

**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.
ESCUELA DE DERECHO.**

**ESTUDIO EVOLUTIVO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.
ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA INSTITUCIÓN Y SU NATURALEZA
JURÍDICA.**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS.**

POR

GUNTHER ALEXIS THIEME LOPEZ DE ARECHAGA.

PROFESOR GUÍA:

ALDO TOPACIO FERRETI.

2007.

TABLA DE CONTENIDOS.

	TABLA DE CONTENIDOS	i
Cap.		Pág.
	INTRODUCCIÓN	1
1	Conceptos y generalidades.....	4
	1.1. Concepto de derecho romano.....	4
	1.2. Períodos en el derecho romano.....	6
	1.2.1. Época Arcaica.....	6
	1.2.2. Época Clásica.....	8
	1.2.2.1. Injerencia del Edicto del Pretor como fuente del derecho.....	9
	1.2.3. Época Postclásica.....	12
	1.3. La familia romana.....	14
	1.3.1. Concepto.....	14
	1.3.2. Paterfamilias.....	15
	1.3.3. Familia Proprio Iure y Familia Communi Iure.....	16
	1.3.4. Injerencia del matrimonio en la familia.....	18
	1.4. Concepto Romano del acto jurídico.....	19
	1.4.1. Concepto clásico del acto jurídico.....	19
	1.4.2. Concepto Gayano – Justiniano del acto jurídico.....	21
2	Constitución del matrimonio.....	24
	2.1. Concepto de matrimonio.....	24
	2.2. Esponsales.....	24
	2.3. Formación del matrimonio.....	27
	2.3.1. Antecedentes.....	27
	2.3.2. Constitución del matrimonio.....	29
	2.3.2.1. Presupuestos del matrimonio.....	30
	2.3.2.2. Impedimentos y prohibiciones.....	33
	2.3.2.3. Perfeccionamiento.....	35

2.3.2.3.1.	Consentimiento de los contrayentes.....	35
2.3.2.3.2.	Cumplimiento de ciertas ceremonias.....	37
2.3.2.3.3.	Conducción de la contrayente a la casa del marido.....	37
2.3.2.4.	Prueba del matrimonio.....	38
2.4.	Legislación matrimonial de Augusto.....	38
2.5.	Rol de la voluntad en la formación del matrimonio.....	40
3	Conventio in manus	44
3.1.	Antecedentes.....	44
3.2.	Constitución de la manus.....	46
3.3.	Efectos de la constitución de la manus.....	48
3.4.	Disolución de la manus.....	49
3.5.	Rol de la voluntad en la conventio in manus.....	51
4	Efectos del Matrimonio.....	53
4.1.	Efectos del matrimonio respecto de los contrayentes.....	53
4.1.1.	Deberes y obligaciones recíprocos de los cónyuges.....	53
4.1.2.	Efectos respecto de los bienes de los cónyuges.....	55
4.1.2.1.	Régimen de absorción de los bienes por el marido.....	55
4.1.2.2.	Régimen de separación de bienes.....	56
4.1.2.3.	Regimen Dotal.....	58
4.1.2.3.1.	Constitución de la dote.....	59
4.1.2.3.2.	Formas de constituir la dote.....	60
4.1.2.3.3.	Dote durante el matrimonio.....	61
4.1.2.3.4.	Restitución de la dote.....	61
4.1.2.4.	Donaciones Matrimoniales.....	62
4.2.	Efectos respecto de los hijos.....	64
4.3.	Rol de la voluntad en los efectos del matrimonio.....	64
5	Disolución del Matrimonio.....	66
5.1.	Causales de disolución del matrimonio.....	66
5.1.1.	La muerte de alguno de los cónyuges.....	66
5.1.2.	Capitis Deminutio sobreviviente a alguno de los cónyuges.....	67

5.1.3. Divorcio.....	68
5.2. La voluntad en la disolución del matrimonio.....	74
6 Uniones no matrimoniales.....	76
6.1. Concubinato.....	76
6.2. Contubernio.....	78
6.3. Matrimonio sine connubio.....	79
7 Naturaleza jurídica del Matrimonio.....	81
7.1. Matrimonio como contrato bilateral.....	82
7.2. Hecho con consecuencias jurídicas.....	84
7.3. Postura evolutiva.....	86
Conclusión.....	89
Bibliografía Consultada.....	93

INTRODUCCIÓN.

El matrimonio es una institución que actualmente se encuentra en evolución. Los cambios culturales de la sociedad actual promueven dicho desarrollo. Hoy se cuestionan caracteres que definieron el matrimonio durante mucho tiempo, como su indisolubilidad o la diferencia de sexo entre los contrayentes. No obstante, hay que recordar que el matrimonio es una institución que cuya fisonomía evoluciona y sufre alteraciones conforme se producen los cambios culturales de la sociedad desde las épocas más arcaicas.

El matrimonio como ente jurídico tiene su raíz en la naturaleza humana. La unión de dos seres de diverso sexo contribuye a perpetuar la especie humana. Además, conforma una unidad que permite a sus integrantes optimizar el desarrollo de sus potencialidades y alcanzar sus fines intelectuales, afectivos y materiales.

El derecho romano sienta las bases y es fuente directa de las instituciones jurídicas que actualmente rigen la sociedad. Es por ello que resulta interesante investigar acerca la concepción que este ente jurídico se tuvo en el derecho romano, y el desarrollo normativo que éste experimenta en los distintos períodos evolutivos de aquél derecho.

El derecho romano es un derecho de carácter jurisprudencial y casuístico. Esto significa que se organiza en base a criterios jurídicos que emanan de la resolución otorgada por un juez frente a los conflictos particulares que se le presentan. Dichos criterios jurídicos encuentran validez y vigencia vinculante en atención a la autoridad intelectual de quien los propone. En la medida en que se da solución a casos particulares similares, estos criterios adquieren generalidad en su aplicación.

En los sistemas de derecho “de juristas” como es el derecho romano, las creaciones conceptuales teóricas respecto de lo que son las instituciones y sus características son ajenas esta forma de entender el derecho. Estudios y debate respecto de la naturaleza jurídica de las instituciones y sus elementos son propios de los sistemas de derecho emanado de la autoridad estatal, también denominados “de derecho legislado”.

La jurisprudencia romana no se preocupó de determinar cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio. Con todo, la ausencia de un pronunciamiento expreso de parte de la jurisprudencia no impide intentar una determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, especialmente si ese silencio ha dado lugar, como se verá, a diversas afirmaciones al respecto.

Conforme a la teoría general del acto jurídico, la naturaleza jurídica de una cosa es aquello que identifica a un determinado ente dentro de una específica categoría normativa, lo que permite establecer sus elementos constitutivos y los efectos jurídicos que produce, sea en forma individual o interactuando con otras instituciones.

La presente memoria tiene por objeto determinar la naturaleza jurídica del matrimonio en el derecho romano. Para lograr este objetivo, se pretenderá, en primer lugar, determinar el rol de la voluntad en los distintos momentos del matrimonio; esto es, desde su celebración hasta su extinción, y las modificaciones que sufre en su adaptación a los cambios culturales de la sociedad a través del tiempo. Posteriormente se intentará contrastar la relevancia del rol de la voluntad al momento de determinar la naturaleza jurídica del matrimonio conforme a la concepción romana de los actos y hechos jurídicos.

Este trabajo consta de siete capítulos y la posterior conclusión de la investigación. En el primero de ellos, se analizan conceptos y generalidades relacionados con el objeto de estudio. Además, se realiza un breve examen al contexto histórico, los períodos del derecho romano, la injerencia del matrimonio en la familia romana y las concepciones romanas relativas al acto jurídico. A partir del segundo capítulo se presenta un estudio sistematizado del matrimonio en las distintas épocas del derecho romano, analizando cada uno de sus elementos, indicando la evolución y desarrollo que éstos experimentan en el período histórico en estudio.

Para efectos de esta sistematización, el estudio del matrimonio se divide en los siguientes capítulos: el capítulo segundo trata de la formación del matrimonio, sus presupuestos, perfeccionamiento prohibiciones. El tercer capítulo se refiere al matrimonio cum manus y el matrimonio sine manus. El cuarto capítulo estudia los efectos del matrimonio, tanto personales como patrimoniales y respecto de los hijos. El quinto capítulo expone la disolución del matrimonio romano. El sexto capítulo, se refiere a las uniones no matrimoniales en roma. En cada uno de los capítulos recién señalados, se expone una reflexión acerca de la injerencia de la voluntad de los contrayentes en las respectivas materias.

Luego se presenta un séptimo capítulo donde se exponen las principales opiniones doctrinales respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio, para finalmente presentar las conclusiones obtenidas una vez finalizada esta investigación.

CAPÍTULO I.

CONCEPTOS Y GENERALIDADES.

1.1. CONCEPTO DE DERECHO ROMANO.

Por Derecho Romano entendemos el conjunto de normas jurídicas que tuvieron vigencia en la sociedad romana, desde la fundación de Roma en el siglo VIII a. C. hasta la muerte del emperador Justiniano en el siglo VI d.C.

Álvaro D'ors conceptualiza el Derecho Romano como "...una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como entendidos en el discernimiento de lo justo e injusto; especialmente, la colección de esos escritos hecha por el emperador Justiniano (s. VI d.C.), a la que se agregaron algunas leyes dadas por los emperadores romanos..."¹

Resulta complejo intentar una noción exacta de lo que sea Derecho Romano, debido a su contenido distinto en las diversas etapas históricas².

Desde una perspectiva historiográfica, algunos autores prefieren indicar, como fecha de inicio de la historia del Derecho Romano la promulgación de la *Lex XII Tabularum*, redactada entre los años 451 – 450 a.C., en atención a que, por un lado, la existencia de testimonios de ella han permitido una reconstrucción aproximada de la misma, como al hecho de recoger el derecho oral existente en ese momento.

Hasta la redacción de este cuerpo legal, se puede señalar que al derecho en Roma se le consideraba "sagrado", en razón de su carácter

¹ ALVARO D'ORS, Derecho Privado Romano, ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1968, pág. 1

² En este sentido, ARMANDO TORRENT, Conceptos Fundamentales del Ordenamiento Jurídico Romano, Gráficas Eudona, Salamanca, 1973, pág. 11.

consuetudinario y principalmente por haber estado ligado a la monarquía y al colegio sacerdotal de los Pontífices.

La redacción de la Ley de XII Tablas es el punto de partida de la desacralización del derecho romano, ya que técnicamente es una fijación del derecho vigente, cuyo objetivo es el establecimiento de un derecho mínimo aplicable igualmente a los distintos estamentos sociales existentes en Roma, específicamente a los Patricios y a los Plebeyos. No obstante tratarse de una fijación del derecho vigente, dio un amplio margen para la elaboración del contenido específico de las instituciones y materias que se regulaban por parte de la doctrina de los Juristas. El conjunto de disposiciones que forman este contenido específico otorgado por la doctrina jurisprudencial no sólo son elaboraciones teóricas, sino que principalmente se refiere a la solución práctica otorgada al caso concreto.

Asimismo, se indica como punto final de la historia del derecho romano antiguo la compilación oficial de leyes vigentes ordenada por el emperador Justiniano, elaborada en Constantinopla, capital del imperio de Oriente, entre los años 529 y 534 d.C, denominada posteriormente *Corpus Iuris Civilis*. Tradicionalmente se señala que su contenido consta de los siguientes libros: el *Digesto*, que consiste en una síntesis de fragmentos de las obras de grandes jurisconsultos sobre legislación; las *Institutas* o Instituciones, que es un manual de Derecho constituido por cuatro libros, que sigue el modelo de instituciones de Gayo; y las *Constituciones*, compuesto por una recopilación de leyes imperiales anteriores a Justiniano.

Además, pese a ser cronológicamente posterior, se considera como parte integrante del *Corpus Iuris Civilis* a las *Novelas*, que es una recopilación de leyes posteriores, dictadas tanto por Justiniano como por sus sucesores.

Se puede señalar que la compilación Justiniana puso fin en forma oficial al derecho romano de origen jurisprudencial, por cuanto es ahora el emperador el único facultado crear derecho, y determinar su sentido y alcance.

1.2. PERÍODOS DEL DERECHO ROMANO.

Dentro del período de aproximadamente mil años comprendido en lo que denominamos Derecho Romano, se pueden distinguir principalmente tres etapas en su evolución. Estas son la Época Arcaica, la Época Clásica y la Época Postclásica.

1.2.1. ÉPOCA ARCAICA.

La época arcaica tiene su inicio junto con la fundación de Roma y se extiende hasta el siglo II a.C.

Dentro de este período se puede señalar que hasta la dictación de las XII Tablas, el derecho romano se encuentra en una etapa inicial y rudimentaria, donde las instituciones jurídicas tienen un carácter mixto; es decir, se rigen en parte por un derecho de carácter consuetudinario y en parte por las leyes curiales³.

En esta etapa el derecho privado tiene su fuente principal en los usos que estaban en vigor entre los fundadores de la ciudad y que se trasladaron desde las poblaciones primitivas a la nación nueva. Luego, estos usos y costumbres se fueron plasmando en las decisiones adoptadas por los jueces al momento de resolver un caso concreto, para posteriormente servir de antecedente para la resolución de un caso similar.

³ M. EDOUARD CUQ, Las Instituciones Jurídicas De Los Romanos, Imprenta y encuadernación Gálvez, Santiago, 1910, pág. 65.

El conjunto de antecedentes viene a constituir un sistema normativo basado en tanto en las costumbres originarias de la ciudad como en la aplicación previamente realizada de esas costumbres en el antecedente judicial denominado *Mores Maiorum*.

Las *Mores Maiorum* eran conocidas en la Roma primitiva por el colegio sacerdotal de los Pontífices. Como señala don Francisco Samper, "...la clase de los pontífices constituyó así una especie de escuela de sabiduría jurídica (*iuris prudentia*) que mantuvo durante bastante tiempo la exclusividad en el conocimiento y la enseñanza del *ius*..."⁴ En consecuencia, se puede decir que el derecho privado en esta época sólo tiene por fuente a la costumbre.

Respecto a las leyes curiales, éstas sólo tienen lugar una vez instaurada la República en Roma, y versan sobre materias propias de derecho público.

En los años 451-450 a.C. se produce la dictación de la ley de las XII Tablas. Ésta constituye, en principio, una fijación del derecho vigente extraído de las *Mores Maiorum*; pero además contiene un factor político importante, como es la igualación de derechos entre Patricios y Plebeyos.

Como características del derecho de la época arcaica puede señalarse la poca definición tanto de conceptos como de actos jurídicos y el formalismo externo o ritual que rodea a los mismos, todo ello como manifestación del origen sacro del mismo.

En materia procesal, el procedimiento se denomina "*Legis Actiones*" o "acciones de la ley", que consiste en que cada pretensión recibe su reconocimiento y su fuente inmediata en una ley específica; sea ésta la ley

⁴ FRANCISCO SAMPER, Derecho Romano, Universidad Internacional SEK, Santiago, 1993, pág. 13.

de las XII Tablas – que recogió las *Mores Maiorum* - o alguna posterior⁵. Este sistema no contempla la existencia de un único tipo procesal en el cual se enmarcar las distintas pretensiones jurídicas susceptibles de ser conocidas por un juez. Esto adquiere relevancia a propósito de la concepción romana de los derechos subjetivos, como se verá más adelante.

Con todo, el escaso desarrollo del tráfico comercial en esta época hizo innecesario un mayor desarrollo del derecho privado patrimonial.

1.2.2. ÉPOCA CLÁSICA.

La Época clásica se inicia convencionalmente en el año 130 a.C. y se extiende hasta año 230 d.C. En la historia de Roma este período corresponde al tránsito desde la forma política republicana hacia el Principado.

Hacia el año 130 a.C. se produce en el ámbito jurídico una reforma legal que oficializa un nuevo tipo de proceso "...cuyo uso se convirtió en condición de un cambio en el derecho..."⁶. Se trata de la *Lex Aebutia*, la cual introduce el denominado "Procedimiento Formulario" o "*Agere per Formulas*", que consiste en el establecimiento de un tipo procesal único, denominado "Fórmula", la que es previamente redactada por el pretor, en el cual se enmarca la pretensión jurídica sometida al conocimiento del juez. Estas fórmulas encuentran su fundamento en la *potestas* del pretor en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, por lo que ya no es necesario que la formula encuentre su fuente directa en alguna ley.

Finalmente, para la redacción de las formulas el pretor es asesorado por la jurisprudencia laica, lo cual explica su creciente tecnicismo y el

⁵ En este sentido, ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Derecho Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, segunda edición, pág. 185 y ss.

⁶ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 22

desarrollo doctrinal de la Jurisprudencia. Al respecto, Francisco Samper señala que *“la antigua actividad interpretativa de los pontífices es heredada al comenzar la primera época clásica por una jurisprudencia laica ya madura, y su fruto es lo que en más propio sentido recibe el nombre de ius civile, derecho civilizado o culto por excelencia”*.⁷

Dentro de este período se deben subdistinguir tres etapas⁸, a saber:

- a) primera etapa clásica, desde al 130 a.C. al 31 a.C.
- b) etapa clásica alta, desde el 31 a.C al 138 d.C
- c) etapa clásica tardía, del 138 d.C al 224 d.C.

Durante la primera etapa clásica se generaron los fundamentos del derecho que posteriormente se desarrollaría; específicamente la terminología técnica del derecho privado. Hacia el 130 a.C. se introduce el *“agere per formulam”* lo que permitió el desarrollo del derecho clásico jurisprudencial. Esta etapa termina hacia el año 30 a.C. con la generalización del procedimiento formulario, la tecnificación de la jurisprudencia y el advenimiento de Augusto, que significó el paso de la República al Principado como forma de gobierno en Roma.

Es en la primera época clásica cuando surgen los juristas considerados como fundadores del derecho civil.

1.2.2.1. INJERENCIA DEL EDICTO DEL PRETOR COMO FUENTE DEL DERECHO PRIVADO.

En la época clásica los pretores tenían su lugar en la producción del derecho a través de los edictos, fundados en su potestas y, por lo tanto, no eran considerados como fuente del ius, aunque éste podía ser incorporado a través de la labor jurisprudencial.

⁷ FRANCISCO SAMPER, op. cit. pág.7, pág. 18.

⁸ ALVARO D'ORS, op. cit. pág.4, pág. 9

El edicto era un texto que publicaba el pretor en virtud del *ius edicendi* que, en atención al momento en el cual lo dictaba, podía tratarse de *edictum perpetuum* o de *edicta repentina*. El *edictum perpetuum*, era dado por el pretor al inicio de su magistratura como programa para el ejercicio de su jurisdicción y, por lo tanto duraba todo el año. En él se contenían las fórmulas de las *actiones* procesales, de *exceptiones*, y de otros medios de protección basados en su imperio. El edicto perpetuo normalmente era elaborado por un jurista que asesoraba al pretor, lo que daba lugar a la creación de derecho nuevo a través de la interpretación y opiniones jurisprudenciales.

En cuanto a su contenido, se podían distinguir, en primer lugar, el llamado *edictum translaticium* que no era más que aquella parte del edicto del magistrado anterior que él había reproducido, y trasladado al suyo. También se encontraba el *edictum novum*, que contenía las novedades o modificaciones en relación con el edicto de su antecesor.

El edicto pretorio constituyó un ordenamiento paralelo al *ius civile*, que en ocasiones lo suplía o corregía, sin alterarlo, supuesto que por sí mismo no era fuente del *ius*. Pero además fue un importante factor de progreso jurídico, pues en él se recogían fórmulas de acciones, no sólo del *ius civile*, sino nuevas acciones pretorias. El Edicto del pretor durante la época clásica aumentó la importancia que ya había tenido desde finales de la época arcaica.

La etapa clásica alta se inicia con Augusto y se prolongará hasta el gobierno del emperador Adriano hacia el 130 d.C. Es llamada así, porque coincidió con el período de máximo esplendor de la jurisprudencia. Finalizó hacia el 130 d.C., con la vinculación de la jurisprudencia al poder imperial y la fijación del contenido del edicto del Pretor en un texto definitivo elaborado

en tiempos de Adriano por el jurista Salvio Juliano, conocido con el nombre de Edicto Perpetuo. Este edicto necesariamente debía ser utilizado por los pretores, sin posibilidad de alterarlo, con lo que se extinguió la fuerza creadora del derecho pretorio. Finalmente se produce un cambio en el sistema procesal, donde se abandona el sistema del “*agere per formulam*” y se adopta el sistema denominado “*cognitio extraordinem*”.

En este tiempo se produjo el inicio de la tendencia a vincular la labor jurisprudencial a la autoridad imperial por Augusto quien pretendió unir la autoridad de la jurisprudencia a la propia *auctoritas* del príncipe.

El natural carácter controvertible del derecho romano de juristas, desde el Principado y por decisión imperial comienza a ser disminuido, con el reconocimiento oficial de ciertos jurisprudentes a quienes les fue concedido el *Ius Respondendi*, es decir, cuando el emperador Augusto decidió que las decisiones de ciertos jurisconsultos, denominadas “*Responsa*” debían darse como emanados de su propia autoridad. Con ello se restringió la libertad del juez al momento de decidir, ya que debía preferir setas opiniones a las de aquellos juristas que no contaban con esta facultad.

Finalmente, la etapa clásica tardía se extiende desde el 138 d.C. hasta la muerte de Ulpiano, el 224 d.C. En esta época aparecen grandes juristas, no obstante tener una menor inclinación a la creación de derecho jurisprudencial. La jurisprudencia en la época tardo-clásica termina por ligarse a la burocracia imperial, aunque manteniendo cierto grado de independencia. Los más importantes juristas conformaron el *Consilium Principis* o Cancillería, ejerciendo funciones como asesores al servicio del Emperador.

Los juristas de la época clásica tardía, por su vinculación al gobierno del Imperio se ocuparon de una diversidad de materias, hasta ese momento

ajenas al *ius* en sentido antiguo, tales como las tocantes al gobierno y administración, a la hacienda, etc.

La jurisprudencia de este período constituye la culminación de la actividad de los juristas. Pretendió asumir los resultados parciales y dispersos de las obras de juristas anteriores, unirlos a sus propios aportes y ofrecerlos de forma sistemática, estableciendo criterios jurisprudenciales uniformes a partir de las opiniones y soluciones particulares disgregadas en la numerosa actividad jurisprudencial privada, estableciendo los antecedentes necesarios para la fijación definitiva del derecho juristas.

Surgen también los textos dirigidos a la enseñanza jurídica básica. Entre ellos las Institutas de Gayo, de mediados del siglo II, donde se ordena el *ius civile* en cuatro libros, que trataban de tres grandes materias: personas, cosas, y acciones, la cual fue adoptada como libro de texto para el primer curso de derecho en Constantinopla y Berito.

Este período concluye con la muerte de Ulpiano, considerado el último gran jurista, en tiempos del emperador Severo. A la muerte de este emperador, se precipita una crisis política y social, con la cual desaparece asimismo la jurisprudencia como fuente del *ius*.

1.2.3. ÉPOCA POSTCLÁSICA.

La época postclásica comprendió el período político llamado Dominado o Bajo Imperio. Comenzó hacia el 230 d.C. con los cerca de 50 años de anarquía política luego de la muerte del emperador Alejandro Severo. Acaba este período en Oriente, hacia el 530 d.C., con la fijación del Derecho Romano llevada a cabo por Justiniano.

La jurisprudencia es esta época cede su lugar como principal fuente del derecho a la legislación imperial, ya que en este período la jurisprudencia

se burocratiza y queda ligada a la potestad y autoridad del emperador a través del *Consilium Principis*.

El sistema procesal vigente – “*cognitio extraordinem*”- facilita esta nueva orientación del derecho, por cuanto en este sistema se sustituyó la dualidad magistrado – juez, siendo asumidas ambas funciones por un funcionario imperial, por lo que la función jurisdiccional se transforma en un trámite administrativo. Este nuevo sistema introdujo una figura nueva, cual es la facultad de solicitar revisión de lo fallado por el superior jerárquico del funcionario que dictó la sentencia por aquél que se haya sentido agraviado con la sentencia⁹. Esta facultad, con todo, encuentra una limitación práctica, por cuanto el juez, al ser un funcionario imperial, está obligado a fallar conforme a la opinión del *Consillium Principis*.

Se puede decir que desde este momento la jurisprudencia perdió su independencia frente a la potestas imperial, más aun cuando los jurisconsultos que formaban parte del *Consilium* estaban dotados del *Ius Respondendi*, cuya concesión ahora resultaba innecesaria. Con Adriano, además, aparecieron los Rescripta, que consistían en decisiones del emperador en las que se unían, de un lado, la tradicional actividad de los responsa de los jurisprudentes y de otro, la autoridad del emperador. De este modo la legislación imperial arrebató el último reducto a la jurisprudencia, pues ahora ya no habría derecho alguno válido y vigente en razón de la *auctoritas* de los juristas, sino que las obras de aquellos autores reconocidos por la ley tendrían fuerza vinculante por la propia potestas pública. En consecuencia, el emperador se convierte en la fuente exclusiva de la legislación.

⁹ En este sentido, URCISINO ALVAREZ SUAREZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1973, pág. 12.

1.3. LA FAMILIA ROMANA.

1.3.1. CONCEPTO.

La familia romana es el conjunto de personas que integran la casa y que se encuentran bajo la potestad de un “cabeza de familia”¹⁰. La familia romana es un concepto que evoluciona a lo largo del desarrollo del derecho mismo. En sus orígenes aparece como un organismo político, una unidad económica y religiosa que constituye el núcleo básico e inicial de la *civitas*.

El concepto de Familia en Roma hace referencia, más que a un vínculo de tipo biológico, a la persona del *Paterfamilias* y a las personas que de él dependen; esto es, que se encuentran sometidos a su autoridad o *Potestas*. En consecuencia, se forma parte de una familia en la medida en que se está sometido a la jefatura doméstica del *Paterfamilias*.

Cabe señalar que en la familia romana unas personas tenían capacidad jurídica propia y otras carecían de ella. A las primeras se les denominó “*Sui Iuris*” y a las otras “*Alieni Iuris*”.

Eran *Sui Iuris*, y en consecuencia gozaban de capacidad de goce, aquellos ciudadanos romanos, libres, no sujetos a la potestad de un padre o de un marido. Ellos gozan de potestad sobre si mismos y no dependen de nadie. En el caso de los varones, este status coincide con el de *Paterfamilias*.

Por su parte, todos los individuos que se hallaban bajo la potestad de un “*Paterfamilias*” eran “*Alieni Iuris*”, sea que fueren mayores o menores de edad, solteros o casados, con o sin descendencia¹¹. Lo mismo ocurría para el evento en que la mujer se casara bajo la modalidad llamada “*cum Manu*”,

¹⁰ ALVARO D'ORS, ob. cit. pág.4, pág. 84

¹¹ En este sentido, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ob. cit. pág. 8, pág. 274.

caso en el cual pasaba a ocupar el lugar jurídico de una hija del *Paterfamilias*.

La potestad del *Pater* se mantenía, en principio, hasta la muerte del mismo; a menos que respecto de él operara una *Capitis Deminutio*, o bien otorgara la emancipación de algún “*Alieni Iuris*”. El patrimonio que pudiese adquirir o generar el *Alieni Iuris*, sea por su trabajo o bien en virtud de alguna herencia, pertenecía al *Paterfamilias*¹².

1.3.2. PATERFAMILIAS.

Paterfamilias es el varón, ciudadano romano, emancipado o que no tiene ascendiente varón vivo, y que no está sujeto por adopción ni por adrogación a un tercero¹³. El Pater Familia goza de plena capacidad jurídica. Goza, además de diversos poderes respecto de quienes conforman la familia, los cuales genéricamente se denominan “*Manus*”.

En consecuencia, *Manus*; es decir, el poder unitario del *Paterfamilias*, comprende diversas potestades: sobre la mujer llamado *Manus Maritalis* o *Potestas Maritalis*; sobre los hijos, llamado *Potestas* o *Patria Potestas*; sobre los esclavos, llamado *Dominica Potestas*; y sobre los hijos de otros entregados en venta al *Paterfamilias*, denominado *mancipium*-¹⁴. El poder del *Paterfamilias* era en Roma de carácter absoluto.

El *Paterfamilias* ejerce esta autoridad no sólo en interés propio, sino también en el de sus subordinados y en el del estado. Este poder no constituye sólo un derecho, sino también un deber, ya que tanto el poder paternal como el marital implican, al mismo tiempo que la tutela sobre las

¹² En este sentido, DANIEL ANTOKOLETZ, *Tratado De Derecho Romano*, editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1930, pág. 135 y 136.

¹³ MAXIMIANO ERRAZURIZ EGUIGUREN, *Apuntes de Derecho Romano*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1982, pág. 207.

¹⁴ JUAN IGLESIAS, *Instituciones De Derecho Privado Romano*, Editorial Ariel, sexta edición, Barcelona, 1972, pág. 505.

personas sometidas, el deber de protegerlas contra las injusticias que contra ellos se produzcan. En virtud de esto, tiene la representación judicial de ellos, lo que se manifiesta tanto en que la ley le da al *Paterfamilias* la titularidad de las acciones derivadas de algún daño causado contra las personas sometidas a su potestas, como también es el responsable de los perjuicios que ellos provoquen a terceros¹⁵.

En virtud de su potestas, el *Paterfamilias* principalmente priva a sus descendientes toda capacidad de poseer y adquirir. En la época arcaica, su poder incluso lo facultaba para vender a sus hijos a otro *Paterfamilias* a través de una venta solemne; darlos en esclavitud o bien decidir acerca de la vida o la muerte de alguno de los miembros de la familia. Posteriormente, ya en época clásica se comienza a limitar esta facultad, mediante el establecimiento de sanciones al *Paterfamilias* que se excediese en el ejercicio de esta facultad¹⁶.

1.3.3. FAMILIA PROPRIO IURE Y FAMILIA COMMUNI IURE.

En atención a los miembros que la integraban, se distinguió en Roma entre la *Familia Proprio Iure* y la *Familia Communi Iure*. A la primera se entendía pertenecer todas aquellas personas libres que por legítimo nacimiento o en virtud de un acto jurídico se encuentran actualmente sometidas a la potestad de un pater. Se incluye en ésta, junto al *Pater Familia*, la mujer *in manu*, los hijos y las hijas naturales y adoptivas. La *Familia Communi Iure*, a su vez, consiste en el conjunto de familias de

¹⁵ En este sentido, RUDOLF VON IHERING, El Espíritu Del Derecho Romano En Las Diversas Fases De Su Desarrollo, editorial Bailly-Bailliere, Madrid, pág 217.

¹⁶ En este sentido, MIGUEL ANGEL RIZZI, Tratado de Derecho Privado Romano, editorial Aristides Quillet, Buenos Aires, 1936, pág. 89 – 90.

proprio iure cuyos *Paterfamilias* estuvieron alguna vez a un mismo pater familias. El vínculo que liga a estas familias se denomina *Adgnatio*¹⁷.

En contraposición a este vínculo, existió otro vínculo de parentesco, denominado *Cognatio*. Éste se refiere al nexo biológico fundado en la existencia de un ascendiente común unido por vínculo de consanguinidad. Este vínculo, a su vez, podía ser en línea recta, que es aquél existente entre dos personas, cuando una desciende, sea directa o indirectamente de otra; o bien en línea colateral, que es el existente entre dos personas, cuando ambas tienen un ascendiente común, pero ninguna de ellas desciende de la otra¹⁸.

En la época arcaica, además, el conjunto de familias patricias con un apellido común forma una “gran familia” o *Gens*. Por ésta se entiende a la aglomeración de familias que, según las circunstancias o la fortuna de las familias que la componen, pueden constituir con los propios sujetos y esclavos una “gran casa”¹⁹. No obstante, esta última institución decae a fines de la República y no cuenta ya para la época del derecho romano clásico, cuyo inicio coincide con la instauración del Principado como régimen político²⁰.

En consecuencia, el parentesco en época arcaica comprendía a las personas vinculadas entre sí por la “*Agnatio*”, por la “*Cognatio*” y por la “*Gens*”²¹.

En la época clásica, se produce una evolución en el concepto de familia. Así, la *familia communi iure* se ve enfrentada al reconocimiento por parte del pretor a los vínculos de sangre; específicamente en lo referente a

¹⁷ En este sentido, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 288 y 289.

¹⁸ MAXIMIANO ERRÁZURIZ EGUIGUREN, op. cit. pág. 15, pág. 238.

¹⁹ En este sentido, PIETRO BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, centro de enseñanza y publicaciones, segunda edición, Madrid, 1959, pág. 85.

²⁰ En este sentido, ALVARO D'ORS, op. cit. pág.4, pág. 84

²¹ DANIEL ANTOKOLETZ, op. cit. pág. 15, pág. 134.

derechos sucesorios. A su vez, la familia *proprio iure* se ve enfrentada a la emancipación de sus integrantes en algunos aspectos, como es el reconocimiento del peculio a los hijos del *paterfamilias*, y el hecho haber caído en desuso el matrimonio *cum manu*, con el cual, como se verá más adelante, la mujer así casada adquiriría el status jurídico de hija del pater a cuya familia ingresaba.²²

Se puede señalar que la constitución de la familia en la época clásica tiene principalmente tres caracteres; en primer lugar, la decadencia de la familia agnaticia respecto de los derechos inherentes al parentesco civil; la importancia creciente del parentesco natural o cognación; y la reglamentación legal de las relaciones de familia.²³

En época postclásica, la noción de familia se mantiene formalmente inalterada; no obstante, el movimiento que iniciara la jurisprudencia clásica para dar valor jurídico al parentesco natural concluye el año 543 d.C., oportunidad en que el emperador Justiniano suprime el parentesco por agnación, con lo que queda configurada la idea moderna de la familia fundada en la comunidad de origen.²⁴

1.3.4. INJERENCIA DEL MATRIMONIO EN LA FAMILIA.

Los autores suelen señalar que la familia romana se constituye mediante el Matrimonio²⁵, por cuanto es mediante el matrimonio que el ciudadano varón *sui iuris* se convierte en *Paterfamilias*. Es el matrimonio; específicamente el matrimonio legítimo; esto es, el que cumple con ciertos requisitos jurídicamente regulados, lo que constituye la base de la familia

²² ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 291

²³ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 2, pág. 70.

²⁴ En este sentido, M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 3, pág. 245.

²⁵ ROBERT VON MAYR, Historia del Derecho Romano, editorial Labor, Barcelona, 1926, pág. 148.

romana. Antes del matrimonio, el varón *Sui Iuris* tiene la potencialidad de convertirse en uno, pero es el matrimonio lo que materializa esta potencialidad, en un primer período histórico mediante el sometimiento de la mujer a *manus* del marido en virtud del matrimonio *cum manu*, y concretamente con el nacimiento de los hijos de matrimonio legítimo. En ambos casos se generan los vínculos de sujeción propios del poder doméstico del *Paterfamilias*. Esto, en atención a que los hijos ilegítimos nacen como personas *Sui Iuris*.

El matrimonio, desde las sociedades más primitivas, tiene como fin la procreación de los hijos. Es en virtud de aquello que la mujer gozara de la consideración que disfrutaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad²⁶.

1.4. CONCEPTO ROMANO DEL ACTO JURÍDICO.

Una elaboración sistemática respecto de lo que modernamente se llama acto jurídico no fue elaborada por la jurisprudencia romana, puesto que los juristas, en su forma de entender y desarrollar el derecho, centran su esfuerzo en el desarrollo concreto de las instituciones jurídicas, obviando la construcción de teorías y abstracciones jurídicas.

Para entender la visión romanista del acto jurídico, se debe tener presente que no basta para su concreción el mero acuerdo de voluntades y el cumplimiento de eventuales solemnidades exigidas por la ley.

1.4.1. CONCEPTO CLÁSICO DEL ACTO JURÍDICO.

El derecho romano un derecho de carácter jurisprudencial y casuista, por lo que existe una íntima relación entre hecho jurídico y tutela jurídica.

²⁶ EUGENE PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, editorial Albatros, Buenos Aires, 1975, pág. 148.

Una correcta exposición respecto a la noción clásica de acto jurídico presente en el derecho romano implica distinguir claramente dos momentos. Un primer momento tiene lugar desde los orígenes hasta la época clásica, el concepto base de todo el sistema de relaciones jurídicas es el de la obligación. La obligación es la relación existente entre al menos dos personas determinadas, un acreedor y un deudor, en virtud del cual el primero puede exigir el cumplimiento de una prestación o deuda al segundo, mediante el ejercicio de una prestación o deuda.²⁷

Conforme a esta visión del derecho, una obligación existe, en tanto existe una acción, sea civil o pretoria, que proteja el cumplimiento de la prestación a la cual se está obligado. Cuando existe un acuerdo entre las partes para que entre ellos nazcan obligaciones, sean éstas recíprocas o no, se está ante un contrato.

Para reconocer valor jurídico a algún hecho o situación, ésta ha de ser susceptible de ser defendida en un juicio, sea a través de una acción o excepción. Si esto no es posible, aquél hecho o situación no es jurídicamente relevante.

Esta visión procesalista de los derechos subjetivos impide definir como acto jurídico o contrato a aquellas manifestaciones de voluntad tendientes a producir efectos jurídicos, pero a las que el derecho no reconoce acción alguna para proteger las pretensiones que de aquella manifestación de voluntad se derivan.

Conforme con esta forma de entender los derechos subjetivos, adquiere relevancia el sistema procesal vigente en los distintos períodos del derecho romano para determinar cuándo se está ante un hecho jurídicamente relevante, un acto o negocio jurídico, y cuándo no.

²⁷ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 673.

Así, vigente el sistema procesal de las legis acciones, propio de la época arcaica, se puede señalar que sólo son actos jurídicos aquellos hechos que cuentan con la acción derivada de la ley que los protege.

En época clásica, vigente el sistema del *agere per formulam*, se incrementa el número de situaciones jurídicamente protegidas, conforme la jurisprudencia y el edicto del pretor otorgan acciones para otorgar tutela jurídica a situaciones no reconocidas por la ley. Esto se deriva de que en el sistema procesal del *agere per formulam* existe una única fórmula donde se enmarcaban las distintas pretensiones sometidas a conocimiento del juez.

Finalmente, vigente el sistema procesal de la *cognitio extraordinem* propio del derecho postclásico, el Príncipe, como una manifestación de la absorción de los poderes que antes ejercían los órganos republicanos, dota de sanción jurídica a algunas instituciones que con anterioridad sólo se apoyaban en consideraciones sociales²⁸.

1.4.2. CONCEPTO GAYANO – JUSTINIANO DEL ACTO JURÍDICO.

Un segundo momento, en el que se produce un cambio radical respecto de la idea de obligación, tiene lugar con la obra del jurista Gayo denominada "Institutas", quien, al realizar una sistematización de lo que él denominó fuentes de las obligaciones; esto es, la causa u origen de las mismas. Gayo señaló que las obligaciones nacen o de un contrato o de un delito, entendiendo por contrato a aquél acuerdo o convención que genera un vínculo obligacional, sea que obligue a una de las partes respecto de la otra a una prestación, sea que se obliguen ambas recíprocamente. Para Gayo, la reciprocidad de las prestaciones no es un elemento relevante para la existencia de un contrato.

²⁸ URCISINO ALVAREZ SUAREZ, op. cit. pág. 13, pág. 122.

Posteriormente, en su obra “Res Cotidianae” a esta concepción binominal agrega una nueva categoría, denominada “figuras varias de causas”, donde enmarca una serie de relaciones jurídicas que no se enmarcaban correctamente en alguna de las categorías señaladas en su obra anterior.

Justiniano, siguiendo el modelo gayano, en las Institutas de su Corpus Iuris Civilis, sostiene que las obligaciones nacen de un contrato, de un delito, obligaciones que nacen “como de un contrato” y obligaciones que nacen “como de un delito”.

A partir del modelo de fuentes de las obligaciones propuesto por Justiniano, inspirado en el modelo de Gayo, se puede señalar con certeza que se abandona la visión procesalista de la obligación, por cuanto ahora se puede concebir la existencia de una obligación prescindiendo de una contraparte que pueda exigir el cumplimiento de la prestación a la que se está obligado. En consecuencia, no es sino hasta la época postclásica que el reconocimiento jurídico a las manifestaciones de voluntad se desvincula del reconocimiento expreso de la situación por una acción específica.

A partir de la concepción Gayano – Justiniana de las fuentes de las obligaciones, es que los juristas posteriores elaboran la teoría del acto jurídico. En virtud de ésta, sostienen que todo hecho es un acontecimiento que interesará al derecho siempre que por intermedio de aquél se produzcan determinadas consecuencias que hayan sido previstas por el derecho y que sean protegidas por éste. Cuando estos acontecimientos se producen sin la intervención de la voluntad humana, se les denomina hechos no voluntarios. Si estos acontecimientos se producen en virtud de la intervención de la voluntad humana, esos acontecimientos se denominan hechos voluntarios.

Los hechos voluntarios pueden tener a su vez como finalidad la ejecución de un acto prohibido por el derecho, caso en el cual se está ante actos ilícitos. Si el hecho voluntario tiene como finalidad una determinada consecuencia dentro del marco del derecho, ya sea de nacimiento, modificación o extinción de una relación subjetiva, se estará ante un acto lícito, también denominado acto jurídico²⁹.

El acto jurídico una manifestación de voluntad destinado a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Cuando confluyen dos voluntades contestes tendientes a crear, modificar o extinguir derecho y obligaciones para las partes que lo celebran, se está ante una convención. Si ese acuerdo de voluntades está destinado específicamente a crear derechos y obligaciones, se está ante un contrato. Finalmente, si ambas partes del contrato resultan obligadas recíprocamente, se está ante un contrato bilateral.

El elemento fundamental del acto jurídico es la manifestación de al menos una voluntad, virtud de la cual se crea, se extingue, se conserva o protege un derecho³⁰.

²⁹ En este sentido, ALFREDO DI PIETRO, Manual de Derecho Romano, Ediciones de Palma, cuarta edición, Buenos Aires, 1992, pág. 140 y 141.

³⁰ En este sentido, CARLOS MAYNZ, Curso de Derecho Romano, Editora Marcelino Bordoy, Buenos Aires, 1913, pág. 489.

CAPITULO II

CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO.

2.1. CONCEPTO DE MATRIMONIO.

El matrimonio es la base y fundamento de la familia legítima³¹. Las fuentes históricas nos dan dos definiciones respecto al matrimonio. El matrimonio es, según la definición de Modestino, la “unión del hombre y de la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida³²”.

Una segunda definición relativa al matrimonio corresponde a Ulpiano, quien señala que es “La unión del hombre y la mujer que implica comunidad absoluta de existencia”³³.

No toda unión entre hombre y mujeres constituía un legítimo matrimonio romano. El matrimonio legítimo sólo podían contraerlo los ciudadanos romanos, observando las condiciones de forma y de fondo establecidas por la ley.

2.2. ESPONSALES.

Los esponsales son un acto jurídico previo a la celebración del matrimonio que consiste en la promesa recíproca de celebrar un matrimonio futuro. En este acto los contrayentes, o sus respectivos *Paterfamilias* en caso de que alguno de ellos fuese *Alieni Iuris*, formalmente se comprometían a celebrar un matrimonio dentro de un cierto lapso. Esta recíproca estipulación recibe el nombre de esponsales y deriva de *sponsio*, que es la

³¹ BERNARDO NESPRAL, Manual De Derecho Romano, editora Hammurabi, Buenos Aires, 1981, pág. 242.

³² Dig. 23,2,1.

³³ MARÍA ISABEL NUÑEZ PAZ, Consentimiento Matrimonial Y Divorcio En Roma, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988, pág. 25.

forma más antigua de contrato verbal aplicado por los romanos en los negocios³⁴.

El régimen de los esponsales sufre una profunda evolución a lo largo de la historia del derecho romano.

En época arcaica, mediante los esponsales, junto con pactar la celebración de un matrimonio futuro, se solía establecer como alternativa a su cumplimiento el pago de una pena que consiste en una suma de dinero, de manera que el promitente pudiera escoger entre celebrar el matrimonio o pagar la suma pactada³⁵. En esta época aparece perfectamente plausible que fuere perseguible el cumplimiento de esta obligación³⁶. En época posterior se introdujo la práctica de dejar al juez la estimación del valor del interés del actor en caso de ruptura de la promesa.

En época clásica, los esponsales pierden su carácter vinculante. En consecuencia, la celebración de los esponsales no obliga a los promitentes a celebrar el matrimonio. Tampoco dan derecho para reclamar la suma de dinero pactada para el evento de que se rompiera el compromiso, ya que se otorga una *exceptio doli* al demandado, porque se entiende que cada parte es libre de desligarse de su promesa, mediante una simple declaración.

Asimismo, no se exige una forma especial para celebrar los esponsales. No obstante, se le reconocen ciertos efectos civiles, por lo cual la jurisprudencia señala ciertos presupuestos y requisitos para la validez del acto. Entre éstos, se puede señalar que, en primer lugar, no pueden celebrar esponsales entre quienes no pueden celebrar matrimonio legítimo. Es decir,

³⁴ En este sentido, MIGUEL ANGEL RIZZI, op. cit. pág. 16, pág. 157 y 158.

³⁵ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 334.

³⁶ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones De Derecho Romano*, Editorial De Palma, décima edición, Buenos Aires, 1986, pág. 501

los impedimentos para contraer matrimonio también surten efectos respecto de los esponsales.

Se exige para la validez del acto que los esposos tengan a lo menos siete años de edad. En este caso, y en general tanto para los impúberes como para los alieni iuris, deberán actuar representados por su respectivo Paterfamilias. Con todo, la jurisprudencia exigió para estos casos el consentimiento de los contrayentes, bastando el mero disenso del hijo o el disenso justificado de la hija para dejarlo sin efecto.

Otro efecto que producen los esponsales es el crear parentesco por adfinitas, que se forma de igual modo que la adfinitas del matrimonio legítimo. En virtud de este parentesco, los esposos se ven impedidos de contraer matrimonio con los afines de aquél con quien prometieron contraer matrimonio. Además, se consideró por la jurisprudencia al hecho de dar muerte al esposo como parricidio.

En época postclásica, se admite la institución de las arras esponsalicias, a modo de garantía para su cumplimiento³⁷, la cual viene a sustituir a la pena de los primeros tiempos. En virtud de éstas si el matrimonio no se celebra por culpa de quien dio las arras, las perdía; si el matrimonio no se celebra por culpa de quien las recibió, se impuso la obligación de devolver el doble de lo recibido. Algunos autores sostienen que la institución de las arras pone término a la libertad de cumplimiento inherente a los esponsales propio del período anterior³⁸.

Otra consecuencia de orden personal de esta institución consiste en la pena de infamia, que constituye una aminoración del honor civil, a la que

³⁷ En este sentido, E.F.CAMUS, Curso De Derecho Romano, editorial Universidad de La Habana, La Habana, 1941, pág. 112 a 114.

³⁸ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ob. cit. pág. 8, pág. 335

es condenado aquél promitente que celebra nuevos esponsales o contrae matrimonio con otra persona.

Conforme a una disposición de Constantino, los regalos y donaciones entre los promitentes se consideran hechas bajo la condición de que se verifique el matrimonio.

Finalmente, los esponsales se pueden extinguir por varias causas: el mutuo disenso de los promitentes, la muerte de alguno de ellos, por sobrevenir algún impedimento para el matrimonio y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios o repudium³⁹.

2.3. FORMACIÓN DEL MATRIMONIO.

Según el jurista Volterra, el matrimonio existe jurídicamente cuando un hombre y una mujer libres, que tengan el *conubium*, y siempre que entre ellos no exista ningún impedimento legal, establecen una relación conyugal, con la voluntad efectiva y continua de estar unidos duraderamente en matrimonio.⁴⁰

2.3.1. ANTECEDENTES.

El matrimonio es posible perfeccionarlo cuando se dan determinados presupuestos y no se transgredan ciertas prohibiciones⁴¹. La concurrencia de estos presupuestos es necesaria para que esta unión sea reconocida por el derecho, y de ella deriven determinadas consecuencias jurídicas. A lo largo de la evolución del Derecho Romano, se puede observar que estos

³⁹ JUAN IGLESIAS, op. cit. pág. 15, pág. 535

⁴⁰ Volterra, citado por MARÍA ISABEL NUÑEZ PAZ, op. Cit. pág 24, pág 28.

⁴¹ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ob. Cit. pág.8, pág 337.

presupuestos varían. Por ello el análisis de los requisitos para el perfeccionamiento del matrimonio obliga a distinguirlos en cada una de las distintas etapas de desarrollo del Derecho Romano.

Cabe señalar que en una primera época, el matrimonio romano es regulado por el derecho de forma accesoria, como una forma de adquirir la patria potestad, en atención a que dentro de la organización de la familia romana, la patria potestad era la manifestación del poder del *Paterfamilias* sobre su núcleo familiar.

En el derecho antiguo el matrimonio, en tanto fundamento de la familia, es considerado como elemento necesario para la vida en la ciudad, toda vez que ésta se componía de una reunión de familias denominada *Gens*. La esencia de la familia romana se caracteriza por ser una rígida asociación de personas, la cual en tiempos antiguos exigía que la mujer se integrase en esta comunidad. Su posición como madre de sus hijos y rectora de la casa requería su sumisión al poder del *paterfamilias* y su participación en el culto doméstico.

Es en atención a esta conexión íntima entre el matrimonio, la familia y sociedad que en épocas más arcaicas junto a la celebración del matrimonio, usualmente se celebraba otro acto jurídico, denominado “*conventio in manus*”, en virtud del cual la mujer accede a su sometimiento al poder del *paterfamilias*. Ese poder marital al que se halla sometida la mujer es llamado, desde antiguo, *manus maritalis*.⁴²

Es durante la época del derecho clásico cuando el matrimonio romano alcanza su más fina concepción jurídica. Esto se manifiesta en la idea de concebir la esencia del matrimonio como la unión de un hombre y

⁴² MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, editorial Reus, segunda edición, Madrid, 1982, pág 263.

una mujer para hacer vida en común, en lugar de la antigua idea de proveer hijos a la familia⁴³.

En época postclásica, la expansión del Imperio trajo grandes problemas a los emperadores. Un factor que influye en esta etapa en el derecho de familia es el reconocimiento del cristianismo como religión del estado⁴⁴. En el ámbito del derecho privado, se pretende fusionar el derecho imperial con los derechos nacionales. Esto se materializa en cambios significativos en las concepciones sociales, lo que influye en el derecho de familia y consecuentemente en el matrimonio. Conjuntamente, se puede observar la influencia de las ideas propias de los pueblos heleno – orientales.

El matrimonio en esta época era en muchos aspectos distinto al de la época clásica. Entre otras cosas, se rigidizan las normas relativas al divorcio y a las segundas nupcias; es abolida la legislación matrimonial de Augusto y cambian las normas relativas a la administración de los bienes por los cónyuges⁴⁵.

2.3.2. CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO.

El matrimonio se perfecciona por el mero consentimiento entre los contrayentes, en orden a convivir monogámica e incondicionadamente como marido y mujer. La manifestación de esta voluntad conyugal no está sometida a requisitos de forma⁴⁶.

Las formalidades que solían acompañar el matrimonio no eran esenciales, aunque siempre se celebraba con ceremonias y actos diversos

⁴³ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 2, pág. 76.

⁴⁴ ROBERT VON MAYR, op. cit. pág. 18, pág. 378 a 387.

⁴⁵ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 3, pg 246.

⁴⁶ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 340.

conforme a las costumbres dominantes en las distintas épocas. Estos rituales, si bien carecen de relevancia jurídica en cuanto a la constitución del matrimonio, pueden llegar a tenerla para efectos de determinar su inicio⁴⁷.

2.3.2.1. PRESUPUESTOS DEL MATRIMONIO.

Los presupuestos del matrimonio son un conjunto de condiciones exigidas por el derecho cuya concurrencia es imprescindible para constituir un matrimonio legítimo.

En las definiciones previamente señaladas se encuentran implícitos los requisitos para la constitución de un matrimonio válido. Siguiendo en este punto al profesor Guzmán, para efectos expositivos se distinguirá entre presupuestos naturales y civiles⁴⁸; entendiéndose por los primeros a las exigencias relativas al aspecto personal de cada uno de los contrayentes, y por los segundos, a ciertas exigencias relativas a la aptitud jurídica de los contrayentes para que esta unión sea reconocida como un matrimonio legítimo.

Por presupuestos naturales del matrimonio se entiende:

1. Diferencia de sexo de los contrayentes.

De acuerdo a las propias definiciones de matrimonio señaladas previamente, la diferencia de sexo entre los contrayentes es un presupuesto de carácter esencial para la celebración de un matrimonio. Tanto en la definición dada por Modestino como en la de Ulpiano, se señala expresamente que se trata de una unión "...entre un hombre y una mujer...". Esto se justifica, porque la finalidad originaria del matrimonio es proveer de hijos a la familia romana. Por tanto, aparece incompatible con esta

⁴⁷ E.F.CAMUS, op. cit. pág 26, pág. 106

⁴⁸ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 337.

concepción el reconocimiento como matrimonio legítimo a las uniones homosexuales, no obstante pudiera darse entre ellos una unión perdurable en el tiempo.

2. Pubertad.

La pubertad es la edad en que el hombre adquiere aptitud para engendrar y la mujer para concebir. Las antiguas costumbres fijaron esta edad en la mujer a los 12 años. Respecto del hombre, el Paterfamilias, en ejercicio de su *Potestas* era quien fijaba esta edad, generalmente a los 17 años⁴⁹. Los impúberes, por definición, no pueden engendrar hijos. Por tanto, no hay matrimonio posible entre ellos, ya que la celebración del matrimonio exige madurez sexual. Sin embargo, la celebración de un matrimonio con impúber, en tanto se cumpla con los demás requisitos, no lo invalida. Este matrimonio queda suspendido en sus efectos y se entiende que comienza a existir con la llegada a la pubertad del cónyuge impúber.

3. Aptitud para la procreación.

La aptitud para la procreación como presupuesto está relacionada con el presupuesto de la pubertad. La pubertad de los cónyuges por sí no garantizan que el matrimonio pueda cumplir con su finalidad de proveer hijos a la familia romana.

Los cónyuges púberes carezcan de aptitud para procrear, cuando alguno de ellos sea impotente o haya sufrido una castración. Respecto de los impotentes, se invalida el matrimonio desde que se prueba esta condición. A su vez, quienes hayan sufrido castración no pueden contraer matrimonio, porque existe la certeza absoluta de su incapacidad generativa.

A su vez, son presupuestos civiles:

1. La ciudadanía romana de al menos el marido.

⁴⁹ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, pág. 85.

La ciudadanía romana o *status civitatis* tiene en las primeras épocas singular importancia para la celebración de un matrimonio legítimo. El derecho romano no reconoce como matrimonio la unión de un ciudadano con un extranjero, a menos que medie una concesión especial⁵⁰. La posterior pérdida de la ciudadanía romana constituye una causal de disolución del matrimonio.

2. La recíproca posesión del *Conubium*.

El *Conubium* es la facultad de poder contraer matrimonio civil. Desde las primeras épocas, la constitución de un legítimo matrimonio presupone la “capacidad de contraerlo”; es decir, una específica forma de capacidad jurídica aplicable al matrimonio.

El contenido del *conubium* como requisito de un matrimonio legítimo no es fácil de determinar, en atención al carácter casuista con que las fuentes lo tratan. Con todo, se puede señalar que es un requisito cuya concurrencia o no se determina en atención a la persona de los contrayentes y la recíproca situación jurídica en que éstos se encuentran. Se trata, entonces, de un requisito relativo, por cuanto estará o no presente respecto de determinadas personas o categorías de personas.

Las fuentes señalan que carecen de *Conubium* los impúberes y los parientes próximos. Tampoco existe capacidad matrimonial entre patricios y plebeyos hasta la *lex Canuleia* del 445 a.C. Asimismo, hay ausencia de *conubium* en las uniones entre ciertos funcionarios del imperio y mujeres oriundas de las provincias donde éstos ejercen sus funciones, ni en la unión entre un senador y una mujer de categoría social inferior. Las uniones entre extranjeros no son reconocidas como matrimonio legítimo hasta la

⁵⁰ JUAN IGLESIAS, op. cit. pág. 15, pág. 523.

Constitutio Antoniniana, de 212 d.C, en atención a que carecen de capacidad matrimonial.

Otras hipótesis de ausencia de *conubium* son tratadas por la doctrina como prohibiciones para contraer matrimonio entre ciudadanos.

2.3.2.2. IMPEDIMENTOS Y PROHIBICIONES.

Un sistema de impedimentos no existe propiamente en derecho romano. Existen ciertas prohibiciones que provienen, algunas de las *mores maiorum* y otras de los miramientos sociales. Estas prohibiciones sociales impedían el matrimonio, pero la convivencia existente eventualmente tendrá cierto reconocimiento como *Concubinatum*⁵¹.

Las prohibiciones de contraer matrimonio provienen de diversas causas y se desarrollan junto con los cambios que se producen en el derecho en las distintas épocas.

En época arcaica, se observa que estaba prohibido el matrimonio entre parientes; entre ingenuos y libertos; y entre patricios y plebeyos. Los impedimentos para el matrimonio entre parientes estaban tan sólo fijados por el derecho sacro. Hasta fines de la república, no existió sanción civil en esta materia. Así, estaba prohibido el matrimonio entre parientes sea por agnación -civil- o por cognación -natural-, colaterales hasta el sexto grado y entre afines en línea recta. La prohibición para el matrimonio entre ingenuos y libertos estaba dada por la costumbre, y la sanción consistía en la reprobación por el censor⁵². Respecto de la prohibición para el matrimonio entre patricios y plebeyos, establecida por el derecho sacro, ésta se mantuvo con posterioridad al establecimiento de la ley de las XII Tablas. No

⁵¹ En este sentido, ALVARO D'ORS, op. cit. pág.4, pág. 230

⁵² En este sentido, M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6 , pág. 86

fue sino hasta el año 309 a.C que a instancias del tribuno Canuleio se suprimió por ley esta prohibición.

En época clásica se observa una mayor definición técnica respecto de esta materia y en el derecho en general. Así, de acuerdo a las fuentes, los impedimentos para el matrimonio pueden ser clasificados como absolutos o relativos, en atención a si impiden el matrimonio válido con cualquier persona – impedimento absoluto - o sólo con ciertas y determinadas personas – impedimento relativo -.

El impedimento para el matrimonio era absoluto para los esclavos y los peregrinos que no gozaran del *Conubium*.

Los impedimentos relativos pueden proceder del parentesco o de la ley. Respecto del parentesco, estaba prohibido el matrimonio en línea recta hasta el infinito, y en línea colateral, hasta el cuarto grado inclusive – no obstante aceptarse en esta época el matrimonio hasta el tercer grado en línea colateral⁵³.

La no observancia de esta prohibición acarrea como sanción que el matrimonio no es válido mientras subsista el impedimento. Si éste desaparece, se valida el matrimonio. Además, si el impedimento dice relación con el parentesco, en virtud de la *lex Iulia de Adulteriis*, podía llegar a la relegación y confiscación de los bienes en el caso del marido, o la confiscación de la dote en el caso de la mujer, específicamente para situaciones constitutivas de incesto.

En época postclásica. los impedimentos se vuelven más rígidos, por cuanto se mantiene la prohibición de matrimonio entre parientes agnados o cognados, y se agregan nuevas prohibiciones, basadas principalmente en la estirpe, como es el caso en que a un romano le estaba prohibido contraer

⁵³ En este sentido, M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 2, pág. 79 y 80.

matrimonio con una bárbara o a un cristiano con una judía y recíprocamente. Asimismo, el matrimonio de un senador con una esclava. La sanción aplicable a estos matrimonios es la de considerarlos nulos, y eventualmente podían llegar a la confiscación de bienes.

2.3.2.3. PERFECCIONAMIENTO.

En época arcaica era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la *manus*, en términos de formar parte de la familia del marido⁵⁴. No obstante, en atención a que la *manus* no era consecuencia directa del matrimonio, ya que en algunos matrimonios ésta no se adquiría, las condiciones exigidas para la formación del matrimonio son el consentimiento de los contrayentes, el cumplimiento de ciertas ceremonias y la conducción de la contrayente a la casa del marido. Cabe señalar sólo el consentimiento de los cónyuges está presente a lo largo de todo el desarrollo del derecho romano, y las otras dos condiciones sólo tienen lugar en época arcaica y carecieron de relevancia jurídica.

2.3.2.3.1. CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES.

El consentimiento de los futuros cónyuges. Como toda manifestación de voluntad, para tener efectos jurídicos ésta ha de ser serio y no simulado y emitido por personas capaces para consentir. Si los contrayentes eran *Sui Iuris*, podían otorgar el consentimiento por sí. En el caso de los *Alieni Iuris* se requiere junto al consentimiento de los novios, el de aquellos que los tienen bajo su potestad⁵⁵. En consecuencia, en caso de que ambos, o alguno de ellos, fuere *Alieni Iuris*, el consentimiento lo prestaba el respectivo

⁵⁴ JUAN IGLESIAS, op. cit. pág. 15, pág. 522.

⁵⁵ D.23, 2, 2.

Pater Familias. Con todo, ya desde época pagana tiende a darse relevancia al consentimiento de los novios⁵⁶.

En época clásica, la manifestación del consentimiento no está sometida a requisitos de forma, y puede ser probada de cualquier manera. No obstante, si uno o ambos contrayentes se encuentran bajo patria potestad, aparte del necesario consenso entre ellos, es requerida la *auctoritas* del respectivo *Paterfamilias* para ser válido⁵⁷. Eventualmente, el consentimiento del padre podía no ser suficiente, por cuanto el marido debía obtener el consentimiento de todos aquellos que pudieran ejercer sobre él la patria potestad después de la muerte del actual *Paterfamilias*. Con todo, la Patria potestad no podía ejercerse arbitrariamente en este asunto, ya que en virtud de una *lex Iulia*, si el jefe de familia negaba injustificadamente su consentimiento, se podía presentar una apelación ante el magistrado.

Finalmente, no era necesario el consentimiento de la madre ni de los ascendientes maternos.

En época postclásica el matrimonio se forma por el consentimiento de los contrayentes. El consentimiento del jefe de familia sigue siendo necesario para la validez del matrimonio de aquellos que se encuentran bajo su potestad. No obstante, se aceptan hipótesis en las que éste no se requiere, como la demencia del padre o la ausencia por más de tres años. Por otro lado, en el caso de la mujer *sui iuris* menor de veinticinco años, ésta no puede contraer matrimonio válido sin el consentimiento del jefe de familia, lo que se entendía necesario para proteger a los contrayentes contra su inexperiencia⁵⁸.

⁵⁶ ALVARO D'ORS, op. cit. pág.4, pág. 87

⁵⁷ En este sentido, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 340 a 341.

⁵⁸ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 3, pág. 246 y 247.

2.3.2.3.2. EL CUMPLIMIENTO DE CIERTAS CEREMONIAS.

El cumplimiento de ciertas ceremonias regidas por la costumbre, entre las cuales se puede señalar el hecho de estrecharse las manos los contrayentes, o bien el ofrecer un sacrificio a los dioses para que éstos resguardaren la fecundidad del matrimonio. Estas ceremonias eran comunes a todos los matrimonios, ya fueran patricios o plebeyos⁵⁹. No obstante, estas ceremonias carecen de valor jurídico respecto del matrimonio celebrado.

En época clásica, se asienta la idea del matrimonio como un acto libre, carente de exigencias formales para otorgarle validez. Se entiende que lo esencial para la existencia de un matrimonio legítimo es el consentimiento de los contrayentes para hacer vida conyugal y fundar una familia.

En época postclásica, las ceremonias religiosas que se usaban en la época arcaica en forma conjunta con el matrimonio son reemplazadas entre los cristianos por la bendición dada por un sacerdote, la cual tampoco tiene relevancia jurídica.

2.3.2.3.3. LA CONDUCCIÓN DE LA CONTRAYENTE A LA CASA DEL MARIDO.

Esta condición tiene su origen en las épocas más primitivas. Tiene por objeto exteriorizar el hecho de que la mujer casada cesa en su sometimiento al *Paterfamilias* de donde proviene e ingresa a la familia de su marido, sometándose además al nuevo culto doméstico. En épocas posteriores esta exigencia es absolutamente irrelevante respecto de la formación del matrimonio.

⁵⁹ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, pág. 84.

2.3.2.4. PRUEBA DEL MATRIMONIO.

En época arcaica no existió una regulación específica respecto a la prueba del matrimonio, por lo que se podía probar de cualquier manera.

Ya en la época clásica inicial se establece un medio oficial de constatar los matrimonios, en virtud del cual el censor hacía que todos los que realizan este acto prestaran el juramento de *Uxóribus*, haciéndolos declarar si tenían la intención de contraer matrimonio legítimo.⁶⁰ No obstante, esto no impide que el matrimonio se pudiera probar de cualquier otra forma.

En época postclásica se facilita la prueba del matrimonio, en el sentido de que a falta de escritura y de testigos, a partir de Teodosio II, se presume por la cohabitación el matrimonio entre personas de igual condición. Luego, bajo Justiniano, bastará para presumir el matrimonio la cohabitación entre personas libres e ingenuas. Con todo, si se trata de personas ilustres se exige la existencia de un contrato; de lo contrario sólo hay concubinato.

2.4. LEGISLACIÓN MATRIMONIAL DE AUGUSTO.

El Emperador Augusto se encontró con un grave problema demográfico, ya que a lo largo de la última época de la república había ido descendiendo el número de nacimientos, lo que significaba menos ciudadanos romanos. Para esa época la población de Italia había disminuído considerablemente a raíz de las guerras civiles. Para dar solución a este problema, Augusto decide legislar respecto del matrimonio, dictando la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* en el año 18

⁶⁰ M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, tomo 2, pág. 81

a.C. y la *Lex Papia Poppaea*, en el 9 a.C., leyes que la jurisprudencia fundió en una sola con el nombre de *Lex Iulia et Papia Poppaea*⁶¹.

Esta ley estableció varias prohibiciones para contraer matrimonio. En virtud de ella quedaron impedidas las nupcias de cualquier ingenuo con mujeres alcahuetas, adúlteras; posiblemente también con aquellas que ejercen *artes lúdicas* y meretrices. También prohibió el matrimonio de los senadores y de sus descendientes por vía de varón hasta el tercer grado, con libertinos o libertinas y con los hijos o hijas de aquellas que ejercen *artes lúdicas*. En caso de contravención, la ley ordenaba que el casado con quebrantamiento de sus prohibiciones se tuviera por no casado para todo cuanto concerniera a la ley.

Junto a estas prohibiciones, la *Lex Iulia et Papia Poppaea* establece el deber de contraer matrimonio para los varones y mujeres que fueran solteros al llegar a los 25 y a los 20 años de edad, respectivamente y el deber subsiste hasta los 60 y 50 años y de tal modo, que incluso es necesario volver a contraer nupcias si es que el anterior matrimonio se disuelve por muerte o divorcio. El objeto de esta ley, como se ha dicho, consiste en inducir al matrimonio mediante el establecimiento de sanciones a quienes permanecían sin contraer matrimonio, denominados célibes⁶². Por otro lado, esta ley se ocupaba también, en su parte Pappia Poppaea, de la situación de las personas que estando casadas, no tenían hijos. Simultáneamente, concedió diversos privilegios a los que concebían varios hijos y estableció penas para los que no los tenían.

⁶¹ MAXIMIANO ERRÁZURIZ EGUIGUREN, op. cit. pág.15, pág. 241

⁶² CARLOS MAYNZ, op.cit. pág. 23, pág. 298.

La *lex Iulia de Adulteris Coercendis*, a su vez, tipificó los crímenes de *Adulterium*, el cual tiene lugar cuando la mujer que interviene en una relación sexual es casada con otra persona, y de *Stuprum*, que tiene lugar cuando los intervinientes en una relación sexual no están unidos por matrimonio entre sí. Sin embargo, para la ley no se comete estupro con ciertas mujeres, como las esclavas, libertinas, meretrices, mujeres de baja condición social fue adúltera o condenada en juicio público⁶³.

Estas sanciones decaen con la llegada de los emperadores cristianos y son abolidas finalmente por Justiniano.

2.5. ROL DE LA VOLUNTAD EN LA FORMACIÓN DEL MATRIMONIO.

Como se ha señalado previamente, la voluntad cumple un rol fundamental en la formación del matrimonio. Esto se manifiesta explícitamente en la exigencia de consentimiento de los cónyuges, o bien de su respectivo *Paterfamilias* si el contrayente es *Alieni Iuris*, al momento de celebrar el matrimonio. En virtud de éste, los contrayentes deben expresar su intención de contraer un matrimonio legítimo.

Un matrimonio celebrado conforme a los presupuestos indicados, en el cual no concurre ningún impedimento ni prohibición, y que se perfecciona conforme se ha señalado, es considerado legítimo.

El requisito esencial para perfeccionar el matrimonio es el consentimiento de los contrayentes, sea que lo otorguen los propios contrayentes, si son *Sui Iuris*, o bien lo haga el respectivo *Paterfamilias*, si alguno de ellos o ambos son *Alieni Iuris*. Sin embargo, corresponde hacer

⁶³ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 342 a 346

ciertas precisiones respecto del consentimiento matrimonial, ya que no fue entendido de igual manera a lo largo de la evolución del derecho romano.

En épocas arcaica y clásica, se entiende que el consentimiento como requisito del matrimonio es un elemento que no sólo ha de estar presente en el momento inicial en que éste se celebra, sino que se trata de un consentimiento que ha de mantenerse en el tiempo. Se trata de un consentimiento continuo y constante de los cónyuges de considerarse respectivamente como tales, lo cual guarda perfecta concordancia con la idea de comunidad de vida que se extrae de las definiciones clásicas de matrimonio ya señaladas.

En otros términos, para que esta comunidad de vida formada por los cónyuges cumpla los requisitos que corresponden al matrimonio, ha de estar presente en ambos cónyuges la conciencia de que la comunidad que integran es un matrimonio legítimo, su intención de realizar vida en común y donde el fin principal de esta unión la consecución de una prole.⁶⁴ La conciencia de ambos cónyuges de que la comunidad que integran es un matrimonio se denomina *Affectio Maritalis*. Este elemento subjetivo consiste, entonces en la intención de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio. La *Affectio Maritalis* es un elemento determinante de la existencia misma del matrimonio. Ésta debe ser continuada y constante, ya que se interrumpe la relación matrimonial cuando cesa la recíproca intención de ser marido y mujer; es decir, desde que cesa la *Affectio Maritalis*.

Como el matrimonio es una entidad jurídica cuya existencia o no repercute en el contexto social, la existencia de este elemento subjetivo ha

⁶⁴ MAX KASER, op. cit. pág. 28, pág. 257

de exteriorizarse. La *affectio maritalis* no tendría sentido ni social ni jurídico si no se exterioriza.

La exteriorización de la *affectio maritalis* estaría dada por el *honor matrimonii* o por la *deductio in domum*. En este punto la doctrina no es conteste. Algunos autores, como Volterra, sostienen que la *affectio maritalis* sólo tiene relevancia jurídica si se concretiza en el Honor Matrimonii; esto es, en la consideración social de la existencia del matrimonio como vínculo permanente y estable, lo que se materializa en los derechos y deberes morales inherentes y recíprocos que los cónyuges deben guardarse como tales. Otros, como Levy, opinan que es necesaria la *deductio in domum*; esto es, la efectiva convivencia y cohabitación de los cónyuges para exteriorizar la *affectio maritalis*, que se exterioriza con la entrada de la mujer a la casa del marido.⁶⁵

Posteriormente, en época postclásica, tiene lugar un cambio radical respecto de la concepción del consentimiento matrimonial. La influencia de los derechos orientales y la adopción del Cristianismo como religión del Imperio influyen en la regulación del matrimonio. La antigua doctrina del consentimiento continuo o *affectio Maritalis* es sustituida a partir del siglo IVd.C. por la idea del consentimiento inicial.

El derecho postclásico entiende que el matrimonio surge del consentimiento inicial de los cónyuges. Ello basta para la vigencia del matrimonio, aún cuando cese entre los cónyuges la *affectio maritalis*. El matrimonio se entenderá vigente hasta que no concurra una nueva manifestación de voluntad, expresa, tendiente a poner fin al matrimonio.

⁶⁵ En este sentido, MARÍA ISABEL NUÑEZ PAZ, op. cit. pág. 24, pág. 58

La justificación de esta nueva concepción se encuentra en las políticas imperiales tendientes a disminuir el número de divorcios que se verificaban en aquella época. Esto, ya que la idea del consentimiento inicial suficiente para la vigencia del matrimonio limita las posibilidades de poner término al matrimonio; específicamente en el caso del divorcio unilateral. La legislación de la época establece un sistema de justas causas de divorcio para poner fin a un matrimonio vigente, en que sólo en virtud de aquellas se podía disolver el vínculo matrimonial.

Finalmente, respecto del rol de la voluntad en el caso de los esponsales, tanto para su celebración como para su disolución se aplican, en términos generales, los mismos principios que en el caso del matrimonio.

CAPÍTULO III.

CONVENTIO IN MANUS.

Suele señalarse que existieron en Roma dos clases de matrimonio: el matrimonio *cum manus* y el matrimonio *sine manus*. Algunos autores, incluso, confunden las formas de constituir la manus en el derecho antiguo, con las formas de constituir el matrimonio⁶⁶.

Es probable que en la época arcaica fuere poco frecuente la celebración de matrimonios *sine manus*, especialmente si se considera el rol que cumple la familia en este período. No obstante, la escasa ocurrencia o no de la celebración conjunta del matrimonio y la constitución de la manus es irrelevante para efectos de su análisis.

La *conventio in manus* es un acto jurídico autónomo que podía o no tener lugar junto con la celebración del matrimonio. En consecuencia, el matrimonio es uno sólo. La constitución o no de la manus sobre la mujer en forma conjunta con el matrimonio no altera los presupuestos, ni el perfeccionamiento, ni la disolución del matrimonio.

3.1. ANTECEDENTES.

La manus es un poder jurídico. Es la específica denominación que recibe la Potestas del paterfamilias, cuando ésta recae sobre la mujer casada. Este poder implicaba una total sumisión al paterfamilias, el cual podía ser el marido, si éste era Sui iuris, o bien el paterfamilias de éste, en

⁶⁶ En este sentido, RUDOLF VON IHERING, op. cit. pág. 16, pág. 215.

caso de ser *Alieni Iuris*, caso en el cual debía esperar a la muerte del ascendiente para sucederle en la jefatura marital⁶⁷.

Utilizando la terminología tradicional, se pueden identificar, a lo largo de los distintos períodos históricos del derecho romano, dos formas distintas de celebrar el matrimonio. Una primera forma, denominada “matrimonio cum manus”, en virtud de la cual junto con la celebración del matrimonio se realizaban ciertos rituales que tenían por objeto constituir el sometimiento de la mujer a la potestas del *Paterfamilias* de la familia a la cual ella accedía. Una segunda forma de celebrar el matrimonio, denominada “matrimonio sine manus”, prescinde del sometimiento de la mujer a la manus maritalis, por lo que ella permanece en el estado en que se encontraba antes del matrimonio; es decir, como *Sui* o *Alieni Iuris*, según lo fuere previamente.

El matrimonio cum manus tiene su origen en la época arcaica. En época clásica jurídicamente coexisten ambas formas de celebrar el matrimonio, pero la constitución de la manus ya estaba cayendo en desuso. Finalmente, en época postclásica subsiste sólo el matrimonio sine manus.

Si bien la institución de la manus maritalis existe con absoluta independencia del matrimonio, ambas suelen estar relacionados, en atención a la trascendencia que la manus tenía en el orden familiar. La relación que ambas instituciones tienen surge del hecho de que la manus tiene como presupuesto la existencia de un matrimonio válido. Ambas instituciones comparten, la necesidad del requisito del consentimiento y es probable que ambos actos se hayan practicado en forma coetánea. No obstante, en uno y otro caso la voluntad es distinta; en el matrimonio, la mujer concurre con su voluntad para convertirse en *Uxor* en un matrimonio

⁶⁷ En este sentido, E.F.CAMUS, op. cit. pág 26, pág. 105 y ss.

legítimo. Por su parte, en la *conventio in manus*, la mujer consiente en su entrada al nuevo círculo familiar y someterse al *Paterfamilias* de esa familia.

En época arcaica, el carácter político y la rigidez en cuanto a la constitución de la familia, hacen necesario que la mujer que se casaba con uno de sus miembros se integrase a la familia del marido, y quedara sometida poder del paterfamilias.

En época clásica cambia la concepción de la familia. Ésta pasa a cumplir una función de orden más bien doméstico, por lo que se hace innecesario que la mujer cambiara su parentesco original para pasar a integrar la familia del marido. Las costumbres sociales de la época determinan que el matrimonio se lleve a cabo sin constituir la manus, por lo que esta institución cae en desuso.

En época postclásica la institución de la manus pierde su fundamento y es definitivamente abolida. Adicionalmente se puede señalar que la institución de la manus no se arraigó en las provincias orientales del imperio.

3.2. CONSTITUCIÓN DE LA MANUS.

Conforme las disposiciones del derecho arcaico, que a su vez provienen de las *Mores Maiorum*, se pueden señalar tres formas para adquirir la manus sobre la mujer; cuales son la *Confarreatio*, la *Coemptio* y el *Usus*.

La *confarreatio* es una ceremonia compleja, que se celebra al iniciarse el matrimonio, con el objeto de constituir la manus sobre la mujer. Esta ceremonia tiene tanto un carácter religioso como civil. Respecto de su carácter religioso, busca obtener el consentimiento de los dioses para prevenir los inconvenientes que podían resultar de de la confusión de sangre y de cultos, por cuanto la mujer quedaba separada del culto de su *gens* y

entraba a formar parte del de la *gens* del marido. A su vez, el carácter civil se manifiesta en el efecto jurídico de someter a la mujer a la manus del Pater de la familia a la que ella accede.

Su nombre proviene del hecho de ofrecerse en ella, en un acto solemne, el sacrificio de un pan de trigo al dios Júpiter, pronunciando ciertas palabras sacramentales en presencia de diez testigos y del *Flamen Dialis* o sacerdote de Júpiter.

Es probable que esta forma de *conventio in manum* fuera propia de los patricios, desarrollada por la aristocracia con el objeto de conservar puros los linajes nobles. Desde los inicios y de época arcaica y todavía en la época clásica era necesario haber nacido en un matrimonio celebrado con *confarreatio* para entrar en los sacerdocios superiores.

Ya en el período clásico tardío, en tiempos del emperador Tiberio, se suprime su eficacia civil, quedando sólo como una institución religiosa.⁶⁸

La *Coemptio* consiste en una venta simbólica de la mujer utilizando las formalidades de la *Mancipatio*. Esencialmente consiste en un acto en que el marido aparece pagando un precio simbólico por la mujer, en presencia de cinco testigos y un *libripens*, donde se pronunciaban ciertas palabras sacramentales, en virtud del cual la mujer quedaba sometida a la manus del que aparecía como comprador, si era *sui iuris*, o su respectivo Paterfamilias, si era *Alieni iuris*. Por regla general tiene lugar conjuntamente con la celebración del matrimonio.

El *Usus* es una palabra arcaica, de alcance general, para designar el ejercicio de hecho de cualquier poder jurídico sobre cosas y personas con apariencia de titularidad. En este caso se trata del ejercicio de hecho con

⁶⁸ E.F.CAMUS, op. cit. pág 26, pág 109 y ss.

aparición de titularidad, del poder de la manus⁶⁹. Esencialmente se trata de la aplicación de las reglas de la *usucapion* o prescripción adquisitiva a las relaciones de familia.

El *usus* consiste en la adquisición de la manus sobre la mujer mediante la convivencia continuada durante un año, según las XII Tablas.

En sus orígenes la adquisición de la manus por *usus* fue el remedio a una *coemptio* ineficaz. En un momento posterior se aplicó la figura a los matrimonios contraídos no ya con *coemptio* carente de efecto y por ende sin manus, sino como modo normal previsto por el derecho para adquirir la manus maritalis.

La mujer, no obstante, puede interrumpir el plazo y evitar su sometimiento a la manus de su marido, si permanece durante tres noches cada año fuera de la casa de aquél, denominado *trinoctium*.

En época imperial la adquisición de la manus por *usus* desapareció, derogada en parte por leyes y en parte por el desuso.

3.3. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA MANUS.

El efecto fundamental de la *conventio in manus* es el de desvincular a la mujer de la familia de origen y hacerla ingresar a la familia del marido. Este ingreso será en el lugar de hija del marido *Sui iuris*; o bien de nieta, si el marido es *Alieni iuris*, caso en el que la manus recae en su propio *Paterfamilias*. Eventualmente la podía adquirir el marido posteriormente, sea por la muerte de su *Paterfamilias* o bien emancipándose.

Los efectos de la manus varían de acuerdo a si el hombre o la mujer que la establecen son ambos *sui iuris*, o bien alguno de ellos se encuentra bajo la potestad de un *Paterfamilias*.

⁶⁹ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 351 y ss.

Así, si ambos contrayentes son *Sui Iuris*, la mujer queda en calidad de *Alieni Iuris* de su marido, quien se convierte en su *Paterfamilias*. En consecuencia, el marido tiene un poder pleno que comprende el derecho de vida y muerte sobre la mujer. En materia de bienes, la *uxor in manu* carece de capacidad patrimonial, de manera que todo lo que ella pudiera adquirir incrementa el patrimonio del *paterfamilias*. En cualquier caso, la mujer deja de pertenecer a su familia agnaticia, en donde pierde sus expectativas sucesorias, e ingresa en la de su marido "en el lugar de una hija"; esto es, como hermana de sus actuales o potenciales hijos, ganando expectativas sucesorias en su nueva familia. Si era *Sui Iuris*, sus bienes y créditos pasan al marido y se extinguen sus deudas. No obstante, el pretor da contra la mujer y a favor su acreedor una acción en virtud de la cual éste puede cobrar al marido las deudas extinguidas.

Si el marido es *sui iuris* y la mujer *alieni iuris*, ésta deja de estar sometida a la patria potestad de su *paterfamilias* y queda sujeta a la manus de su marido.

Si el marido es *alieni iuris* y la mujer es *sui iuris*, ingresa a la familia en calidad de nieta del *Paterfamilias* de su marido.

Finalmente, si ambos son *alieni iuris*, la mujer queda sometida a la potestad del *Paterfamilias* de su marido, en los términos ya indicados.

3.4. DISOLUCIÓN DE LA MANUS.

La manus podía extinguirse de por distintos modos. Las hipótesis en virtud de las cuales se extingue la manus sobre la mujer casada toman en consideración distintas variables, como son la calidad de *sui* o *alieni iuris* del marido o bien el acto por el cual se contrajo la manus.

Como se dijo anteriormente, la manus y el matrimonio son instituciones independientes, por lo que la disolución del matrimonio no necesariamente conlleva la disolución de la manus, y viceversa. No obstante, también se señaló en su oportunidad que estas instituciones están relacionadas, por lo que de igual forma existen hipótesis en las que se disuelve tanto el matrimonio como la manus.

La manus se disuelve, en primer lugar, por la muerte del marido *sui iuris*. La muerte disuelve el matrimonio, y consecuentemente la manus, ya que ésta supone un matrimonio legítimo, quedando la mujer en calidad de *sui iuris*.

Si el marido es *alieni iuris*, su muerte no libera a la mujer de la manus, porque ésta la tiene el *paterfamilias* del marido. No obstante, la muerte de *paterfamilias* del marido *alieni iuris* hace que la manus sobre la mujer la adquiera la persona intermedia que sobrevive al difunto.

Se disuelve también la manus en virtud de la caída del *paterfamilias* en *Capitis Deminutio*, sea ésta máxima, media o mínima. Si el *paterfamilias* cae en *Capitis deminutio Máxima*; esto es, la pérdida de su libertad, sea porque cae en esclavitud o es condenado a muerte, se extingue la manus y el matrimonio. Si ello acaeció por cautividad, el retorno del cautivo a Roma hace revivir la manus en virtud del *postliminium*, pero no el matrimonio. En tal hipótesis, por ende, nos encontramos ante una manus sin matrimonio. A su vez, si cae en *Capitis Deminutio Media* o pérdida de la ciudadanía, se extingue la manus ya que ésta sólo puede ser ejercida por o sobre ciudadanos romanos. Finalmente, si se produce sobre el *Paterfamilias* una *Capitis Deminutio Mínima*, la manus, si bien no se extingue, puede hacerla cambiar de titular: por su adrogación, ella pasa al *pater adrogante*, y por su emancipación, se traslada del *Paterfamilias* emancipante al marido mismo.

Por último, la manus se extingue en virtud de un acto voluntario del marido, verificado en forma contraria al acto que constituyó la manus. En consecuencia, si la manus había sido adquirida mediante la *confarreatio*, se puede extinguir aquélla a través de un acto solemne similar denominado *difarreatio*. A su vez, si la manus se adquirió en virtud de una *Coemptio*, la manus se extingue en virtud de una *remancipatio* de la mujer que hace su marido en favor del que había sido pater de aquélla o de un tercero de confianza. En este caso, la mujer sólo cambia de familia, pero no adquiere la calidad de *sui iuris*. Por ello, usualmente era liberada enseguida a través de una *manumissio*. En época clásica, cuando tiene lugar un divorcio, la mujer puede exigir su liberación por este medio.

3.5. ROL DE LA VOLUNTAD EN LA CONVENTIO IN MANUS.

Como se ha señalado, en virtud de la *conventio in manus* la mujer queda incorporada a una nueva familia agnaticia, en calidad de hija, si el marido era *sui iuris*, o de nieta, si éste era *alieni iuris*. La *conventio in manus* era un acto jurídico celebrado exclusivamente entre privados. En su constitución debía concurrir necesariamente su voluntad, con independencia de su calidad de *Sui* o *Alieni Iuris*, como causa de este acto jurídico.

La voluntad de la mujer en atención a consentir en su sometimiento a la constitución de la manus maritalis se ve reflejada en las diversas formas de constitución de la manus ya señaladas. Así, tanto en la *confarreatio* como en la *coemptio* la voluntad de la mujer actúa como causa de estos actos jurídicos. En el caso del *Usus*, la voluntad de la mujer se manifiesta en su facultad para evitar la constitución de la manus en virtud del *Trinoctium*; es

decir, interrumpiendo o no la cohabitación que da lugar al sometimiento de aquella a la *manus maritalis*⁷⁰.

Así como se requiere de un acto voluntario, si bien solemne, para constituir la *manus maritalis*, del mismo modo queda reflejado que basta ejecutar el acto inverso al que constituyó la *manus* para dejarla sin efecto.

⁷⁰ MARÍA ISABEL NUÑEZ PAZ, op. cit. pág. 24, pág. 19 y ss.

CAPÍTULO IV.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio celebrado conforme a las normas del derecho civil romano produce efectos tanto respecto de los propios contrayentes como respecto de los hijos. En cuanto a los efectos entre los contrayentes, habrá efectos que recaen sobre la persona misma de los contrayentes y otros que recaen sobre los bienes de aquellos. Además, el matrimonio legítimo genera efectos jurídicos respecto de los hijos concebidos durante su vigencia. Estos efectos son principalmente la filiación legítima y la patria potestad.

4.1. EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS CONTRAYENTES.

Consisten en los efectos que se producen entre los cónyuges, sea de carácter personal o patrimonial, como también las relaciones con los hijos habidos en el matrimonio legítimo.

4.1.1. DEBERES Y OBLIGACIONES RECÍPROCOS ENTRE LOS CÓNYUGES.

Los cónyuges pasan a denominarse VIR – el marido - y UXOR – la mujer - y deben guardarse fe recíprocamente. El marido debe protección y proveer a los gastos de la mujer. La mujer debe obediencia al marido; La mujer participa de la misma condición social de su marido respecto de los honores y dignidades de éste. La mujer toma el domicilio del marido.

El matrimonio romano es monogámico, por lo que el adulterio está sancionado. Sin embargo, El adulterio de la mujer se sanciona con mayor

severidad que el del hombre, ya que con ello puede ingresar a la familia hijos de sangre extraña en la familia⁷¹.

La existencia de deberes y obligaciones recíprocas entre los cónyuges se manifiesta en la improcedencia de entablarse mutuamente algunas acciones como la de hurto; que algunos negocios tengan como presupuesto el matrimonio, como la dote, y a que otros negocios no puedan tener lugar entre cónyuges, como la donación; a la exención recíproca del deber de testificar; a la legitimación que adquiere el marido para ejercer ciertas acciones contra terceros, como la acción de injurias por ofensas proferidas contra su mujer, entre otros⁷².

Para establecer en qué medida se produce un cambio en la situación de la mujer, es necesario previamente distinguir si el matrimonio, fue "cum manus" o "sine manus". Así, si el matrimonio se celebró "cum manus", la mujer, sale de su familia civil e ingresa en la de su marido. El marido adquiere sobre la mujer la misma potestad de un padre sobre una hija. Con todo, si el marido es "alieni iuris", dicha potestad se ejerce por el respectivo Paterfamilias. Si el Matrimonio se celebró "sine manus", el matrimonio no modifica por sí solo la condición de la mujer ni hace ingresar a la mujer a la familia agnaticia de su marido.

Por tanto, cuando es sine manus la mujer conserva la misma calidad que tenía antes del matrimonio, tanto cuando es sui iuris como cuando está sometida a la autoridad de su jefe de familia⁷³.

Con todo, en ambos casos el marido tuvo siempre un poder disciplinario y una jurisdicción penal sobre la mujer cuando ésta faltaba a sus deberes.

⁷¹ En este sentido, ALDO TOPACIO FERRETI, Derecho Romano, editora Latinoclásica, Valparaíso, 1992, pág 436 y ss.

⁷² En este sentido, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit. pág. 8, pág. 341 y ss.

⁷³ MAXIMIANO ERRÁZURIZ EGUIGUREN, op. cit. pág 15, págs 228 a 232.

4.1.2. EFECTOS RESPECTO LOS BIENES DE LOS CONTRAYENTES.

Los efectos respecto de los bienes de los contrayentes están supeditados al régimen patrimonial que rige al matrimonio.

Los Regímenes Patrimoniales del matrimonio pueden definirse como los estatutos jurídicos que regulan los intereses de orden patrimonial de los cónyuges. A lo largo de la evolución del derecho romano, se observa el surgimiento de tres regímenes de bienes: uno de traspaso o desplazamiento de los bienes de la mujer al marido, el cual tenía lugar en los matrimonios celebrados cum manus; otro de separación de bienes, presente en los matrimonios celebrados sine manus; y en tercer término, el régimen dotal, que aparece en el período postclásico.

A continuación se procede al análisis de los regímenes patrimoniales del matrimonio en particular.

4.1.2.1. RÉGIMEN DE ABSORCIÓN DE LOS BIENES POR EL MARIDO.

Tiene lugar en los matrimonios celebrados cum manus.

En tiempos primitivos, todo el patrimonio de la mujer que contrae un matrimonio legítimo ingresaba al patrimonio del marido o a en el de su respectivo paterfamilias, si el marido es alieni iuris. Este traspaso patrimonial se explica porque la mujer, en virtud del matrimonio cum manus, deviene en alieni iuris; esto es, sufre una *capitis deminutio mínima*.

Al marido también pertenece todo cuanto adquiriera la mujer durante el matrimonio, sea por donación, por herencia o fruto su propio trabajo⁷⁴. Además, en virtud de la *capitis deminutio* sufrida, las deudas que tiene la

⁷⁴ DANIEL ANTOKOLETZ, op. cit. pág. 15, pág. 150

mujer al momento de contraer matrimonio se extinguían, con excepción de las obligaciones procedentes de herencia, delito o depósito⁷⁵.

La mujer tiene derechos hereditarios en la sucesión de su marido como agnada en línea recta de primer grado, en virtud de su posición “como hija” de su marido.

La configuración interna de este régimen patrimonial del matrimonio se vio en forma pormenorizada en el capítulo III del presente trabajo.

4.1.2.2. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Tiene lugar en los matrimonios celebrados sine manus. En esta clase de matrimonios, cada cónyuge mantiene la situación patrimonial que tenía antes del matrimonio. En consecuencia, en el supuesto que la mujer sea sui iuris; opera un verdadero régimen de separación de bienes, es decir, los conserva en su haber propio y tiene la libre administración de éstos, ya que si la mujer era alieni iuris, carecía de bienes. También ingresan al patrimonio de la mujer los bienes que ella adquiriera durante la vigencia del matrimonio, sea a título gratuito u oneroso.

Tratándose de las adquisiciones hechas durante el matrimonio, la mujer debe tomar todas las precauciones para desvirtuar la “presunción muciana”, en virtud de la cual toda adquisición hecha durante el matrimonio se reputa pertenecer al marido. Respecto de sus bienes, la mujer tiene la libre administración de éstos y puede disponer de ellos de la misma forma que lo hacía antes de casarse. A su vez, las deudas contraídas por la mujer se hacen efectivas de su patrimonio.

La mujer puede confiar a su marido la administración de sus bienes propios, denominados *bienes parafernales*; esto es, aquellos bienes propios

⁷⁵ FELIPE SERAFINI, Instituciones de Derecho Romano, Hijos de J. Espasa, Barcelona, 1927, pág 287

de la mujer cuya administración esta confiada a su marido, como también de aquellos que adquiriera durante el matrimonio. El marido administra estos bienes según instrucciones de su mujer y se rige por las reglas generales del mandato, Más aún, el marido está facultado incluso para cobrar los créditos *parafernales*. Disuelto el matrimonio, el marido esta obligado a la restitución de los bienes parafernales. Para estos efectos, la mujer dispone de la *actio reivindicatio*, en atención a si los bienes fueron entregados al marido para que éste adquiriese la propiedad, o bien de la acción correspondiente a la particular relación contractual en virtud de la cual el marido administra dichos bienes; principalmente el mandato o el depósito.

Por una constitución de Teodosio y Valentiniano se ordena que el marido no tenga comunidad en los bienes parafernales cuando no lo consienta la mujer, ni que tampoco le imponga a ésta ninguna obligación. La jurisprudencia entiende que los bienes parafernales son una contribución necesaria para solventar los gastos del matrimonio⁷⁶.

En el matrimonio sine manus las donaciones entre cónyuges están prohibidas⁷⁷. Esta prohibición trata de impedir el enriquecimiento de una familia a costa de la otra, y rige no sólo para los cónyuges sino también para los miembros de una y otra comunidad doméstica.

En los tiempos más arcaicos, la mujer casada sine manus no tiene derechos en la sucesión de su marido. Posteriormente, el pretor concedió derechos sucesorios a ambos cónyuges, a falta de otro heredero de mejor derecho.

Cabe recordar que en la celebración del matrimonio sine manus existe la obligación del marido de alimentar a la mujer y soportar los gastos de mantenimiento de la casa.

⁷⁶ JUAN IGLESIAS, op. cit. pág. 15, pág. 538.

⁷⁷ ALDO TOPACIO FERRETI, ob.cit. pág. 54, pág. 436.

4.1.2.3. RÉGIMEN DOTAL.

Este régimen patrimonial del matrimonio se configura en virtud de un acto jurídico anexo al matrimonio que se denomina Dote, el cual comprende un conjunto de bienes que le son otorgados al marido por la mujer o a nombre de ella para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio.

El concepto de dote evoluciona a lo largo del desarrollo del derecho romano, conforme van cambiando las costumbres sociales cuya influencia va modificando los principios y normas que rigen el matrimonio.

La dote no se concibe sin un matrimonio que la justifique. En la época más arcaica, cuando prevalecía el régimen de la manus, probablemente no existió, ya que aparece como incompatible con el régimen de la manus. Posteriormente, cuando se generalizan los matrimonios sine manus, tiene lugar la determinación jurídica precisa de la dote.

La dote se instaura principalmente porque parecía justo que la mujer contribuyera a los gastos de la casa y a la mantención y educación de los hijos⁷⁸. No había problema cuando la mujer era *sui iuris* y tenía patrimonio propio: si se casaba *cum manus*, sus bienes ingresaban al patrimonio del marido y formaban una especie de dote, en sentido amplio. Pero la situación era distinta cuando la mujer era *alieni iuris* pues, en tal caso, no tenía fortuna personal. Si la mujer era *sui iuris* y el matrimonio se celebró *sine manus*, ella conservaba el dominio de los bienes no comprendidos en la dote.

Este régimen matrimonial reemplazó completamente, bajo el Imperio, a la *manus*, que cayó en desuso.

Respecto de su contenido, la dote puede consistir en cualquier forma patrimonial, es decir, puede consistir en dinero, en fincas, en muebles, en esclavos, en créditos, en cesión de deudas u otro tipo de bien.

⁷⁸ FELIPE SERAFINI, op. cit. pág. 56, págs. 294 y 295

En un comienzo los bienes dotales eran adquiridos por el marido de un modo definitivo. Con posterioridad se estableció que el marido adquiriría el dominio temporal de los bienes dotales y que debían ser restituidos a la mujer una vez disuelto el matrimonio.

A fin de evitar que el marido se quedara con la dote y la mujer no pudiera subsistir sola, se estableció que en caso de divorcio el marido devolvería una parte o el total de la dote a su mujer.

Posteriormente, la mujer tuvo una acción para el evento de que una vez producido el divorcio, el marido se negaba a devolverle la dote. Esta acción se denominó *actio rei uxoriae* y la deducía la mujer contra su ex marido.

Finalmente, sólo en la época de Justiniano puede afirmarse existe un verdadero deber jurídico de dotar, el cual corresponde al padre, y en su defecto a la madre.

4.1.2.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA DOTE.

En la evolución histórica del derecho romano se observan diversas formas de constitución de la dote.

La dote debe constituirse mediante acto especial. Desde el punto de vista de quién constituye la dote, ésta puede ser *profecticia* o *adventicia*. Se denomina Dote *profecticia*, la que constituye el padre o un ascendiente paterno de la mujer; y Dote *adventicia*: la constituida por la mujer misma o un tercero que no sea el padre o un ascendiente paterno de la mujer. Si el tercero se reservaba la restitución de la dote para el caso de disolución del matrimonio, la dote se denominaba *recepticia*.

A su vez, desde el punto de vista de la obligatoriedad de constituir la dote, ésta puede ser necesaria o voluntaria. Dote *Necesaria* era la

constituida por quien estaba obligado a dotar. A partir de Caracalla, la constitución de la dote se convirtió, para los ascendientes de la hija *sui iuris* o bajo potestad, en una obligación sancionada por el derecho civil en caso de que la mujer careciera de bienes propios. Por su parte, se denominaba dote *voluntaria* a la constituida por quien no estaba obligado a dotar.

4.1.2.3.2. FORMAS DE CONSTITUIR LA DOTE.

La dote podía constituirse por acto entre vivos o por causa de muerte.

Por acto entre vivos la dote se podía constituir originariamente de tres formas. En primer lugar, la *Datio dotis*, que consiste en la entrega formal de los bienes dotales al marido, ya sea por mancipatio, por in iure cessio, o bien por tradición y subsiguiente usucapión. También podía adoptarse la forma de la *Dotis dictio*, que consiste en una simple promesa de constituir la dote y entregar los bienes dotales, la cual tiene los mismos efectos que una estipulación. Finalmente, la *Promissio dotis*, que consiste en una promesa en forma de estipulación, la cual constituía jurídicamente la dote.

Posteriormente sólo se conoció la *Datio Dotis* y la *Promissio dotis*, pudiendo esta última otorgarse de cualquier modo, sin necesidad de forma especial⁷⁹. En el siglo tercero Teodosio II y Valentiniano III dan pleno valor obligatorio a la *promissio dotis* la que queda sancionada con una *condictio ex lege*.

Por causa de muerte, la dote se constituye mediante un legado hecho a la mujer o al marido para que fuese destinado a dote.

Como quiera que se constituya la dote, sus efectos quedan supeditados a la existencia del matrimonio, porque si no carece de objeto.

⁷⁹ FELIPE SERAFINI, op. cit. pág. 56, pág. 297

4.1.2.3.3. DOTE DURANTE EL MATRIMONIO.

El marido adquiere el dominio de los bienes dotales; es decir tiene el uso, goce, y la libre disposición de los mismos, en atención a que la dote estaba destinada a colaborar a solventar los gastos de las cargas de la familia. Sin embargo, como pesa sobre el marido una eventual obligación de restituir estos bienes esta sujeto a ciertas limitaciones. Por ejemplo, al marido le está prohibido enajenar o hipotecar fundos itálicos que estén comprendidos en la dote, con excepción de aquellos que fueron aportados con estimación de su valor.

Como el marido se encuentra obligado a restituir en especie las cosas individualmente determinadas que ha recibido, debe emplear al misma diligencia que emplea con sus propios negocios; es decir, responde no sólo del dolo sino de la culpa grave y de la leve in abstracto.

4.1.2.3.4 RESTITUCIÓN DE LA DOTE.

Una vez disuelto el matrimonio, la dote debe ser restituida. La "acción de restitución de la dote" se configura al final de la República por la jurisprudencia⁸⁰. Para el análisis de la restitución de la dote se deben distinguir dos hipótesis, en atención a la causal de la cual deriva la restitución.

Así, si la dote ha de restituirse por muerte de la mujer, el constituyente de la dote adventicia o sus herederos puede reclamar la restitución de la dote empleando al efecto la *actio rei uxoria*. Si se trata de una dote Profecticia solo el constituyente puede reclamar la restitución si sobrevivía a la mujer. Si hubiese muerto antes que la mujer, la dote quedaba de manera definitiva para el marido.

⁸⁰ ALDO TOPACIO FERRETI, op. cit. pág 54, pág 437.

Si la dote debe restituirse, sea por la muerte del marido o por divorcio, la mujer cuenta con la *actio rei uxoria* para solicitar la devolución o restitución de la dote.

En el caso específico del divorcio, el marido la restituir la dote tiene ciertos derechos o beneficios, como el beneficio de competencia, en virtud del cual no puede ser obligado a pagar más de lo que buenamente pueda, conservando lo necesario para una modesta subsistencia de acuerdo a su rango y condición. Otro beneficio para el marido que debe restituir la dote consiste en el derecho a conservar una parte de la dote, si el divorcio se produjo por culpa o adulterio de mujer. Además tiene derecho a conservar una porción de la dote por cada hijo habido.

Justiniano introdujo algunas modificaciones suprimiendo la *actio rei uxoriae* para que el constituyente pudiera recuperar la dote y otorgó, en su lugar, una *aetio ex stipulatio*, aún cuando en la constitución de la dote no hubiese mediado ninguna *stipulatio*. Más tarde esta acción se llamó *actio dotis*.⁸¹

4.1.2.4. DONACIONES MATRIMONIALES.

Las donaciones entre cónyuges desde época arcaica se encuentran prohibidas. La justificación a la prohibición de efectuar donaciones entre los cónyuges se encuentra en que por este medio podría uno de los cónyuges forzar al otro a realizar donaciones en su favor, despojándolo así de sus bienes fortuna⁸².

No obstante, la jurisprudencia entendió que esta prohibición tenía lugar una vez celebrado el matrimonio, pero que nada impedía a la validez de éstas, si se convenían con anterioridad a la celebración del matrimonio.

⁸¹ ALDO TOPACIO FERRETI, op. cit. pág 54, pág 437.

⁸² En este sentido, MIGUEL ANGEL RIZZI, op. cit. pág 16, pág. 190.

La donación matrimonial consiste, entonces, en una donación hecha o prometida por el futuro marido a la mujer, cuya validez jurídica depende de la posterior celebración y subsistencia del matrimonio. Por ello también se les denominó donativos esponsalicios⁸³.

A partir de la época de Constantino, en época postclásica, esta institución comienza a ser regulada jurídicamente. En un primer momento, se permitió aumentar el monto original de la donación una vez vigente el matrimonio. Luego, en el siglo IV se configura el negocio como un tipo especial de donación, a la que se exime del trámite de la insinuación, que es propio de la donación ordinaria. Finalmente, Justiniano autoriza expresamente el otorgamiento de donaciones entre los cónyuges, en tanto sean por causa del matrimonio.

Las donaciones por causa del matrimonio del derecho postclásico están destinadas a constituir una reserva en favor de la mujer y de los hijos una vez disuelto el matrimonio. Se le considera una forma de “contradote”, y está sometida a las normas reguladoras de la dote. Así, de igual forma como el padre de la mujer se encuentra en esta época obligado a dotar, el marido se encuentra obligado a efectuar la donación matrimonial.

Una vez disuelto el matrimonio, pueden presentarse diversas hipótesis respecto del destino de las donaciones matrimoniales. En caso de muerte del marido y de divorcio sin culpa, la mujer retiene la donación; con todo, si tiene hijos, a ellos corresponde la propiedad de los bienes que constituyen la donación, y a la mujer corresponde sólo derecho de usufructo. Si muere la mujer, se da una regulación semejante a la expuesta, relativamente al marido y a los hijos.

⁸³ En este sentido, MAX KASER, op. cit. pág.28, pág. 274

4.2. EFECTOS RESPECTO DE LOS HIJOS.

Los efectos que produce el matrimonio respecto de los hijos son la Filiación Legítima y la Patria Potestad.

Se llama Filiación Legítima al vínculo de familia que une a un hijo concebido en matrimonio legítimo de sus padres; con ellos. La calidad de legítimo de un hijo se otorga a los hijos concebidos en el matrimonio. Respecto de ellos, se presume la legitimidad si nacen después de los ciento ochenta y un días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los diez meses de su disolución⁸⁴.

Se le llama Patria Potestad al conjunto de derechos que tenía el padre sobre la persona y bienes de sus hijos⁸⁵. Respecto del padre, Están bajo su potestad de o la del abuelo paterno, si el padre es *alieni iuris*. Forman parte de la familia civil del padre, como agnados, y toman también su nombre y condición social. En cambio, entre los hijos y su madre sólo hay parentesco de sangre, natural o de cognación en primer grado.

4.3. ROL DE LA VOLUNTAD EN LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO.

En cuanto a los efectos del matrimonio, el rol de la voluntad se manifiesta especialmente en lo relativo a los efectos patrimoniales del mismo. Los cónyuges determinan el régimen patrimonial de bienes que adoptará el matrimonio durante su vigencia. En cuanto a la determinación de los efectos del matrimonio, la voluntad aparece en dos momentos. En primer lugar, cuando los contrayentes determinan si el matrimonio se celebra cum manus o sine manus, ya que esto implica optar por un matrimonio que tenga

⁸⁴ SANTIAGO LAZO, Curso de Derecho Romano En Su Desarrollo Histórico, Imprenta Cervantes, Santiago, 1912, segunda edición, pág.60.

⁸⁵ MAXIMIANO ERRÁZURIZ EGUIGUREN, ob. cit. pág.14, pág. 233 y 234

un régimen de absorción de los bienes de la mujer por el marido, o por un régimen de separación de bienes. Si bien en época arcaica no se dio esta opción, ya en época clásica se puede decir que optaban por alguno de los distintos regímenes. Posteriormente, caído en desuso el matrimonio cum manus, se podía pactar en época clásica para el matrimonio sine manus el otorgamiento de una dote al marido, para ayudar a solventar los gastos del matrimonio. Su otorgamiento claramente obedece a un acuerdo de voluntades, hasta el período postclásico, cuando surge el deber jurídico de proveer una dote.

Con todo, aún en materia dotal en período postclásico subsiste un segundo momento en que aparece la voluntad, el que tiene lugar con la renuncia o la devolución de la dote por parte del marido.

CAPÍTULO V.

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, por la *capitis deminutio* de alguno de los cónyuges y por divorcio; todas ellas situaciones que hacen imposible la *affectio maritalis*.

En la concepción romana del matrimonio éste consiste en la convivencia de hombre y mujer con *affectio maritalis*, de modo que tal elemento no sólo rige su perfeccionamiento, sino también su permanencia. Al faltar este requisito, que se manifiesta en la cohabitación voluntaria, el matrimonio no podía subsistir ni siquiera formalmente, ya que estaba fundado en el acuerdo libre de los contrayentes⁸⁶.

La disolución del matrimonio, lo mismo que su celebración, debe ser considerada separadamente de la *manus* por cuanto, como ya se señaló, son instituciones jurídicas distintas.

5.1. CAUSALES DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

Como se señaló previamente, el matrimonio se disuelve por la muerte de cualquiera de los cónyuges, su *capitis deminutio* y por el divorcio.

5.1.1. LA MUERTE DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES.

La muerte natural de uno de los cónyuges pone fin al matrimonio. Se trata de un hecho físico que importa inevitables consecuencias jurídicas. El fin de la existencia de la persona, supone la cesación del matrimonio, debido a que dejan de estar presente los requisitos constitutivos del matrimonio.

⁸⁶ MIGUEL ANGEL RIZZI, op. cit. pág. 16, pág.191.

Desde las épocas más arcaicas, a la muerte como causal de disolución del matrimonio se equiparó larga ausencia de alguno de los cónyuges, cuando no hay noticias del desaparecido durante mucho tiempo, en circunstancias que hacen presumir la muerte del cónyuge. En este caso se considera el matrimonio disuelto, porque no existe su fundamento esencial, que es la comunidad de vida⁸⁷.

Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, el cónyuge sobreviviente eventualmente puede contraer un nuevo matrimonio. Sin embargo, el régimen es distinto, en atención a cuál de los cónyuges es el que sobrevive al otro. Así, si quien muere es la mujer, el marido podía volver a casarse inmediatamente. En cambio, la viuda debía guardar luto de diez meses y no podía volver a casarse antes de la expiración de esa fecha. Una lex atribuida al emperador Numa Pompilio impuso esta limitación, a fin de evitar confusión de parto; es decir, la incertidumbre en cuanto a la paternidad del hijo que pudiera nacer en este período. La violación de esta prescripción arrastraba la infamia para el segundo marido, para los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos habían consentido en el matrimonio, y finalmente, para la misma mujer⁸⁸.

5.1.2. CAPITIS DEMINUTIO SOBREVINIENTE A ALGUNO DE LOS CÓNYUGES.

La capitis deminutio que hace imposible la affectio maritalis y en consecuencia disuelve el matrimonio es la denominada capitis deminutio máxima; esto es, la pérdida del status libertatis. Ello tiene lugar cuando uno de los cónyuges cae en esclavitud o se hiciere siervo de otro, o bien cuando el varón cayese prisionero del enemigo. Si un cónyuge se ve privado de su

⁸⁷ MAX KASER, op. cit. pág. 28, pág. 265.

⁸⁸ En este sentido, EUGENE PETIT, op. cit. pág. 19, pág. 156 a 157

status libertatis, con la pérdida de su libertad y de su ciudadanía desaparece también el *conubium* y el matrimonio no puede subsistir.

Pero en este último caso, se prescribía a la mujer que no pasase inconsideradamente a segundas nupcias; y si lo hacía, se entendía como un divorcio, por el cual incurría en determinadas desventajas pecuniarias si hubiese pasado a las segundas nupcias sin esperar durante cierto tiempo noticias de su marido prisionero.⁸⁹

Por *capitis deminutio media*: El caso típico es el de la deportación, que conlleva la pérdida de la ciudadanía romana. Así, al desaparecer el *conubium*, se extingue también el matrimonio.

Por *capitis deminutio minima*: La adopción del yerno o de la nuera implica la disolución del matrimonio, ya que los cónyuges mediante este acto se convierten en hermanos agnados y, con ello, desaparecía el *conubium*. Justiniano cambia este régimen al exigir antes de la adopción del yerno o nuera la emancipación del propio hijo, Con ello deja subsistente el matrimonio⁹⁰.

5.1.3. DIVORCIO.

La evolución que sufre el concepto de matrimonio a lo largo de los distintos períodos del derecho romano incide también en las causales de disolución del mismo; específicamente en lo referente al término del matrimonio en virtud de una manifestación de voluntad de los cónyuges. En consecuencia, para dar un concepto de divorcio aplicable indistintamente a las distintas etapas de evolución del derecho romano, se utilizará uno dado por Max Kaser, quien señala que “el divorcio romano consistía en suprimir,

⁸⁹ FELIPE SERAFINI, ob. cit. pág 46, pg 312 y 313

⁹⁰ JOAN MIQUEL, Derecho Privado Romano, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1992, pág.153.

por iniciativa de uno de los cónyuges o de ambos, la comunidad de vida que el matrimonio implica, con plena conciencia de que con ello se hace cesar el vínculo matrimonial.”⁹¹

La cesación de la *affectio maritalis* conduce a que el matrimonio termine en divorcio. Que el matrimonio pudiera disolverse por el término de la *Affectio Maritalis* entre los cónyuges aparecía como muy natural a los romanos, dado su concepto del matrimonio. Es decir, el matrimonio se disuelve cuando termina la intención de los cónyuges de ser marido y mujer.

En la época arcaica se entendió que la disolución del matrimonio fuera libre; es decir, que los cónyuges no tuvieran que recurrir a forma alguna, ni depender de la existencia de determinadas causas para poner término al matrimonio. La idea es que el matrimonio no podía subsistir cuando se manifestare un *ánimus* contrario a la *affectio maritalis*, hasta tal punto, que no era lícito excluir de antemano la posibilidad del divorcio.

No obstante lo anterior, en esta primera época el divorcio se encontraba regulado por las costumbres ancestrales. Para poner término al matrimonio se recurría a un acto denominado *Repudium*, que consistía en una manifestación unilateral de alguno de los cónyuges para poner término al matrimonio, la cual debía cumplir, en sentido inverso, con las mismas formalidades y ceremonias exigidas para contraer matrimonio. Además, en esta época, la estrecha relación entre el matrimonio y la institución de la *manus* exige que una vez disuelto el matrimonio *cum manus*, se ponga fin a la *manus maritalis* sobre la mujer, celebrando el acto inverso al que la constituyó; es decir, una *difarreatio* o una *remancipatio*.⁹²

Cabe señalar que desde tiempo bastante antiguo, no es necesario el consentimiento del *pater familias* de uno de los cónyuges o del tutor de la

⁹¹ MAX KASER, op. cit. pág. 28, pág. 266

⁹² M. EDOUARD CUQ, op. cit. pág. 6, pág. 93 a 95

mujer. A su vez, el *pater familias* de tuvo hasta la época de Marco Aurelio el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio del hijo sometido a su autoridad. Esto era considerado un privilegio del *pater familias*, del que se entendía que no podía hacer uso sino en determinados casos y por graves faltas⁹³. Con todo, la disolución arbitraria del matrimonio aparece poco común, por efectos de las costumbres, las que operaban como una limitación al ejercicio arbitrario del *repudium* por parte del cónyuge varón o el *Paterfamilias*. Cabe señalar que la voluntad de la mujer en esta primera época socialmente es aún poco relevante.

La condición jurídica del divorcio se originó en el caso de repudio por el marido de la mujer culpable de adulterio o de otras faltas graves. Algunos autores sostienen que el primer divorcio tuvo lugar hacia el año 230 a. C. cuando Spurius Carvilius Ruga repudió a su mujer por ser estéril. Es preciso señalar que en esta época un divorcio no gravemente motivado puede desencadenar los reproches del censor, y en todo caso no es bien mirado socialmente.

En época clásica inicial se mantiene la idea de la libertad para poner fin al matrimonio por manifestación de voluntad de los cónyuges. Así, es suficiente para considerar divorciados a los cónyuges una declaración de cualquiera de ellos en que se exteriorice el fin de la *affectio maritalis*. Si bien jurídicamente no existen limitaciones a la facultad de los cónyuges para poner fin al matrimonio, esta libertad es limitada por la imposición de sanciones punitivas de carácter religioso, por las atribuciones de cuidado y vigilancia de costumbres conferidas a los censores; y finalmente por consideraciones económicas, como puede ser la eventual restitución de la

⁹³ EUGENE PETIT, op. cit. pág. 18, pág. 156

dote recibida por el marido. Además, los usos sociales imponen la práctica de enviar un mensajero que transmita al otro la decisión de divorciarse.

Ya en la época clásica, la *lex Iulia de adulteriis* prescribió que un divorcio unilateral debía ser declarado por medio de un liberto del que se divorcia o de sus ascendientes, en presencia de siete testigos; pero tal no fue una solemnidad cuya inobservancia anulara el divorcio, sino una forma para precisar el momento de la ruptura.

A comienzos del principado, Augusto prescribió que el divorcio fuera participado a la mujer por medio de un liberto en presencia de siete ciudadanos, bajo pena de nulidad. Posteriormente, esta notificación solía hacerse por escrito.

En época posclásica, a partir de Constantino comienzan las medidas legislativas directamente contrarias al divorcio. La religión cristiana adoptada por el imperio se mostró contraria al divorcio, pero no alcanzó a prohibirlo. Las normas por los emperadores cristianos se orientaron a establecer causas que lo legitimen.

En época clásica, existe plena libertad para poner fin al matrimonio legítimo en virtud de un acuerdo de voluntad entre los cónyuges. Esta libertad era inviolable. Bastaba probar la cesación de la *affectio maritalis* para que éste tuviera lugar.

La numerosa legislación de este período pretendió dificultar los divorcios unilaterales. Para ello, se dictaron numerosas constituciones imperiales en las que se permite el divorcio solamente por causas determinadas - por regla general por faltas graves del otro cónyuge - y castiga el divorcio inmotivado con penas que se hacen efectivas en la dote y

en las donaciones matrimoniales, aunque no afectan la validez del divorcio. Además, se dificulta la celebración de ulteriores matrimonios⁹⁴.

Aparece en esta época un régimen de justas causas que da lugar a distintos tipos de divorcio, en atención a las causales que lo determinan. Se distingue *Divortium ex iusta causa*, que es aquél que se caracteriza por la existencia de una justa causa que justifica divorcio, como el adulterio de la mujer para el hombre o la falsa acusación de adulterio para la mujer; *Divortium bona gratia*, que es aquél cuya causa no deriva de culpa de ninguno de los cónyuges, como impotencia sobrevenida o cautiverio de guerra; *Divortium sine causa*, divorcio arbitrario que arranca de uno tilo los cónyuges sin base en una justa causa. A éste se aplican sanciones económicas cómo la pérdida la dote para la mujer, si el divorcio arrancó de ella o pérdida de los derechos del marido sobre la dote, si el divorcio se debió a él. También existió el *Divortium communi consensu*: donde tampoco hay justa causa, pero sí acuerdo entre los cónyuges para disolver el matrimonio. Justiniano prohibió esta última clase de divorcio, salvo el caso de votos de castidad del cónyuge. Posteriormente, Justino II derogó tal prohibición.

En cuanto a la declaración de divorcio, en el período postclásico, siguiendo el modelo helenístico, se exige comunicación escrita al otro cónyuge llamada *libelo* de repudio; aunque en Occidente para este fin se practicó la declaración ante testigos.

⁹⁴ FELIPE SERAFINI, ob. cit. pág 56, pg 312 a 316

Como consecuencia de la influencia del cristianismo y del cambio en el concepto del consentimiento matrimonial, la libertad para poner término al matrimonio tiende a hacerse cada vez más difícil.

En un primer momento, en época de Constantino, se excluye la posibilidad de poner término al matrimonio en forma unilateral a través del establecimiento de un sistema de justas causas para el divorcio, conjuntamente con el establecimiento de severas penas para los divorcios que tuvieren lugar fuera del marco de las justas causas, como son la prohibición de contraer nuevo matrimonio durante un cierto lapso o incluso a perpetuidad. A modo ejemplar, se puede señalar como justas causas para el divorcio, en el caso de la mujer, que el marido haya cometido homicidio, envenenamiento o violación de sepulcros; y en el caso del marido, que la mujer hubiese adulterio, envenenamiento o fuese culpable de alcahuetismo.

Si el divorcio se basaba en alguna otra causa, o bien no se pudiese probar la concurrencia de la justa causa, las sanciones podían ir desde la pérdida de la dote – o su devolución en el caso del marido – y la deportación de la mujer. Los emperadores posteriores tienden a rigidizar aún más este sistema, sea aumentando las justas causas de divorcio o bien estableciendo nuevas sanciones. Justiniano establece una ordenación definitiva en esta materia, estableciendo un catálogo de justas causas de divorcio, manteniendo la distinción respecto de si era la mujer o el marido quien solicitaba el divorcio.

Posteriormente, Justiniano establece derechamente la prohibición para los cónyuges de divorciarse de común acuerdo, salvo en el caso del denominado *divortium bona gracia*, cuya verificación dependía de ciertas causales establecidas en la ley, como es el ingreso del cónyuge en la vida monástica, su esclavitud, prolongada cautividad, esclavitud o impotencia. No

obstante, este tipo de divorcio, más que responder a una hipótesis de divorcio consensuado, es una especie de divorcio por causa no imputable a alguno de los cónyuges. Sin embargo, esta prohibición fue derogada prontamente por el sucesor de Justiniano, el emperador Justino II, en atención a la poca adhesión que esta prohibición tuvo entre los súbditos del imperio.

5.2. LA VOLUNTAD EN LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

Como se ha señalado, los cónyuges eran libres para de disolver el matrimonio en virtud del divorcio, bastando la cesación de la *affectio maritalis*.

Posteriormente, en época postclásica la voluntad se ve fuertemente limitada para poner término al matrimonio en virtud de un acto unilateral de voluntad. Sin embargo, y salvo el período en que Justiniano lo prohibió, los cónyuges podían divorciarse por mutuo consentimiento sin necesidad de expresión de causa.

Se puede señalar, en términos generales, que en la legislación postclásica los cambios introducidos tienden a limitar la libertad de los cónyuges para divorciarse, mediante la intromisión del poder público en materias que hasta ese momento se entendían pertenecer a la esfera privada del individuo.

Esto deriva en un cambio en la concepción del consentimiento matrimonial. Abandonada la idea del consentimiento continuo para la subsistencia del matrimonio, cuya cesación daba lugar al divorcio, en esta época se debía expresar un nuevo consentimiento de los cónyuges, en atención a poner fin al matrimonio. Este consentimiento es la causa del divorcio postclásico y tiene por objeto disolver el vínculo. Asimismo, deja de

ser indiferente que el consentimiento sea otorgado por uno o por ambos cónyuges, dado que en el primer caso entra en juego el sistema de las justas causas y en el segundo, permanece el régimen de libertad de los cónyuges para convenirlo en tanto se cumplan los requisitos formales exigidos por la ley. Esto último, con excepción del breve período en que el divorcio de común acuerdo estuvo prohibido en época del emperador Justiniano.

CAPITULO VI.

UNIONES NO MATRIMONIALES.

Si bien la presente investigación versa sobre el matrimonio, los aspectos comunes que estas uniones no matrimoniales tienen con el matrimonio hacen pertinente referirse a ellas, a objeto de delimitarlas y distinguir las del matrimonio legítimo.

6.1. CONCUBINATO.

El concubinato es la unión permanente entre dos personas de distinto sexo, sin la intención de considerarse marido y mujer. La ausencia de *affectio maritalis* lo distingue del matrimonio. A su vez, la nota de estabilidad lo distingue de la simple relación sexual.

Este tipo de unión tuvo gran difusión en el mundo romano, en atención a las prohibiciones existentes para contraer matrimonio con determinadas personas, cuyas hipótesis fueron incrementadas con la legislación matrimonial dictada por el emperador Augusto, durante el período clásico. Se le consideró como un matrimonio de inferior derecho y el fue reconocido en época clásica como una forma de unión legal entre varón y mujer para hacer vida común⁹⁵.

Algunos autores sostienen que en el período arcaico y clásico inicial el concubinato fue una situación de hecho, sin consecuencia jurídica alguna ni reproche social, y otros señalan que puede haber sido un acto ilícito. Lo cierto es que la *lex Iulia de Adulteriis* al crear el delito de *stuprum*, distingue técnicamente al concubinato de aquél, liberando a esta última situación de toda penalidad. En efecto, la *lex Julia de adulteriis* señala que toda unión

⁹⁵ RODOLFO SOHM, *Historia e Instituciones Del Derecho Privado Romano*, editorial España La Moderna, Madrid, pág. 603.

extramatrimonial con mujeres, es criminal, salvo que se trate de ciertas mujeres que señala la ley, en cuyo caso la unión es lícita y constituye concubinato⁹⁶.

A partir de ese momento, se puede señalar que este tipo de unión no era considerada reprochable socialmente ni constitutivo de delito. En realidad, el concubinato fue permitido, sin ser propiamente una unión legal, como consecuencia de la imposibilidad que existía en muchos casos para contraer matrimonio legítimo y unirse honrosamente en justas nupcias⁹⁷. No obstante, para que el concubinato tuviera tal calidad debía reunir ciertos requisitos, como son la pubertad de ambas partes y que los concubinos no estuvieran ligados por los grados de parentesco que impiden el matrimonio.

El concubinato, al igual que el matrimonio debía ser monogámico. Además, era incompatible con el matrimonio legítimo. El concubinato, en esta época, no produce efectos jurídicos personales ni patrimoniales; por tanto, la mujer no es elevada a la condición social del marido y los hijos nacidos de este tipo de uniones son ilegítimos, carecen de derechos sucesorios, sólo son cognados de la madre, no del padre. Los hijos nacidos en un concubinato nacen en calidad de *sui iuris*, ya que no están sometidos a potestad paterna alguna. En el fondo, el concubinato es una relación de hecho no regulada por el Derecho, simplemente es ignorada por el ordenamiento jurídico.

Esta indiferencia del Derecho objetivo cara al concubinato cambia con el los emperadores cristianos, quienes señalan ciertas consecuencias jurídicas limitadas al concubinato; entre las cuales se encuentra la prohibición de hacer liberalidades entre vivos en favor de la concubina y de los hijos comunes, la legitimación de los hijos comunes por subsiguiente

⁹⁶ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ob. cit. pág. 9.

⁹⁷ .F.CAMUS, ob. cit. pág 23.

matrimonio de los padres. Se permitieron donaciones o asignaciones testamentarias a favor de la concubina y los hijos comunes hasta una cierta entidad respecto del patrimonio del donante o testador.

Bajo el emperador Justiniano, el concubinato con ingenuas llegó a tomarse en lícito. A la vez se desarrolló un nuevo procedimiento de legitimación, por carta de gracia para los casos en que no fuera posible contraer matrimonio. Además aumentó el límite para las donaciones y asignaciones a favor de la concubina y los hijos, y concedió la libertad a los de una concubina esclava con la muerte de su padre. Asimismo, a los hijos se les reconoce el derecho de alimentos para con el padre y los hermanos legítimos. Se puede señalar que Justiniano otorgó trato favorable al concubinato, configurándolo definitivamente como la unión estable de un hombre con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*.

Finalmente, el concubinato permaneció como institución reconocida hasta el emperador León el Filósofo, quien lo abolió.

6.2. CONTUBERNIO.

El *Contubernium* era la unión estable de los esclavos entre sí o bien entre una persona libre y un esclavo. Estas personas carecen de *conubium*, por lo que no pueden contraer matrimonio. En época arcaica y clásica no se le reconoce efecto jurídico alguno. Hacia los inicios de la época posclásica se reconoce a la unión estable de esclavo y esclava para determinados efectos, relativos al parentesco.

En esta época se reconoce la existencia de exista una especie de parentesco, denominado *Cognatio servilis* entre padre, madre, hijos y hermanos. En el contubernio el hijo sigue la condición de la madre, ya sea en relación a su origen como a su estado.

Así, no se permite el contubernio entre esclavos ligados por vínculos de parentesco de sangre ni el matrimonio de los manumitidos que tuvieron tal parentesco durante la esclavitud. El objeto era evitar que una vez manumitido el esclavo pudiera celebrar un matrimonio contrario a la moral⁹⁸.

En época justiniana fueron acordados derechos sucesorios a la herencia paterna, si el padre o el hijo al fallecer hubiesen sido manumitidos.

6.3. MATRIMONIO SINE CONUBBIO.

Es aquél que se realiza entre personas que no gozan ambas o una de ellas del conubium, por lo que no pueden contraer matrimonio legítimo.

Esta situación se verificaba entre un ciudadano y una peregrina, o latinos entre sí, o entre éstos y ciudadanos. Su razón de ser en la época en que era fundamental la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos para los efectos civiles. Por esto motivo, a medida que aumentaron las concesiones de ciudadanía en el período clásico, estas uniones se hacen menos frecuentes.

Esta unión sexual con carácter de permanencia no tenía la condición jurídica de matrimonio legítimo, lo que no implicaba que ellas fueran ilícitas. El derecho le reconoció a esta unión ciertas consecuencias jurídicas, mayores que al concubinato, pues era compatible con la dote, y debía recurrirse al divorcio para extinguirlo. Se mantuvieron diferencias esenciales con el matrimonio legítimo, pues la mujer no seguía la condición del marido, ni ostentaba el título de uxor, sino el de uxor injusta. Los hijos no estaban sujetos a patria potestad por lo que nacían sui iuris.

Finalmente el edicto de Caracalla acordó otorgar la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, lo que posteriormente se confirmó en el

⁹⁸ MAXIMIANO ERRÁZURIZ EGUIGUREN, op. cit. pág.15, pág. 243

derecho justiniano. En consecuencia, se termina la categoría de latinos, y el concepto de matrimonio sine conubio desaparece en la práctica, por cuanto sólo se aplicaría para las uniones en las que alguno de los intervinientes haya sido condenado a pena privativa de la ciudadanía.

CAPITULO VII.

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

El concepto de matrimonio sufre a lo largo del desarrollo del derecho romano diversas modificaciones. El matrimonio es un elemento más de una institución mayor, como es la familia, cuya concepción se va adaptando a los cambios culturales que se producen en la sociedad romana de las distintas épocas.

La jurisprudencia romana no pretendió definir ni encuadrar en alguna categoría jurídica la institución matrimonial romana. Una elaboración sistemática respecto de lo que modernamente se llama acto jurídico no fue elaborada por los juristas romanos. No obstante, ello no es impedimento para que autores contemporáneos intenten determinar la naturaleza jurídica de esta institución, con el objeto de delimitar sus consecuencias jurídicas. Con todo, la evolución que este ente jurídico sufre junto con el desarrollo del derecho romano en sus distintas épocas tiende a producir distorsiones que influyen al momento de establecer la naturaleza jurídica del mismo por los distintos autores.

Conforme a la teoría del acto jurídico, la naturaleza jurídica de una cosa es aquello que identifica a un determinado ente dentro de una específica categoría normativa, lo que permite establecer sus elementos constitutivos y sus efectos jurídicos.

En términos generales, se puede señalar que existen tres principales tendencias u opiniones doctrinales entre los autores romanistas respecto de la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio. Existe una primera tendencia que sostiene que el matrimonio es un contrato bilateral. Una segunda opinión señala que se trata de un mero hecho al que se le

atribuyen consecuencias jurídicas. Una tercera opinión afirma que en los primeros tiempos consiste en un hecho al que se le atribuyen efectos jurídicos, pero que en virtud de la evolución del concepto de matrimonio, ya en época justiniana queda configurado como un acto jurídico propiamente tal.

A continuación se expondrá una síntesis de cada una de ellas.

7.1. MATRIMONIO COMO CONTRATO BILATERAL.

Esta tesis históricamente anterior a otras, sostiene que el matrimonio es un acto jurídico, cuyo único requisito para su formación es el consentimiento.

Esta postura se basa en una particular interpretación de las fuentes. En primer lugar, sostiene que la definición de matrimonio dada por Modestino en las fuentes pone el acento en el mutuo consentimiento de las partes, con el objeto de constituir una sola unidad social y poseer ciertos bienes para su uso y goce común. El matrimonio así entendido, es una especie de contrato bilateral. A esto se agrega la intención, derivada de la concepción social de la familia, en virtud de la cual supone de los contrayentes la intención de tener hijos.

Asimismo, el jurista Ulpiano señala que el consentimiento, no la unión sexual, hace el matrimonio.

Es el consentimiento la causa del matrimonio y su ausencia acarrea la inexistencia del matrimonio. Así entendido el matrimonio, es posible distinguir entre inexistencia, anulabilidad e ineficacia del matrimonio, en atención a la no concurrencia de alguno de los requisitos constitutivos del matrimonio.

Esta doctrina sostiene, además, que el matrimonio clásico no es una relación de mero hecho, sino un verdadero y propio negocio jurídico, creado por la voluntad de las partes que perdura aún cuando en un momento posterior desaparece en uno o en ambos contrayentes la voluntad matrimonial. Incluso, algunos más extremos, sostienen que la noción de *affectio maritalis* que aparece en las fuentes hace referencia a una relación jurídica ya surgida, de la cual ésta es su prueba.

Quienes sostienen esta tesis, suelen hacer un paralelo entre el matrimonio y el contrato de sociedad, en atención a la naturaleza consensual de la sociedad y en la utilización frecuente en las fuentes romanas de la noción *societas* referida al matrimonio⁹⁹. Tanto en el matrimonio como en el contrato de sociedad implican una cierta unidad en función de unos fines comunes entre dos individuos; ambos nacen del consentimiento para constituir una comunidad y ambos entes pueden ser disueltos por consentimiento mutuo o por la voluntad unilateral de uno de ellos.

La sola presencia del acuerdo de voluntades en el matrimonio es indiciaria de estar ante la presencia de un acto jurídico, por cuanto la forma cómo este consentimiento se exteriorice es irrelevante a objeto de determinar la naturaleza jurídica, sea del matrimonio, sea de cualquier otro ente jurídico.

Finalmente, en atención a la necesidad de consentimiento continuado necesario para su vigencia, este contrato no podría enmarcarse en alguna de las categorías contractuales tradicionales.

⁹⁹ PIETRO BONFANTE, *op. cit.* pág 17, págs 180 y ss.

7.2. MATRIMONIO COMO UN HECHO CON CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Esta postura surge como una respuesta que rechaza la teoría tradicional que identifica al matrimonio como un contrato bilateral. Quienes sostienen esta teoría han señalado que el matrimonio es un hecho social que produce efectos jurídicos reflejos.

El pilar fundamental de esta doctrina para señalar que el matrimonio es un hecho se encuentra en los conceptos de convivencia y consentimiento continuo, como elementos imprescindibles para dar vida al matrimonio en épocas arcaica y clásica.

Sostiene esta postura que el matrimonio no puede ser catalogado como un contrato consensual, en atención a que no basta para su configuración la manifestación inicial del consentimiento de los contrayentes. El matrimonio clásico consta de dos elementos; uno subjetivo y otro objetivo, cuya concurrencia determinan tanto su nacimiento como su disolución.

El elemento subjetivo corresponde al consentimiento continuo durante la vigencia del matrimonio, denominado *affectio maritalis*. Es el consentimiento continuado lo que mantiene vigente el matrimonio. El elemento objetivo está dado por la convivencia de los cónyuges, que constituye una exteriorización de la *affectio maritalis*. El consentimiento continuado de los cónyuges en atención a constituir un matrimonio legítimo ha de ser exteriorizado para tener relevancia jurídica. La manifestación externa de este consentimiento continuo es, entonces, el hecho de la convivencia de los cónyuges. Esta postura sostiene que no se puede hablar jurídicamente de matrimonio romano hasta que no se consolida la situación de hecho.

Para esta teoría, la estructura del matrimonio es análoga a la institución de la posesión, en el sentido de que ambas instituciones surgen de un hecho al que la ley le otorga determinadas consecuencias jurídicas. Los elementos constitutivos de la posesión, tanto objetivo como subjetivo, tendrían su paralelo en el matrimonio. Así, los elementos objetivo y subjetivo de la posesión; corpus y animus encuentran su símil en los elementos objetivo y subjetivo del matrimonio; esto es, en la convivencia y la affectio maritalis. En consecuencia, así como para la adquisición de la posesión se requería de la aprehensión de la cosa con ánimo de señor y dueño, para el matrimonio sería necesario el elemento objetivo de la conductio in domum con la intención de tenerse ambos como cónyuges.

Algunos autores van más aún más lejos, como Albertario¹⁰⁰, al señalar que ambas instituciones evolucionan de un modo similar, por cuanto así como en el derecho clásico para que existiera posesión era necesario el ánimo y la detentación material, en derecho postclásico se prescinde de la detentación material, bastando el animus possidendi para que exista posesión. De forma semejante evoluciona el matrimonio, por cuanto en derecho postclásico se elimina la exigencia de la convivencia, bastando el sólo consentimiento para que exista el matrimonio.

Esta concepción se justifica argumentando que los principios relativos a la celebración, disolución y protección del matrimonio constituyen una regulación que cae dentro del campo de la ética más que jurídica, lo que se manifiesta en la ausencia de regulación estatal relativa a las formas para su celebración y posterior comprobación.

¹⁰⁰ ALBERTARIO, E., L' autonomia dell' elemento spirituale nel matrimonio en el possesso romano – giustiniano, Studi di diritto romano, I, Milan, 1933, citado por MARIA ISABEL NUÑEZ PAZ, ob. cit. pág. 24, pág. 64

Las consecuencias jurídicas atribuidas al hecho del matrimonio, son los efectos que éste produce respecto de la persona de los cónyuges y respecto del patrimonio de aquellos.

Finalmente, dentro de esta tendencia existen otros autores que señalan que si bien es una situación de mero hecho, se podía transformar en una relación jurídica, en virtud de la constitución de la manus maritalis en un matrimonio celebrado cum manus¹⁰¹, lo que claramente implica entender ambas instituciones como un todo, opinión poco plausible en atención a la investigación desarrollada en el presente trabajo.

7. 3. POSTURA EVOLUTIVA.

Esta postura postula la evolución de la naturaleza jurídica en forma conjunta con derecho romano.

Estos autores señalan que en los períodos más arcaicos se configuró como un hecho con consecuencias jurídicas, y que posteriormente, en el período postclásico y justiniano se configura como un acto jurídico.

Estos autores sostienen que en período arcaico se atribuye a la familia un carácter sagrado, cuyos elementos son reglados por las mores maiorum, lo que impide al derecho intervenir en su regulación.

Que el matrimonio haya sido considerado por la jurisprudencia como un hecho, y no propiamente un acto jurídico, guarda perfecta conformidad con la noción romana de acto jurídico. En virtud de ésta, desde las épocas más arcaicas se entiende que un hecho, acto o manifestación de voluntad sólo es relevante jurídicamente, cuando el derecho le reconoce una acción que protege las pretensiones generadas por ese hecho, acto o manifestación de voluntad. En consecuencia, específicamente en el caso del

¹⁰¹ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, op. cit. pág. 25, pág 489.

matrimonio, se está ante un hecho no reglado jurídicamente, carente de acción que lo proteja, por lo que no cabe dentro del concepto de acto jurídico.

Posteriormente, en la época clásica el matrimonio encuentra su regulación jurídica, entendiéndose ahora como un estado de hecho basado en el consentimiento continuo de los cónyuges. No obstante, sostienen que la regulación jurídica del matrimonio no pretende identificar la institución misma, sino que su objetivo es otorgarle eficacia al estado privilegiado en que se encuentra el consentimiento continuo los cónyuges para formar una comunidad de vida. La protección jurídica del matrimonio es reforzada en esta época por la legislación matrimonial de Augusto, específicamente la *lex Iulia de Adulteriis Coercendis*.

Finalmente, es en el período postclásico cuando el matrimonio pasa a ser considerado propiamente como un acto jurídico. Este cambio conceptual relativo a su naturaleza jurídica, más que una opción de técnica jurídica, obedeció a razones de política imperial. Los emperadores cristianos, con el objeto de evitar la proliferación de los divorcios amparados en la falta de *affectio maritalis*, consideraron que bastaba para perfeccionar un matrimonio legítimo el consentimiento inicial de los contrayentes, con entera independencia de si este consentimiento se mantenía con posterioridad o no entre los cónyuges.

El matrimonio se mantiene vigente, en tanto no se haga una nueva manifestación de voluntad de los cónyuges, tendiente a ponerle fin al estado matrimonial. Si la decisión de poner término al matrimonio correspondía a un acuerdo entre los cónyuges, el derecho postclásico no estableció limitaciones para que ello tuviera lugar. Sin embargo, si el término del matrimonio provenía de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, la ley

establece un sistema de justas causas de divorcio, dentro de las que se debía enmarcar la causal de disolución alegada por el cónyuge. Con todo, la no concurrencia de la causal invocada en alguna de las justas causa establecidas no afectaba la validez del divorcio, sino que acarrea sanciones principalmente de carácter patrimonial.

CONCLUSIÓN.

Los estudios realizados en la elaboración de la presente memoria permiten llegar a las siguientes conclusiones:

El concepto de familia evoluciona a lo largo del desarrollo del derecho romano, lo que conlleva a la adaptación del concepto de matrimonio, sus finalidades y efectos a las costumbres de las distintas épocas. Dentro de ese desarrollo, se observa como una constante la presencia de la voluntad de uno o ambos contrayentes para perfeccionar el matrimonio, para su permanencia o su disolución.

Durante el desarrollo de la presente investigación, aparece como una constante la presencia necesaria de la voluntad o el acuerdo de voluntades tanto para constituir un matrimonio legítimo, para su permanencia en el tiempo, para dotarlo de determinados efectos jurídicos, como finalmente para disolverlo. Así, para celebrar un matrimonio se requiere de la manifestación de voluntad de los contrayentes, si éstos son *sui iuris*, o bien de los respectivos *paterfamilias*, si alguno de ellos o ambos son *alieni iuris*. Si bien en este último caso no son propiamente los contrayentes quienes por sí manifiestan su voluntad, dicha voluntad se manifiesta por la persona a quien el derecho le otorga la facultad para hacerlo. Es decir, la falta de voluntad de alguno de los contrayentes es suplida por la de aquél facultado para otorgarla.

Respecto a la estabilidad en el tiempo del matrimonio, la voluntad se manifiesta a través de la *affectio maritalis*, que incluso los mismos autores que sostienen que la naturaleza jurídica del matrimonio es un hecho, definen

como el consentimiento continuo o duradero de permanecer como marido y mujer¹⁰².

En lo referente a otorgar al matrimonio determinados efectos jurídicos, la voluntad se manifiesta en la celebración conjunta de otro acto jurídico, dependiente del matrimonio, relativo a los regímenes patrimoniales del mismo, como son los actos constitutivos de la manus maritalis, con sus respectivas consecuencias patrimoniales; o bien con la constitución de la dote. Ambos actos jurídicos requieren de voluntades concurrentes para su perfeccionamiento. Esta afirmación puede verse mitigada en dos aspectos: en primer lugar, para el caso de la adquisición de la manus maritalis en virtud del *usus*; no obstante, aún allí la voluntad puede intervenir, impidiendo que se configure esta forma de adquirir la manus a través del *trinoctium*. Una segunda mitigación proviene del hecho de la instauración de la obligación de dotar en el derecho justiniano, aunque aún en ese caso, los cónyuges podían renunciar a la dote o a su restitución, respectivamente.

Finalmente, en lo relativo a la disolución del matrimonio, éste podía quedar sin efecto en virtud del *divortium*, que es una manifestación de voluntad, el cual no sólo fue reconocido desde los tiempos más arcaicos, sino también hasta la época postclásica podía tener lugar sin sometimiento a formalidad alguna y sin expresión de causa; época en la que el estatuto jurídico del matrimonio sufre cambios radicales, a través de la imposición de un sistema de justas causas que pretenden limitar el divorcio unilateral, aunque se mantenga la libertad para divorciarse sin expresión de causa cuando es de mutuo consentimiento. A mayor abundamiento, la voluntad aparece aún antes de la celebración del matrimonio, cuando los futuros cónyuges celebran esponsales.

¹⁰² JUAN IGLESIAS, op. cit. pág. 15, pág. 521

El hecho de que recién en época postclásica aparezcan ciertos requisitos de forma, principalmente para efectos probatorios, aplicables al matrimonio, por un lado, sólo viene a satisfacer necesidades propias de regulación jurídica de la sociedad en atención al tamaño del imperio. Por otro, responde a la necesidad política del imperio de disminuir el número de matrimonios disueltos, porque se entendió que eran contrarios a los dogmas adoptados en un imperio confesional.

Respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, conforme se indicó en el capítulo VII, existen tres grandes posiciones doctrinales al respecto. Mas allá de los fundamentos presentados para sostener una u otra teoría, todas ellas confluyen en un punto en común, cual es la necesidad del consentimiento para que nazca el matrimonio. Es el acuerdo de voluntades lo que da vida al matrimonio y lo sostiene en el tiempo. Desde esa perspectiva, aparece innegable que el matrimonio, a lo largo de todo el desarrollo del derecho romano, es un ente jurídico al que la ley atribuye consecuencias jurídicas, ya que tanto para perfeccionarlo, para su subsistencia y para su extinción es necesario el consentimiento de la persona llamada por la ley para otorgarlo.

La voluntad es un elemento que se encuentra presente en todo momento en el matrimonio romano, esto es, desde su nacimiento hasta que se disuelve. No obstante, la sola presencia de la voluntad no es suficiente para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio. Para esto, hay que tomar en consideración la concepción romana respecto a los hechos y actos jurídicos, la cual, a su vez, no permaneció inmutable a través de los distintos períodos del derecho romano.

Conforme a la doctrina clásica, en principio no es posible clasificar al matrimonio ni como contrato ni como acto jurídico, por cuanto no existe una

acción específica con la cual exigir su cumplimiento, ya que basta la cesación de la *affectio maritalis* para que el matrimonio se disuelva. No obstante, lo que se pretende con la celebración del matrimonio es la generación en los contrayentes de los efectos tanto personales como patrimoniales y respecto de los hijos del matrimonio. De los efectos señalados en la presente investigación, no todos se encuentran originariamente protegidos por una acción.

Con todo, la evolución del derecho romano va otorgando paulatinamente acciones que protegen estos efectos, para finalmente quedar absolutamente protegidos dichos efectos.

En consecuencia, hasta la época clásica se puede señalar con certeza que el matrimonio es un hecho al que la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas, o, en otros términos, que se trata de una situación jurídicamente regulada.

Se puede señalar que comienza a alterarse la concepción respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio como consecuencia de la adopción y popularidad del sistema de fuentes de las obligaciones establecido por Gayo, que posteriormente inspiró a Justiniano, en virtud del cual cambian los conceptos de obligación y de contrato vigentes hasta ese momento.

Una vez que se adopta el criterio del consentimiento inicial como suficiente para configurar el matrimonio, en época postclásica, se da origen a la concepción contractualista del matrimonio, por cuanto adquiere la forma y configuración propia de un verdadero acto o negocio jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

DOCTRINA.

1. ALVARO D'ORS, Derecho Privado Romano, ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1968.
2. M. EDOUARD CUQ, Las Instituciones Jurídicas De Los Romanos, I imprenta y encuadernación Gálvez, Santiago, 1910.
3. FRANCISCO SAMPER, Derecho Romano, Universidad Internacional SEK, Santiago, 1993.
4. ALAMIRO DE AVILA MARTEL, Derecho Romano, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, segunda edición.
5. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Derecho Privado Romano, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1997.
6. URCISINO ALVAREZ SUAREZ, Instituciones de Derecho Romano, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1973.
7. DANIEL ANTOKOLETZ, Tratado De Derecho Romano, editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1930.
8. MAXIMIANO ERRAZURIZ EGUIGUREN, Apuntes de Derecho Romano, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1982.
9. JUAN IGLESIAS, Instituciones De Derecho Privado Romano, Editorial Ariel, sexta edición, Barcelona, 1972.
10. MIGUEL ANGEL RIZZI, Tratado de Derecho Privado Romano, editorial Arístides Quillet, Buenos Aires, 1936.
11. PIETRO BONFANTE, Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, centro de enseñanza y publicaciones, segunda edición, Madrid, 1959.

12. ROBERT VON MAYR, Historia del Derecho Romano, editorial Labor, Barcelona, 1926.
13. EUGENE PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, editorial Albatros, Buenos Aires, 1975.
14. ALFREDO DI PIETRO, Manual de Derecho Romano, Ediciones de Palma, cuarta edición, Buenos Aires, 1992.
16. CARLOS MAYNZ, Curso de Derecho Romano, Editora Marcelino Bordoy, Buenos Aires, 1913.
16. MARÍA ISABEL NUÑEZ PAZ, Consentimiento Matrimonial Y Divorcio En Roma, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988.
17. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, Instituciones De Derecho Romano, Editorial De Palma, décima edición, Buenos Aires, 1986.
18. E.F.CAMUS, Curso De Derecho Romano, editorial Universidad de La Habana, La Habana, 1941.
19. MAX KASER, Derecho Romano Privado, editorial Reus, segunda edición, Madrid, 1982.
20. ALDO TOPACIO FERRETI, Derecho Romano, editora Latinoclásica, Valparaíso, 1992.
21. FELIPE SERAFINI, Instituciones de Derecho Romano, Hijos de J. Espasa, Barcelona, 1927.
22. SANTIAGO LAZO, Curso de Derecho Romano En Su Desarrollo Histórico, Imprenta Cervantes, Santiago, 1912, segunda edición.
23. RODOLFO SOHM, Historia e Instituciones Del Derecho Privado Romano, editorial España La Moderna, Madrid.
24. ARMANDO TORRENT, Conceptos Fundamentales del Ordenamiento Jurídico Romano, Gráficas Eudona, Salamanca, 1973.

25. RUDOLF VON IHERING, El Espíritu Del Derecho Romano En Las Diversas Fases De Su Desarrollo, editorial Bailly-Bailliere, Madrid.
26. BERNARDO NESPRAL, Manual de Derecho Romano, editora Hammurabi, Buenos Aires, 1981.
27. JOAN MIQUEL, Derecho Privado Romano, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1992.