entonces desconocida, la cual era o se asemejaba en cierto modo al matrimonio ya fuese por sus finalidades personales o por que fuese aceptada socialmente, pero carente de las consecuencias jurídicas que afectaban al "matrimonio justo". Esta figura fué el concubinato.

El Maestro Margadant (16) se refiere al concubinato entre los romanos expresando lo siguiente:

"Esta figura surge de dos fuentes:

1.- Augusto, el aristócrata, el nacionalista, no quiere que las uniones entre mujeres de familias senatoriales y personas de oscuro origen, como son los libertos, produzcan los efectos favorables del "matrimonio justo". Por otra parte, el amor no hacía distinciones de condición social, provocando situaciones a veces molestas a sus inocentes víctimas. Ahora bien, si la hija de un Senador se casaba con un liberto, el resultado no era un "matrimonio justo" sino un concubinato, una unión estable y nomogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero que no producía efectos jurídicos.

3.- A pesar de las ventajas legales que ofrecía el "matrimonio justo", a veces los interesados prefería una forma de convivencia marital sin consecuencias jurídicas. Para aclarar este punto, veamos los ejemplos:

a).- Una mujer romana de familia acaudalada, que se casaba con un romano de rango igual pero de menos fortuna o de poca seriedad en sus negocios, podía preferir un concubinato; en tal caso, sus hijos no caerían bajo la patria potestad del concubinario, de manera que los legados, fideicomisos, donaciones y herencias que sus hijos recibían de los parientes por línea paterna, quedaban fuera del patrimonio y de la administración paternos.

b).- Un viudo con hijos quiere casarse en segundas nupcias. Por consideración a sus hijos puede preferir ahora un concubinato, ya que en tal caso sus hijos futuros no serán "legítimos" y no tendrán derecho a una porción hereditaria en caso de sucesión abintestato, ni tampoco a una "porción legítima" en caso de sucesión testamentaria. Normalmente, el padre dejará algún legado a los hijos del "concubinato", pero estos recibirán una cantidad ínfima, nada comparada con la que recibirán en caso de ser hijos de "matrimonio justo", por tanto la posición de los hijos del primer matrimonio es mejor si la segunda unión se hace en forma de concubinato, que en caso de un segundo "matrimonio justo".

Estos ejemplos demuestran que en varios casos era lógico que una digna pareja romana prefiriera una unión duradera sin consecuencias jurídicas a una unión en forma de "matrimonio justo".

Tales uniones extrajurídicas recibieron por las leyes caducarias de Augusto el nombre de "concubinato", término utilizado desde antes para uniones pasajeras, pero que desde Augusto toma, socialmente otra significación: ya no es ninguna deshonra vivir en concubinato, siempre que se trate de una unión monogámica y estable".

Después de haber visto parcialmente el "concubinato"

según lo explica el Maestro Margadant, puede decir que esta unión en esa época de la Roma Antigua, era preferida al "matrimonio justo", - solamente por personas que no querían arriesgar su jerarquía social, o sus intereses económicos; pues como hemos visto, aunque era una - forma socialmente respetada, una unión estable y demás, ésta no producía efectos jurídicos, quedando a salvo el alto honor de la familia de un Senador al contraer matrimonio su hija con un liberto, o - el patrimonio de una mujer en caso de la mala administración de los bienes por parte de su esposo.

CRISIS DE LA INSTITUCION EN LOS ULTIMOS AÑOS DE LA REPUBLICA Y LA —  
LEGISLACION DE AGUSTO.

Cuando transcurrían los primeros siglos de la República, la institución del matrimonio parecía no llegar a ninguna clase de complicaciones, el divorcio en este tiempo era muy raro que se llevase a cabo, casi no se practicaba, debido en buena parte a la estricta vigilancia por parte de las autoridades gentilizas, quienes eran auxiliadas por los respetables "Consejos de Familia" o por los Censores, quienes aunaban sus esfuerzos para evitar cualquiera clase de complicaciones en las relaciones matrimoniales.

Cuando al cúmulo de victorias bélicas se sumaron — los triunfos sobre Cártago, o sea desde el momento en que un espíritu cosmopolita vino a ocupar el lugar de la austeridad rústica de la Roma Antigua, el divorcio comenzó a hacerse cada vez más frecuente.

Cuando comienza el quebrantamiento de la antigua moral romana, y pierde respeto e importancia la institución del matrimonio y la buena fé, algunos romanos con afanes lucrativos, se dedicaron a contraer matrimonio con mujeres de dotes importantes, a las cuales repudiaban después de cobrar dichas dotes, la mayoría de las veces injustamente, preparándose luego en su tarea de reunir nuevas fortunas allegadas siempre por los mismos medios.

Esta injusticia hizo que los padres de las novias o sus tutores que eran los que protestaban en favor de las esposas repudiadas, exigieran que en caso de ser repudiada la esposa, los maridos se comprometieran a devolver la dote, pero lo que ellos creían — sería una medida precautoria en favor de la novia, muchas veces resultaba de mal gusto, pues cuando felizmente eran preparados los aspectos de la boda, no era propio ni conveniente augurar un fin desgraciado hablando de divorcio anticipadamente.

Luego, a fin de cuentas, siempre se recurría a la — protección de las autoridades para recuperar la dote de las esposas repudiadas injustamente.

A fines de la época republicana, cuando las autoridades gentilizas y los censores fueron decayendo, el Pretor viendo la desventajosa situación de las esposas repudiadas crea con éste — fin la *actio rei uxoriae*, concediendo a la esposa repudiada una acción para poder recuperar su dote.

La sociedad contemplaba el divorcio con creciente — indiferencia, y el principal freno para seguir cometiendo injusti— cias por medio del divorcio, era quizás, el miedo del marido a tener que regresar la dote.

El matrimonio cada vez fué sufriendo dentro de su — noble reputación nuevos ataques, debido a la liberalidad tan descar— da que empezaba a extenderse y poco a poco, el pueblo romano resin— tió las consecuencias en lo concerniente a su austeridad política y religiosa que ostentaba ante las demás naciones del mundo.

Augusto el nacionalista, al contemplar la degrada— ción de las costumbres de la sociedad romana, la baja moral y la de— cadencia de la institución del matrimonio; interviene para regular — éste desorden existente, mediante una legislación que favorecía de — modo diverso a aquellos matrimonios que observaran lo mandado por — sus leyes y perjudicando a la inversa a quienes no obedecieran sus — disposiciones.

Las famosas leyes mediante las cuales interviene — Augusto remediando el decaído matrimonio romano, son tratados con — claridad por Paul Jörs (17) quien al respecto dice:

1).— Dentro de la gran obra de reforma política so— cial de Augusto ocupa un lugar preeminente su legislación sobre el — matrimonio. El fin que con ella persiguió fué la regeneración de la — población romana, de la clase que había creado el Imperio de Roma y — que, por voluntad del emperador, había de dominarlo y continuarlo en — lo futuro. El emperador estimó como tarea primordial el elevar el — bajo nivel a que las costumbres habían llegado, detener el descenso

de la población de Roma y corregir la vida licenciosa que se había adueñado de las altas capas sociales. y en una palabra, terminar con el horror que inspiraba el matrimonio y la procreación de prole nuda rosa. Durante su gobierno publicó multitud de leyes con este designio. Habiendo tenido que sufrir algunos fracasos y además abandonar muchos de sus proyectos. Como fruto duradero de sus afanes, quedó — la Lex Iulia de Maritandis Ordinibus, del Año 18 A.C. y la consular Lex Papia Poppaea del Año 9 de la Era Cristiana.

Las innovaciones introducidas por estas leyes son — de la mayor importancia para el derecho clásico. A partir del siglo cuarto, con el desplazamiento del centro de gravedad del imperio hacia Oriente y la oposición del cristianismo con sus ideas nuevas — acerca del matrimonio, empieza no obstante, a caer en desuso, y en el derecho justinianeo sólo quedan algunos restos insignificantes de ellas.

2).— Las leyes de Augusto crearon un imperativo matrimonial, según la Lex Iulia tenían obligación de contraer matrimonio los romanos comprendidos entre los veinticinco y los sesenta — años y las romanas mayores de veinte y menores de cincuenta.

La Lex Papia Poppaea exigía, además la procreación dentro de estas edades, determinando diversamente el número de hijos según los casos aunque en ninguno exigía más de cuatro a los de libertos y de tres a los matrimonios de ingenuos. La persona viuda o divorciada debía contraer nuevo matrimonio, aunque se concedieran a la mujer plazos intermedios entre uno y otro matrimonio que oscilaban entre seis meses y dos años. A quienes cumplieran estos preceptos se les reservaba una serie de recompensas, como era la preferencia para solicitar y obtener cargos públicos. A quienes no cumplieran se les amenazaba con diferentes perjuicios y sanciones. La dispensa del cumplimiento de éstas leyes, dado su carácter, era imposible y además inevitable; también se podían conceder a título de gracia los derechos reservados a los progenitores de los hijos existidos (ius trium vel quattuor liberorum). Al principio la competencia para

conceder la dispensa correspondía al Senado, más tarde este derecho -  
fue facultad del Emperador.

3).- Junto a los imperativos se establecieron prohibiciones e impedimentos matrimoniales, con el fin de evitar la mezcla de la clase de los ciudadanos, y especialmente de la nobleza senatorial, con elementos indeseables y se conservara pura.

A los ciudadanos ingenuos se les prohibía el matrimonio con ciertas mujeres de baja condición, como prostitutas o adúlteras.

Los Senadores y sus descendientes (hasta los bisnietos) tampoco podían, además, contraer matrimonio con libertas o hijas de artistas; la prohibición alcanzaba, inversamente a las descendientes de Senadores. La infracción contra la prohibición parece que no implicaba la nulidad del matrimonio; éste era ciertamente un matrimonium iustum y producía todos sus efectos normales; pero no valía para poner a los cónyuges a cubierto de las sanciones que las leyes de Augusto establecían para el celibato y la no procreación".

Prosiguiendo con el tema y en relación con las leyes caducarias, creí conveniente hacer mención de lo dicho por el Maestro Margadant en su artículo publicado en la revista "Foro de México" (16) del cual deduje lo siguiente:

Roma no supo adaptarse, al poder que conquistaba cada vez más extenso mediante nuevas empresas, la clase de romanos puros desaparecía ante la creación de nuevos ciudadanos originados por los esclavos o prisioneros y el descontento de las provincias con la gran ciudad.

Ahora bien, los pocos ciudadanos romanos que quedaban imbuidos por el espíritu cosmopolita que imperaba debido al materialismo y la ostentación de la riqueza, se resistían a contraer matrimonio; por lo cual Augusto comenzó con su política de castigos y -

recompensas según el estado civil que las personas tuvieran.

Viendo Augusto que el poderoso imperio romano comenzaba a decaer debido a la corrupción de las costumbres, se decidió a crear en su vasto imperio un espíritu de verdaderos ciudadanos romanos para poder conservar los grandes dominios que Roma tenía.

Indudablemente que las recompensas y los castigos influyeron para la repoblación y el mejoramiento de las costumbres en Roma, pero claramente se entreve que la finalidad de Augusto, era más bien con fines de grandeza y materialistas, lo que trafa como consecuencia la formación de "matrimonios por conveniencia" y no un espíritu verdaderamente moral tan alto como lo requiere el verdadero matrimonio.

### III.- EL MATRIMONIO EN LA EPOCA DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO. LABOR DE LOS EMPERADORES A TRAVES DEL DERECHO DE LAS CONSTITUCIONES Y NOVELAS.

#### EL MATRIMONIO EN LA EPOCA DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA

El concepto del matrimonio en la época de la Jurisprudencia romana, es el concepto clásico del matrimonio toda vez que la época de más madurez de la jurisprudencia es precisamente la clásica. Para comprender el concepto es necesario distinguirlo del de matrimonio moderno; actualmente para la formación del matrimonio se requiere que los contrayentes declaren con ciertas formalidades legales la voluntad recíproca de contraer matrimonio.

Este consentimiento inicial recíproco una vez manifestado, da nacimiento al vínculo matrimonial, vínculo que a partir de este momento vive con independencia jurídica de la persistencia de la voluntad original que lo engendró, y con independencia de la vida común de los cónyuges. Aún en los sistemas que admiten el divorcio - la disolución del vínculo matrimonial no tiene lugar ipso iure sino - que precisa la declaración por parte de la autoridad competente, sin tal declaración, el matrimonio persiste. Volviendo al Derecho Romano, nos damos cuenta que en este ordenamiento normativo histórico sucede lo contrario; ya hemos visto que el matrimonio es una institución social y debemos agregar que la jurisprudencia lo acoge con matices jurídicos indudables ya en esta época, en efecto, como lo expresa el - Profesor Volterra (19).

"Los clásicos efectivamente consideran que el matrimonio con las consecuencias jurídicas que le son propias, existe cuando un hombre y una mujer libres, teniendo entre ellos el Connubium y no teniendo impedimento alguno, establecen una relación conyugal con la voluntad efectiva y continua de permanecer unidos perdurablemente en matrimonio. La existencia jurídica del matrimonio depende de la persistencia de esta voluntad recíproca de los cónyuges.

El matrimonio existe en tanto y hasta que subsiste - tal voluntad recíproca de los cónyuges, apenas viene a faltar la misma, el matrimonio jurídicamente deja de existir".

A diferencia en efecto del Derecho Moderno para que se verificara el divorcio no era necesario que fuera declarado por una autoridad o que los cónyuges manifestaran expresamente su voluntad de separarse; bastaba que uno de ellos no quisiera permanecer unidos en matrimonio para que éste se considerase sin más, disuelto.

Por otra parte el Derecho Clásico no prevee formas - especiales para llevar a cabo el divorcio, sólo encontramos una excepción a éste requisito: la forma que prescribe la Lex Iulia de Adulte-riis (D 24. 2. 9.).

La voluntad recíproca de los cónyuges a la que nos - estamos refiriendo era llamada *affectio maritalis*, *consensus*, *mens*, *coemptium*, etc. De lo dicho anteriormente vemos que para el nacimiento del matrimonio, se requiere la voluntad recíproca y para su persis-tencia es necesario por tanto en la concepción romana, la persistencia "recíproca" de dicha voluntad, de modo es, que faltando una de ellas el matrimonio deja de existir.

El matrimonio romano como sabemos era monogámico y - tenía como fin, la formación de una familia, es decir, de la sociedad doméstica fundada en relaciones recíprocas de comunión y dirigida a - la procreación y educación de los hijos.

Debemos distinguir cuidadosamente el objeto de esta voluntad con su definición. El jurista Modestino, definía el matrimo- nio como: *Coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae; — divini et humani iuris communicatio*, decir que la voluntad de los cón- yuges debe dirigirse hacia una unión que pretende durar toda la vida, no quería decir que la unión fuera perpetua o indisoluble, lo ante- rior significaba que hasta que esta voluntad persistiese, se mantenía el objeto mismo del matrimonio, sin embargo, debía existir la preten-

sión de duración indeterminada, es decir, de duración constante. Si los cónyuges querían estar unidos por un determinado período de tiempo solamente, no se formaría un matrimonio sino únicamente un adulterium o un stuprum. Ya anteriormente hemos expuesto la tesis de Max Kaser, que ve en el matrimonio romano de épocas anteriores una mera institución social; nosotros podemos conjeturar que el matrimonio, como institución social, fué paulatinamente pasando a ser una institución jurídica ya en esta época, ante todo, porque el poder doméstico del pater familias se había venido reduciendo y simultáneamente se había incrementado el poder de intervención de la autoridad; por otra parte, el matrimonio no ha dejado nunca de ser un fenómeno condicionante de una gran cantidad de instituciones jurídicas y es muy probable que dichos efectos comenzaron a empapar de juridicidad al matrimonio mismo en este período.

El consensualismo en materia de matrimonio, tanto en su formación, cuanto en su disolución, se expresa también a través de un principio no existente en Derecho Moderno contenido en D 23. 2. 4., en el sentido de que la unión entre un hombre y una mujer entre los cuales exista el connubium se presume matrimonio.

## INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO.

Respecto de la influencia del Cristianismo en el — matrimonio de la época encontramos las interesantes ideas siguientes en M. Troplong (20).

Cuando hace su aparición el Cristianismo, el matrimonio era el menos solemne de los contratos; se perfeccionaba por el consentimiento, y para la legitimidad o validez, no se hacía necesaria la celebración de ninguna ceremonia religiosa o civil. Para su existencia, sólo era necesario como prueba la posesión de estado o la aparente comunidad de habitación.

Cuando surgían desavenencias entre los cónyuges o uno de ellos generalmente el hombre sin causa justa, abusaba de la situación de su esposa, recurría al divorcio el cual estaba muy generalizado en esa decayente época".

Tertuliano citado por Troplong en esta obra se preguntaba "¿Dónde están aquellos matrimonios felices que la pureza de costumbres hacía tan perfectos, que transcurrieron más de 500 años sin que se diera un sólo divorcio en ninguna familia?"; hoy los que se casan, hacen voto de repudiarse, y es el divorcio como un fruto del matrimonio.

Apenas se casaban las gentes; la corrupción de las costumbres, la sumisión de las mujeres esclavas, el egoísmo producido por las calamidades públicas, fueron la causa de que los romanos fueran perdiendo interés y afición al matrimonio".

El celibato era considerado de una manera muy especial pues a los célibes se les tenía por personas privilegiadas y de existencia bien considerada o distinguida. Era alabado y cortejado por los "herefipetas" bautizando así a los que codiciaban las fortunas o sucesiones de los ramosos célibes.

La ciudad en estas condiciones sentía aún más la —

amenaza de despojarse, por el desprecio del matrimonio y la baja — condición moral que entre ellos imperaba debizo a la corrupción de — las costumbres.

Con la sociedad romana en ese estado de corrupción llega el Cristianismo, que se sorprende y duele de encontrar el matrimonio degradado por la avaricia, profanado en lo que tiene de más santo por las torpezas del amor al dinero, reparando políticamente — en la base del interés. Ahora bien, el Cristianismo no fué instituido para contemplar indiferentemente el relajamiento del matrimonio; de acuerdo con sus principios y fundamentos morales, el matrimonio — debe resultar de una vocación libre; la unión entre el hombre y la — mujer se purifica en el fuego de la gracia, por la asistencia del es píritu divino. Luego, se veía que las leyes terrenales estaban causando un perjuicio al hombre mismo, y además caían en un materialis mo condenable. El Cristianismo viendo lo que acontecía tuvo que ter minar con la ley de Augusto; era su abrogación preliminar indispensable para la regeneración del matrimonio, así lo comprendió Constanti no, y la supresión de las penas contra los célibes que sustituyó al sistema pagano, fundado en el interés pecuniario, fué el resultado — del sistema cristiano y verdaderamente moral de la libertad en el ma trimonio.

Algunos autores, Montesquieu entre ellos, creen que el propósito de Constantino fué el de fomentar la continencia, esa — virtud que las almas contemplativas consideran como un esfuerzo de — la perfección cristiana.

Constantino, por temor a el desastre o desavenencia entre los cónyugos, no tocó las leyes decimarias que medían la exten sión de las donaciones entre esposos por el número de hijos. Teodosio el joven las abrogó dejando al afecto de los esposos su indepen dencia, convencido de que el mejor medio de favorecer el matrimonio era el no ofender los sentimientos de cariño recíproco que aquél es ta destinado a desarrollar.

Como se vé, estas innovaciones trastornaban de arriba a abajo las leyes memorables que los césares paganos consideraron como la base de su imperio. A la política fundada en el interés, — los príncipes cristianos hicieron suceder un gobierno que confesaba la libertad y el afecto natural como sus móviles. Justiniano añadió la igualdad. Declaró válidos todos los matrimonios que las leyes de Augusto habían prohibido con las personas de condición vil o infame.

El matrimonio es en verdad el instituto más empapado de elementos ético-religiosos aún en la época pagana.

La célebre definición de Modestino pone de resultado la *Divina et humani iuris communicatio*.

Un largo edicto de Diocleciano en materia de matrimonio incestuoso también contenido en la *Collatio* 64 encierra una — enérgica definición de la religiosidad del matrimonio e invoca la — *aeterna religio* y la *pietas*. Con ésto el legislador lo que quiere — es (*religionem sanctitatem que in connubis servari*).

El matrimonio es en esta época como lo llama San Pablo (EPI 5. 32) una *res sacramentum, magnum*.

No es necesario suponer una subordinación de la religión eclesíástica sobre la civil inconciliable.

Para explicar como el Derecho Canónico del Oriente pudo tomar la actitud de la legislación justiniana, ésto sucedió — porque la legislación civil se inspiraba en las corrientes espirituales y por ésto la iglesia veía en ella, no la inspiración de una autoridad extraña sino la fijación en normas precisas y definitivas de las prescripciones no uniformes confusas y variables...

La tierra y el cielo son los dos polos en torno a — los cuales alternativamente se mueve la historia del matrimonio en — los países cristianos.

Los primeros siglos de este dualismo que desciende - de la diversa concepción del matrimonio como sacramento o como hecho humano se manifiesta ya en la época de la patristica por ejemplo, sobre el adulterio del marido que no era contemplado por las leyes romanas.

San Jerónimo afirma "Qué distintas son las leyes de los Césares de las de Cristo (L.P. 77 Ad Oceanum) naturalmente la con trasposición se hace más enérgica en materia de divorcio.

San Ambrosio dice: "Y piensas que te sea lícito por que la ley humana no la prohíbe?" (In Lucam 85).

Se repite comunmente que el régimen matrimonial deriva del Derecho Canónico más que del romano. En realidad el influjo - canónico es más lejano en cuanto se refleja ya en la legislación de - los emperadores cristianos.

## LABOR DE LOS EMPERADORES CRISTIANOS A TRAVÉS DEL DERECHO DE LAS CONSTITUCIONES Y NOVELAS.

En las leyes post-clásicas, el matrimonio tiene una cimentación cristiana que se aprecia desde el lenguaje, se habla en efecto de caritas y de sanctitas matrimonii (ET 3.53). Los adulterios son clasificados como sacrilegio (ET 11364). Es segura la referencia cristiana y es cierto que la santidad del matrimonio no es referida a la época pagana sino que alude a la nueva concepción como sacramento.

El acento cristiano se intensifica en las leyes de Justiniano. Este afirma que en las relaciones humanas nada es más sagrado que el matrimonio (Novela 140) lo califica como Nexum Divinum (C 547).

(4810) El legislador hace votos para que el matrimonio este siempre lejano del maligno demonio (Novela 140). Las uniones fuera de matrimonio se califican como actos de fornicación como es la ley Divina (Novela 15. 5). En esta materia se hace alusión frecuentemente a los cánones y así Justiniano presenta el problema de si el matrimonio sea impium neque legibus contrarium (C 5426).

Se ve que el Código en los títulos del 4 al 10 del libro quinto, dejando a un lado pocasísimas leyes clásicas, contiene una importante y numerosa legislación post-clásica y justinianea.

La característica y original concepción romana del matrimonio, fundada sobre el simple consentimiento se prestaba a ser el tronco sobre el cual se injertaría la orientación cristiana. Esto explica como la concepción pagana pudo pasar al ambiente cristiano sin clamorosos movimientos, y como la iglesia pudo acoger sin repugnancia el ordenamiento pagano.

Mientras el matrimonio pagano como tal no se encontraba sujeto a forma alguna sino sólo para efectos de prueba, en la le-

gislación cristiana se abre campo a la necesidad de la forma pública, en conformidad con la doctrina canónica, no se trata de los antiguos ritos que habían caído plenamente, sino de elementos constitutivos, - Ejemplo: El Código de Justiniano (527) en que se habla de suscribir el matrimonio.

El Emperador Zenón habla de nuptias celebrare (C 558) y Justiniano habla de modos legitimos en la Novela (74. 5). El principio monogámico está también enraizado en la conciencia romana que - salvo alguna sentencia en su contra, se reafirma en algunas leyes de fines del tercer Siglo y en (918 PR).

La prohibición de la poligamia se repite enérgicamente en una ley de Teodosio contenida en (C 197) en oposición a la costumbre de los judios al MOS IUDEORUM.

El antiuo connubium desapareció o más bién asumió características cristianas en las mismas constituciones de Justiniano - entendido como capacidad jurídica para contraer matrimonio, y el legislador se limita a decir que se tiene matrimonio válido entre aquellos que se unen de acuerdo con los preceptos legales (I II PR).

#### IV.- NATURALEZA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO JUSTINIANO.

La configuración jurídica del matrimonio se ha cambiado profundamente en el Derecho Post-Clásico, aparentemente el matrimonio se basa sobre el mismo principio que informaba al matrimonio clásico consensus facit nuptias, estas palabras tienen sin embargo un significado totalmente distinto, de modo que usadas por los emperadores cristianos enuncian un principio diametralmente opuesto al que entendían referirse los clásicos. En los textos jurídicos de los Siglos V y VI, consensus y affectio indican exclusivamente la voluntad inicial de los cónyuges, la afirmación consensus facit nuptias, significa por lo tanto que el matrimonio se funda siempre en la voluntad recíproca de los contrayentes pero no sobre una voluntad continua, en el sentido de que la existencia del vínculo conyugal depende de la persistencia de esta voluntad, sino de una voluntad meramente inicial.

Es por esto que sólo en apariencia Justiniano ha conservado el principio formulado siglos antes. Las normas dictadas por los emperadores cristianos reflejan la nueva concepción jurídica del vínculo conyugal, su independencia de la persistencia volitiva de la voluntad de los cónyuges.

Así a partir del Siglo IV en las constituciones imperiales se configura por primera vez el crimen de bigamia, desconocido en el Derecho Clásico donde, como hemos visto, dado el concepto de matrimonio dependiente de la voluntad continua de los cónyuges, no puede concebirse la contemporánea existencia de dos matrimonios.

En el Derecho Post-Clásico se castiga con penas gravísimas a aquel que sin haberse divorciado jurídicamente y por tanto unido aún en matrimonio, intenta constituir un segundo vínculo matrimonial.

En el mismo sentido se dirigen las disposiciones de los emperadores cristianos que cambiando profundamente las normas de

la Lex Iulia de adulteriis abrogan la acusatio pública contra los adúlteros, estableciendo que sólo el marido engañado o los próximos parientes pueden acusar y que invierten el sistema Agusteo que imponía la disolución del matrimonio cuando uno de los cónyuges fuere culpable de adulterio.

Justiniano, en efecto, en las Novelas 22, 117, 127 y 134 condena a las mujeres adúlteras a ser encerradas en perpetuidad en un convento, estableciendo que sólo el marido tiene facultad de hacer cesar la pena para continuar la vida conyugal; igualmente las disposiciones de emperadores cristianos, las cuales prescriben que la prisión por causa de guerra, la caída en la esclavitud o la deportación de uno o de ambos cónyuges, no disuelven el matrimonio como en el derecho clásico, presuponen una transformación de éste último instituto en el sentido que hemos indicado.

El vínculo conyugal, no se rompe pues por los obstáculos supervinientes que afectan a la capacidad jurídica de las partes, una prueba ulterior de la concepción de Justiniano en la materia aparece en la Novela 74 Capítulo V, que afirma, que si un hombre jura sobre el evangelio de tomar a una mujer como esposa, no puede después divorciarse; de esta norma prohibitiva se ve que la voluntad inicial crea persistentemente el vínculo y se independiza de la tantas veces repetida continuidad consensual.

Todavía en el Derecho de Justiniano parece que salvo casos especiales, no se prescribe de un modo especial, una forma determinada para llevar a cabo el matrimonio.

La tendencia que ya aflora en varias constituciones imperiales y que se acentuará más en el tardío Derecho Bizantino de establecer las formas del consentimiento inicial, llevará al instituto hacia los terrenos del negocio formal y solemne, acercándolo siempre más en este sentido a los contratos.

## V.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO GERMÁNICO.

Tomando en cuenta la importante función histórica desarrollada por el Derecho Germánico que conjugándose con el Romano después de producida la invasión de los pueblos del norte sobre el Imperio Romano de Occidente; he considerado conveniente dedicar algunas líneas aún cuando sea solamente a esbozar algunas de las peculiaridades del Derecho Germánico Matrimonial. No debe olvidarse a éste propósito que la Edad Media se inicia recogiendo los elementos del último derecho antiguo en la Europa Occidental nutridos por las culturas romano-germanas al menos por lo que respecta a la mayor parte de Europa.

En el Derecho Germánico, se explica el sistema matrimonial según Brunner (21), sobre el concepto del mundium que encuentra su correspondiente noción en el Tuere Latino. Coexisten según lo explica el mismo autor en el antiguo Derecho Germánico dos formas de contraer matrimonios: El contrato entre el hombre y la mujer llamado barraganfa (que habría de pasar con los siglos a través del Derecho Visigótico a las colonias españolas del continente americano), y el celebrado entre el hombre y el tutor de la mujer que tenía por objeto la transmisión del Mundium. Como es de apreciarse el consentimiento de la mujer no fué elemento determinante o esencial del instituto sino en época más tardía y más bien por influencia del Cristianismo; por lo tanto la diferencia que se precisa frente al Derecho Romano es profunda y se refiere a la concepción substancial misma del matrimonio.

La barraganfa se distinguía del matrimonio legítimo en cuanto que el marido carecía del mundium sobre la mujer y del concubinato surgido más tarde, en tanto que la barragana tenía la condición de ama de casa recibiendo la donación de cada mañana "Morgan Gabe" (22); es interesante notar que existen estas dos posibilidades de unión permitidas en el Derecho Germánico que presenta pues en esta materia una gama mayor que el Derecho Romano.

La necesaria traditio hacia la casa del marido fué

substituida por influencia de la iglesia, de la casa del tutor a la -  
puerta del templo cristiano (ante valvas exlesiae). En cuanto a la  
disolución del matrimonio, es de notarse que aún cuando existía el di  
vorcio unilateral por voluntad del marido éste derecho no fué concedi  
do a la mujer. salvo en el tardío período franco.

Luego pues, podemos concluir que el matrimonio germá  
nico se presenta como una institución en la que se encuentra ausente  
la voluntad de la mujer, que por lo mismo, esta situación influye en  
la concepción que de ésta figura se tenía, permitiendo su disolución  
por declaración unilateral del sólo marido.

Matrimonio barraganía y concubinato, fueron uniones  
permitidas entre los germanos distinguiéndose sólo en cuanto a los --  
efectos familiares y patrimoniales menores en caso de concubinato.

APENDICE AL CAPITULO TERCERO

- 1.- Numa Dionisio Fustel de Coulanges, "La Ciudad Antigua", traducción del Francés por Calos A. Martín, Ed. Graficas Diamante, Barcelona, 1864.
- 2.- Fustel de Coulanges.
- 3.- Pedro Bonfante, "Instituciones de Derecho Romano", Trad. de la 3a. Edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Ed. Reus, Madrid pags. 180 y 181, tomo I.
- 4.- Guillermo Floris Margadant S., "El Derecho Privado Romano", Ed. -- Esfinge, S.A., México, D. F., 1965, p. 142.
- 5.- Guillermo Floris Margadant S., Op. Cit.
- 6.- Fustel de Coulanges, Op. Cit.
- 7.- Fustel de Coulanges, Op. Cit.
- 8.- Fustel de Coulanges, Op. Cit.
- 9.- Pedro Bonfante, Op. Cit.
- 10.- Pedro Bonfante, Op. Cit.
- 11.- Max Kaser, Cit., por Guillermo Floris Margadant, Op. Cit.
- 12.- Guillermo Floris Margadant S., Op. Cit.
- 13.- Guillermo Floris Margadant S., Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el Derecho Romano, Rev. de la Facultad de Derecho, México, 1956 Tomo VI.
- 14.- Guillermo Floris Margadant S., Op. Cit.
- 15.- Edoardo Volterra, "Sul Diritto Familiare di Ardea nel Secolo A.C.", Milano Dott, A. Giuffrè Editore, 1966, p. 14.
- 16.- Guillermo Floris S., Op. Cit.
- 17.- Paul Jörs, "Derecho Privado Romano", edición refundida por el profesor Wolfgang Kunkel Trad. de la 2a. Ed. Alemana por Prieto Castro, Ed. Labor, S. A. 1937.
- 18.- Guillermo Floris Margadant S., "Las Leyes Caducarias", Rev. Foro de México, No. 32, noviembre de 1955.

- 19.- Edoardo Volterra, "Istituzioni di Diritto Romano, Ed. Ricarde, — Roma.
- 20.- Troplong M., Ediciones Desclee, Buenos Aires.
- 21.- Heinrich Brunner, "Historia del Derecho Germánico" según la 8a. — Edición Alemana de Claudius Von Schwerin, profesor de la Universidad de Friburg de Brisgania, Trad. y anotado por Luis López — Alvarez, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1936.
- 22.- Heinrich Brunner, Op. Cit.

Esta expresión Germana explica el calificativo de — "morganático" que se atribuía a matrimonios desiguales, socialmente — hablando que eran sólo de, "morgan gave" o también llamados después — "matrimonium ad legem salicam".

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

1.- En los albores de la humanidad, no fué posible la configuración del matrimonio debido a la promiscuidad que entre los grupos humanos imperaba.

2.- El matrimonio aparece cuando surge el verdadero poder del padre en la familia, o sea cuando se configura la familia y nace la exogamia estableciéndose el matrimonio como un fenómeno estable.

3.- El matrimonio en la India fué de origen monogámico y posteriormente se practicó la poligamia por personas de posición privilegiada; se reconocía el divorcio y el repudio.

El matrimonio en China fué poligámico, aunque sólo una de las mujeres era considerada como legítima esposa; el repudio era utilizado injustamente en contra de las mujeres.

4.- En Egipto se practicaba la monogamia, aunque se acostumbraba — contraer nuevas nupcias sin disolver el primer matrimonio, pero la primera esposa, desempeñaba el verdadero papel de cónyuge legal que dando las demás esposas sometidas a su autoridad.

En Asiria, el matrimonio era monogámico aunque se conocía la poligamia. El abandono facultaba a la mujer para contraer nuevas nupcias al cabo de cinco años o de dos en caso de extrema necesidad; ésto se podía llevar a efecto salvo la excepción de pri- sión por causa de guerra, o el haber sido enviado en alguna comisión.

El adulterio se castigaba con severidad, llegando inclusive a disponer de la vida de los adúlteros. Es interesante — hacer notar la situación económica como condicionante para la cele- bración del matrimonio.

En Babilonia la mujer ocupaba un lugar preeminente dentro de la sociedad; el carácter del matrimonio fué monogámico. — Se conocían dos formas de celebrar matrimonio; el matrimonio por — compra y por dote. El divorcio se llevaba a cabo con la condición de entregar cierta cantidad de dinero. El repudio se invocaba por esterilidad de la mujer con la condición de entregar el doble de la dote y si ésta no existiere, según la condición económica del marido.

5.- Entre el pueblo hebreo se practicó la poligamia, aunque sólo el primer matrimonio se consideraba perfecto y los posteriores como secundarios o inferiores; sin embargo, los hijos del primero y ulteriores matrimonios eran considerados legítimos.

El repudio se practicó con la condición de que en un documento se expresaran las causales para pedirlo, pudiendo invocarlo exclusivamente el varón. El levirato constituyó un deber sagrado entre el pueblo Hebreo.

6.- En un principio, la práctica de la poligamia fué usual entre los griegos. La situación de la mujer, en cualquier estado civil que se encontrase, fué siempre desventajosa; el divorcio era un derecho que ejercía sólo el hombre.

El matrimonio en Grecia se celebraba en las casas de los contrayentes dada la exclusividad de la religión doméstica. El celibato era considerado como un mal social. El adulterio era también causal de divorcio.

7.- En Roma el matrimonio constituyó simplemente un fenómeno social, cuya reglamentación estaba a cargo de los organismos familiares.

8.- La diferencia entre matrimonio y conventio in manum, estriba en que mientras el matrimonio es una figura extrajurídica, la conventio in manum es una figura tipificada perfectamente en el derecho romano ya en la época pre-clásica.

9.- En la época clásica, la affectio maritalis fué la condición necesaria para que un matrimonio perdurase, pues bastaba que esta cesara por parte de cualquiera de los cónyuges para que el matrimonio se extinguiera, de allí que no se configurase el crimen de bigamia.

10.- Desde el punto de vista histórico, la concepción post-clásica del matrimonio en Roma imbuida de cristianismo, elimina la necesidad de la affectio maritalis para la persistencia del matrimonio. No para su celebración, configurándose ya como institución jurídica.

11.- El derecho romano con su carácter indubitable y persistentemente monogámico, otorga a la mujer un lugar subordinado en la familia, aún cuando todavía limitado en las épocas antigua y clásica, ya que ni aún la mujer sui iuris podía ejercer la patria potestad.

12.- De la investigación realizada se deduce que desde épocas más antiguas hasta la relativa a Roma y a la cultura Germánica, el matrimonio aparece como un instituto en torno al cual se estructura o se condensa el derecho de familia y esto caracteriza claramente las dos concepciones que al respecto se dieron en Roma; la de la familia agnaticia con matrimonio disoluble a voluntad de cualquiera de los cónyuges hacia la consideración Justiniana de la familia por cognación en la que el matrimonio nace convencionalmente pero ya no se disuelve con la misma simplicidad que en el derecho clásico.

## BIBLIOGRAFIA.

- Aristóteles "Política" II, 1268 B.
- Biondi Biondo "Diritto Romano Cristiano", Giufre Milano, 1962.
- Bonfante Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", Trad. de Luis - Bacci y Andrés Larrosa, E. Reus, Madrid.
- Brunner Heinrich, "Historia del Derecho Germánico", 8a. Ed. Alemana de Claudius Von Schwerin, trad. de Luis López Alvarez, Ed., Labor, S.A., Barcelona, 1936.
- D'Aguzzano José "Génesis y Evolución del Derecho", trad. de Pedro - Dorado, Ed. Impulso, Buenos Aires Argentina, 1943.
- Dekkers René, "El Derecho Privado de los Pueblos", Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid.
- E. González Ciro, "Síntesis de Historia Universal", Ed. Herrero, S.A. México, D. F., 1962.
- Floris Margadant Guillermo S., "El Derecho Privado Romano", Ed. Esfinge, S. A., México, D. F., 1965.
- Floris Margadant Guillermo S., "Algunas Aclaraciones y Sugestiones en Relación con el Matrimonio y el Concubinato en el Derecho Romano", -- Rev. de la Facultad de Derecho de México, Tomo IV, No. 23 1956.
- Floris Margadant Guillermo S. "Las Leyes Caducarias", Rev. Foro de México, No. 32, noviembre de 1955.
- Fustel de Coulanges Numa Dionisio "La ciudad Antigua", trad. por Carlos A. Martín, Graficas Diamante, Barcelona, 1864.
- Hernández Millares Jorge, "Elementos de Historia Universal", Ed. Patria, S. A., México, D. F., 1960.
- Jörs Paul, "Derecho Privado Romano", edición refundida por el profesor Wolfgang Kunkel, trad. por L. Prieto Castro, Ed. Labor, S. A. 1937.
- Paoli Hugo Enrico, "Nuovo Digesto Italiano", Tomo VIII, Turín, 1939.
- Rosas Benítez Alberto, "Introducción a la Historia del Derecho", Librería Font, S. A., Guadalajara, Jal.
- Salvador J., "Histoire Des Institutions de Moïse." Michel Lévy Frères, Libraires, Editeurs, Paris, 1862.
- Volterra Edoardo, "Sul Diritto Familiare Di Ardea nel Secolo IV A.C." Milano Dott. A. Giufre Editore, 1966.

Volterra Edoardo, "Nuovi Documenti per la Conoscenza del Diritto Vi-  
gente nelle Province Romanae", estratto de la Rev. IURA, Vol. XIV,  
Nápoles Masada.

Volterra Edoardo, "Istituzioni di Diritto Romano", Ed. Ricerche, Roma.

## I N D I C E

### CAPITULO PRIMERO

#### DESENVOLVIMIENTO DEL MATRIMONIO EN LAS PRIMERAS CULTURAS.

- I.- Consideraciones histórico-socialógicas preliminares en torno a las culturas anteriores a la India.
- II.- El Matrimonio en la Cultura de la India.
- III.- El Matrimonio en China.
- IV.- Comparación entre los dos sistemas jurídicos antes mencionados y conclusiones al respecto.

### CAPITULO SEGUNDO

#### EL MATRIMONIO EN LAS CULTURAS PRE-ROMANAS DEL ORIENTE MEDITERRANEO.

- I.- Introducción Histórica.
- II.- El matrimonio en las culturas: A.-Egiptia B.-Asiria C.-Babilónica C.-Hebrea E.-Griega.

### CAPITULO TERCERO

#### EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y GERMANO

- I.- Concepto del matrimonio en la época de los reyes. El discutido carácter jurídico del matrimonio. Tesis de Max Kaser. Su crítica. Diferencias y autonomía que se precisan entre el matrimonio y la conventio in manum. Originalidad de la antigua concepción romana del matrimonio.
- II.- El matrimonio en la época republicana. Su disolución. Crisis de la Institución en los últimos años de la República y la legislación de Augusto.
- III.- El matrimonio en la época de la jurisprudencia romana. Influencia del Cristianismo. Labor de los emperadores a través del derecho de las Constituciones y Novelas.
- IV.- Naturaleza del matrimonio en el derecho justiniano.
- V.- Breve referencia al derecho germánico

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INDICE