

EL DIVORCIO: DE ROMA A LA EDAD MEDIA

El título del trabajo sirve para delimitar el período a que se refiere esta exposición, si bien con la particularidad de exponer sucintamente el desarrollo de las reglas jurídicas romanas en la materia hasta la época del *Ius commune*.

Por otro lado, no es nuestra intención realizar solamente un análisis detallado de un ordenamiento jurídico actualmente no vigente, con meros fines de erudición, sino, más bien, deducir de la experiencia jurídica romana aquella o aquellas consecuencias que pueden considerarse válidas para un planteamiento actual del tema.

Es obvio que no se puede hablar de divorcio en aquellas situaciones de hecho en las que la unión del hombre y la mujer no esté sometida a una disciplina jurídica, como tampoco en aquellos ordenamientos jurídicos que expresamente establecen la indisolubilidad de unión entre el hombre y mujer una vez constituida. El divorcio, como instituto jurídico, presupone la existencia de otro instituto, el cual le da la razón de su vigencia: el matrimonio.

Así como no se puede hablar jurídicamente de dividir una cosa común si no está reconocido el instituto del condominio, ni tampoco de rescindir un contrato si jurídicamente no tiene valor el contrato, ni de patria potestad si no hay un concepto jurídico previo de filiación, por citar solamente algunos de los ejemplos más significativos, el divorcio como instituto jurídico existe en función del concepto de matrimonio, por lo cual debemos referirnos en primer lugar, aunque sólo sea sumariamente, a este último.

Si nos atenemos a las obras monográficas de los jurisconsultos romanos de que nos ha llegado noticia, deberíamos concluir que la materia matrimonial le mereció escasísima atención, pues de los centenares de obras sobre los más variados temas, tan sólo, en toda la historia de la jurisprudencia romana, se recuerda un *de nuptiis* de Necario Prisco en el siglo I d. C. y un *Liber singularis de ritu nuptiarum* de Modestino en la primera mitad del siglo III d. C.

En aquellos tratados en los que se intenta realizar una exposición sistemática exhaustiva de todo el ordenamiento vigente, solamente se aborda la institución matrimonial de forma tangencial, en tanto en cuanto es necesaria su exposición para esclarecer otros institutos conexos, p. ej., la noción de patria potestad. Esta observación sirve tanto para las Instituciones de Gayo en el siglo II d. C. como en la época postclásica para los *Tituli ex corpore Ulpiani*, o en la bizantina para el título 10 del libro I de las *Institutiones* de Justiniano.

Por lo que concierne a las constituciones imperiales, aunque algunas de ellas regularon aspectos muy concretos de la institución, sin embargo, ni el *Codex teodosianus* ni el de Justiniano presentan una estructuración global de la materia.

Todo ello nos demuestra que no existe en las fuentes romanas tanto jurídicas como literarias una construcción orgánica del matrimonio, aunque sí nos muestran aspectos concretos de la dinámica jurídica del instituto, por lo cual los intérpretes del Derecho Romano han debido intentar una elaboración sistemática que las fuentes no nos han transmitido.

De todas las construcciones dogmáticas que se han hecho del matrimonio, por la ciencia romanística, la teoría que más importancia ha tenido tanto a nivel dogmático como a nivel histórico, ha sido la teoría contractualista, que arrancando del Alto Medioevo llega hasta mediados del siglo XIX; según esta teoría, el matrimonio romano era un contrato.

Siempre a base de los textos, la doctrina discutía si sería un contrato consensual, y, por consiguiente, perfecto por el simple consentimiento de las partes, o tal vez un contrato del grupo de las reales, que se completaría no por el solo consentimiento, sino además por la entrega efectiva de la mujer al marido. Prevalciendo la teoría del matrimonio como contrato en el grupo de los consensuales, dominará aquella corriente iniciada por Donello y seguida por casi todos los autores del iusnaturalismo racionalista, que habla del matrimonio como contrato de sociedad.

Avanzándose en los estudios romanísticos, durante el siglo XIX se vio que no podía tratarse de un contrato, pues el contrato es fuente de obligaciones y la *obligatio* en Roma tuvo siempre como objeto prestaciones valorables en dinero. Esta situación era incompatible con el conjunto de vínculos de carácter personal a que daba lugar el matrimonio y que no eran susceptibles de tasación pecuniaria. Por este motivo, Savigny, para no renunciar a la tesis contractualista todavía imperante en su tiempo, amplió la noción de contrato en Roma, a fin de que incluyese al matrimonio, no hablando para nada de obligaciones sino de relaciones jurídicas y entendiendo por contrato el concurso de varias personas en una concorde declaración de voluntad en virtud de la cual se determinan sus relaciones jurídicas.

Desde finales del siglo XIX impera en la ciencia romanística la teoría anticontractualista del matrimonio, y su principal formulador fue Carlos Manenti en 1888 aprovechando en su construcción observaciones realizadas entre otros por Glück, Sheurl, Maynz y Sohlm. Su teoría ha sido desarrollada con posterioridad por Scialoja, Bonfante y Ernst Levy, y viene siendo acogida en la actualidad por casi todos los modernos intérpretes del Derecho Romano.

De acuerdo con esta teoría, se señala que para constituir el matrimonio eran esencialmente necesarios: de un lado la *individua vitae consuetudo* o *consortium omnis vitae*, es decir, el establecimiento de hecho de la comunidad de vida, y de otro, el principio del consentimiento, reflejado en el célebre aforismo romano *consensus facit nuptias*, si bien este consentimiento no ha de considerarse en el sentido ordinario del término, como consentimiento consistente en un acuerdo de volun-

tades instantáneo, sino continuado. Estos serían los dos elementos necesario para la existencia del matrimonio en cualquiera de las etapas del ordenamiento romano.

Toda la romanística moderna coincide al afirmar que el matrimonio no era una relación jurídica, sino una situación de hecho a la cual se le asignaban determinadas consecuencias jurídicas. Esto quiere decir que el matrimonio romano subsiste en tanto en cuanto subsisten los elementos de hecho que lo componen, si bien no siempre ambos elementos tuvieron el mismo valor ni la misma significación, por lo cual, llegados a este punto, es preciso distinguir la época clásica de la postclásica y justiniana.

Los clásicos consideran que el matrimonio existe cuando un hombre y una mujer libres, teniendo ambos el *connubium*, o sea, la capacidad que el derecho les reconoce de constituir entre ellos una unión conyugal jurídicamente válida, y no existiendo ningún impedimento legal, establezcan una relación conyugal con la voluntad efectiva de estar unidos duraderamente en matrimonio.

La existencia jurídica del matrimonio depende por tanto de la persistencia de esta recíproca voluntad de los cónyuges. El matrimonio existe en tanto en cuanto existe tal recíproca voluntad; apenas ésta cesa, el matrimonio es jurídicamente disuelto. Se trata por tanto de un estado que perdura hasta donde la voluntad de los cónyuges quiere que dure y se verifica desde el momento en que las condiciones efectivas se realizan. Como observa D'Ors, hay matrimonio legítimo o *iustae nuptiae* cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que han alcanzado la pubertad y no tienen impedimento para hacerlo, conviven con apariencia conyugal honorable.

El matrimonio supone una unión duradera tendencialmente, que no puede confundirse con una unión perpetua o indisoluble, sino que no tolera la adición de términos final ni de condición resolutoria alguna. Por otro lado, la voluntad recíproca, que produce el efecto jurídico de constituir el matrimonio entre el hombre y la mujer, puede manifestarse de cualquier modo y puede ser establecida y afirmada con cualquier medio, sobre todo deduciéndola del modo de vivir y comportarse los cónyuges (*honor matrimonii*).

Los diversos elementos sobre los cuales los juristas clásicos se basan en sus decisiones de casos prácticos para afirmar que una determinada unión entre el hombre y la mujer es o no matrimonio, p. ej. el juramento de convivir *liberorum quaerendorum causa*, o la *deductio in domum mariti* u otros ritos nupciales, como advierte Volterra, no son formas de matrimonio ni formas a través de las cuales deba expresarse la voluntad de los cónyuges ni elementos jurídicos necesarios para la existencia del matrimonio. Son simplemente hechos que sirven para demostrar la existencia y persistencia de la voluntad recíproca y duradera de los cónyuges de estar unidos en matrimonio y son tomados en consideración por los juristas para deducir tal existencia y persistencia a fin de establecer que una determinada unión entre dos personas que posean entre ellas el *connubium* y entre las que no existe impedimento, es desde el punto de vista jurídico un matrimonio legítimo o *iustum matrimonium*.

Problema importante respecto de la supervivencia del matrimonio se produce cuando los cónyuges viven separados durante mucho tiempo. En esta situación, el jurisconsulto Ulpiano, siguiendo la orientación clásica, indica como punto decisivo la existencia o no del *honor matrimonii*, es decir, si el varón y la mujer se comportan

exteriormente, de acuerdo con la costumbre social romana, como esposos, el matrimonio perdura, independientemente de la atenuación de la convivencia efectiva y sin averiguar la intención subjetiva de los cónyuges.

Aparentemente el instituto del matrimonio postclásico y justiniano está basado sobre el mismo principio que informa el matrimonio clásico: *consensus facit nuptias*; estas palabras que se leen en los textos de los jurisconsultos de los siglos II y III d.C., sin embargo, tienen un significado muy distinto en las constituciones imperiales de la última época.

En los textos jurídicos de los siglos V y VI d.C. *consensus* y *affectio* indican la voluntad recíproca de los contrayentes, pero, en estos siglos, solamente se hace referencia a la voluntad inicial.

Las normas emanadas de los emperadores cristianos y del mismo Justiniano, reflejan la nueva configuración jurídica del vínculo conyugal; pues la existencia del vínculo no depende de la efectiva, continua y recíproca voluntad de los cónyuges manifestada a través de la persistencia de la sociedad conyugal, sino que surge por el contrario de una manifestación recíproca inicial de la voluntad dirigida a la constitución del matrimonio y una vez constituido existe siempre independiente de la persistencia de la sociedad conyugal.

Es conveniente poner de manifiesto que esta nueva concepción jurídica no es formulada expresamente, pero aflora implícitamente en una serie de nuevas disposiciones, p. ej., en las constituciones imperiales del siglo IV se configura por primera vez el crimen de bigamia desconocido en el derecho clásico y la configuración de este nuevo delito presupone que necesariamente el matrimonio sea concebido como basado en un consentimiento inicial, que el matrimonio persista independientemente de la perseverancia de la voluntad recíproca de los cónyuges.

Conforme con la nueva orientación son las disposiciones de los emperadores cristianos las que abrogan la *accusatio publica* contra los adúlteros prevista en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, y prescriben que sólo el marido traicionado o los próximos parientes pueden acusarles, invirtiendo así el sistema augusteo, el cual imponía la disolución del matrimonio cuando uno de los cónyuges hubiera sido declarado culpable de adulterio, con lo cual demuestran los emperadores su voluntad de mantener en la medida de lo posible el vínculo conyugal. Justiniano en varias Novelas condena a la mujer adúltera a ser recluida en un convento, estableciendo que solamente el marido tiene la facultad de hacer cesar dicha pena reemprendiendo con ella la vida conyugal. Con una Novela del año 556 prescribe que tanto el hombre como la mujer que se divorcien fuera de las *iustae causae*, que enunciaremos posteriormente, deben ser recluidos en un convento, lo que hace imposible constituir otros matrimonios.

Una prueba más del nuevo concepto de matrimonio nos es suministrada por la decisión de Justiniano al establecer que si un hombre jura sobre el Evangelio tomar por esposa a una mujer determinada, no puede divorciarse con posterioridad.

En esta norma es evidente que la manifestación de voluntad inicial crea permanentemente el vínculo conyugal, con independencia de la continuidad o no del *consensus* de los cónyuges.

Para decidir si el matrimonio perdura viviendo separados los cónyuges, a diferencia de la época clásica, ahora es preciso examinar no el comportamiento objetivo y totalmente exterior de los esposos, sino averiguar el elemento interior e intencional que determina su comportamiento, es decir, la *affectio maritalis*.

Esta nueva concepción postclásica, que consideraba al matrimonio como surgido de una manifestación de voluntad inicial y recíproca de los cónyuges, debía necesariamente llevar a considerar en el Alto Medievo esta doble manifestación convergente hacia el mismo fin, como una *conventio*, a la cual el derecho adjuntaba una serie de consecuencias, y, por tanto, a ver en tal *conventio* la fuente jurídica del vínculo conyugal, de donde provenía la teoría imperante hasta el pasado siglo de la naturaleza contractual del matrimonio y que hemos considerado anteriormente.

Una vez expuesto el concepto que los romanos tuvieron del matrimonio, así como los elementos que lo integraban, podemos pasar al examen del tema central de esta exposición. El divorcio aparece en las fuentes como uno de los modos de disolución del matrimonio, enunciado expresamente por Paulo en D. 24, 2, 1 junto a la muerte y a la cautividad, si bien la enumeración, que el jurisconsulto realiza en dicho fragmento, no es exhaustiva.

Desde el punto de vista etimológico, *divortium* viene de *divertere* e indica separarse, marchar por caminos distintos, lo cual, en opinión de Gayo D.24,2,2, tiene su explicación bien por la diversidad de intenciones bien por la desaparición de la convivencia de los cónyuges, eliminándose así uno de los elementos básicos en que se fundamenta el vínculo matrimonial.

Como señala Kaser, el divorcio romano consiste en suprimir, por iniciativa de uno o de ambos cónyuges, la comunidad de vida que el matrimonio implica, con plena conciencia de que con ello se hace cesar el vínculo matrimonial.

Dada la concepción clásica del matrimonio, la cesación de la voluntad, incluso por parte de cualquiera de los cónyuges, de estar recíprocamente unido en matrimonio, hace sin duda cesar el vínculo matrimonial.

Las fuentes hasta finales de la época clásica suelen designar tal disolución del matrimonio con los términos *divortium* y *repudium*, con los cuales en unos fragmentos se indica la cesación del matrimonio indistintamente por voluntad de ambos cónyuges o de uno solo, mientras que, en otros, *divortium* se aplica a la cesación del vínculo por iniciativa de la mujer, y *repudium*, cuando la iniciativa corresponde al marido, pues, como ya advirtió Bonfante, era la mujer quien debía partir de la *domus maritalis*. Desde época postclásica se reserva el término *divortium* para la disolución por voluntad común de ambos cónyuges, y el de *repudium* para referirse al divorcio unilateral, provenga la iniciativa del marido o de la mujer.

La posibilidad general de divorciar existió en Roma desde los orígenes más remotos, pues, como señala Robleda, además de ser el divorcio un instituto reconocido en todos los pueblos contemporáneos con los que mantuvo Roma relaciones de intercambio, respecto de los cuales no consta fuera una excepción, disponemos de un famoso pasaje de Plutarco en el cual alude explícitamente a la vigencia de una ley promulgada por Rómulo, el primer rey romano según la tradición.

Teniendo presente el concepto clásico del matrimonio en Roma, debe interpretarse esta situación referida como una consecuencia lógica de la misma, advirtiéndose a Rasi que la fijación de normas positivas tendentes a la eliminación de tales consecuencias implicaría la permanencia artificial de un vínculo carente de los elementos de hecho que son presupuesto necesario para su subsistencia y de lo cual era plenamente consciente el pueblo romano.

Sin embargo, frente a una teórica libertad absoluta de divorciar, existen desde antiguo dos situaciones limitadoras del divorcio, a tenor de las fuentes literarias. En primer lugar, según el testimonio de Aulo Gelio, confirmado por Plutarco, Ovidio y Festo, el matrimonio del *Flamen Dialis* parece ser que era indisoluble: *matrimonium Flaminis, nisi morte, dirimi ius non est*, señalando precedentemente: *uxorem si amisit, flaminio decedit*. Landucci, seguido por Rasi, cree que la indisolubilidad sería una consecuencia del matrimonio confarreado, mientras que para Longo la indisolubilidad afectaría solamente al *ius sacrum* y sus consecuencias se producirían en el campo del derecho público. Según Solazzi, el *ius* que regala el matrimonio del *Flamen* es un *ius singulare*, pues es indudable en la actualidad la coexistencia desde época primitiva de la *difarreatio*, es decir de un acto ritual de sentido contrario a la *confarreatio* y ambos (a partir de los estudios de Volterra) no se conciben como clases de matrimonio, sino como ritos en orden a la adquisición y pérdida de la *manus maritalis*.

Aunque el pasaje de Aulo Gelio admite varios significados, la generalidad de la doctrina lo interpreta en el sentido de que el *Flamen Dialis*, antiquísimo y misterioso sacerdote de Júpiter, que en rango sobrepasa incluso al *Pontifex Maximus*, debería dar su dimensión de sacerdote no sólo en el caso de que efectuase el divorcio, sino también en el caso de la muerte de la mujer. Todo esto tenía su razón en el hecho de que la *Flaminica*, mujer del *Flamen*, era también sacerdotisa, necesaria coadjutora y dirigía, con un ritual igualmente arcaico, las ceremonias del culto.

Más explícito es el fragmento de Plutarco al transmitirnos la tradición más antigua contenida en una ley romulea, según la cual solamente correspondía lícitamente la facultad de divorciar al marido e incluso esta potestad de divorciar se limitaba a tres supuestos concretos en que incurriese la mujer y taxativamente enunciados: *veneficium circa prolem vel subiectionem clavium vel adulterium commissum*, es decir, en los casos de envenenamiento de la prole, sustitución o sustracción de las llaves y adulterio.

Como ya observó Bonfante, este texto se suele interpretar de diversas maneras, en especial por lo que concierne al extraño envenenamiento (*epi farmakeia tejon*) que algunos entienden como encantamiento de los hijos pero quizá hay que entender la frase como el intento de aborto por medio de fármacos. En cuanto al *kleidon ipobolé*, algunos lo interpretan como hurto, otros como falsificación, sustitución y otros ponen la norma en relación con la misteriosa y antigua prohibición hecha a las mujeres de beber vino, cuya transgresión, según Gelio y Dionisio de Halicarnaso, habría constituido motivo de repudio.

La ley de Rómulo establecía además que si el marido se divorciaba fuera de los tres supuestos enunciados, perdía la totalidad de sus bienes, la mitad de los cuales

iban a su mujer y la otra mitad a Ceres, reafirmandose con ello la idea general de la validez del divorcio, si bien, fuera de los casos previstos en la norma, se establecen penas pecuniarias para quien lo utiliza.

Plutarco califica esta disposición como dura, quizá por la excesiva rigidez respecto del marido o tal vez por las graves sanciones pecuniarias o, más bien, por derogar una tradición anterior en la cual el divorcio sería enteramente libre.

De todos modos, cualquier caso que debamos retener acerca de la época arcaica, de la cual ni los mismos romanos sabían demasiado ni en muchas ocasiones podían intuir la verdad, lo cierto es que en los albores de los tiempos históricos, el divorcio aparece con la máxima libertad, al menos para el hombre.

Desde el punto de vista sociológico, la tradición romana, referida por Plutarco, sitúa como primer caso de divorcio el de Spurio Carvilio Ruga, en el año 230 aproximadamente a.C., siendo confirmado este dato por Gelio, Dionisio de Halicarnaso y Valerio Máximo. La noticia es interesante, pues significa que, al menos en opinión de los historiadores romanos, durante más de quinientos años desde la fundación de la ciudad, no obstante la concepción fáctica del matrimonio, no fue frecuente, al menos, disolver o destruir la situación de hecho una vez iniciada. Además, según Valerio Máximo, Spurio Carvilio Ruga, que repudió a su mujer por ser estéril, sufrió un desprecio general del pueblo, lo cual nos muestra la concepción social del matrimonio romano, que después incluso de la primera guerra púnica y de los contactos con diferentes pueblos, guardaba inalteradas sus costumbres más puras.

A pesar de la tradición, no debe tratarse del primer divorcio en sentido histórico, por cuanto el mismo Valerio Máximo nos habla del divorcio de un senador, Lucio Annio, al que echaron del senado por no haber tomado, previamente al divorcio, el parecer de los amigos, y, en consecuencia, estimamos que deben interpretarse estos casos del siguiente modo: en el supuesto de Annio, fue la primera vez que un divorcio se produjo *nullo amicorum consilio adhibito*, y en el de Spurio Carvilio, debió ser, como sostienen Bonfante, Lauria, Kaser, Watson y Robleda, el primero realizado fuera de las causas previstas en la legislación de Rómulo y su desarrollo posterior, por lo cual se hace especial hincapié en la *sterilitas uxoris*.

En cualquier caso, el hecho de que ambos divorcios recordados por las fuentes literarias vengan ambientados en al segunda mitad del siglo III a.C., nos permite concluir la escasa frecuencia de los mismos antes de este período, así como el respeto profundo a la tradición, pues aunque el divorcio era posible, la unión matrimonial entraba dentro de una cierta esfera religiosa, tendencialmente para toda la vida, como recuerda el mismo Cicerón.

Es de notar cómo el tema del divorcio aparece repetidamente en las distintas comedias de Plauto; sin olvidar que Plauto es un poeta cómico y profundamente satírico, hemos de admitir con Costa que en el siglo II a.C. el divorcio debió ser el medio más usual de terminación del matrimonio, incluso más frecuente que la muerte de uno de los cónyuges, aunque el otro gran poeta cómico del siglo II a.C., Terencio, parece desmentir nuestra apreciación, pues tan sólo tres veces recuerda en sus obras la posibilidad de divorciar.

La intensificación de las relaciones internacionales en el último período republicano y la dominación de Grecia, Asia Menor y Egipto, dieron lugar a un contacto

con culturas totalmente distintas, produciéndose simultáneamente la decadencia de los caracteres básicos de la tradicional familia romana, de tal manera que, en la última época de la República y comienzos del Imperio, la literatura, especialmente satírica, muestra la gran frecuencia de divorcios por las más variadas causas, p. ej., enemistades entre las familias, *disparitas cultus*, mala administración de los bienes, incumplimiento de deberes familiares, etc., y, en ocasiones, son divorcios efectuados por motivos extraordinariamente fútiles, p. ej., que la mujer lleve su cabeza descubierta o asista a un espectáculo.

Sila, Pompeyo, Julio César, Cicerón, Junio Bruto, Marco Antonio, Octaviano Augusto, Calígula y Nerón, entre otros muchos personajes de este período, usaron repetidamente del divorcio. El mismo Cicerón, ya viejo, como refiere Plutarco, se divorció de su irreprochable Terencia, alegando un pretexto tan engañoso como el que hubiera olvidado sus deberes como ama de casa y como madre, cuando en realidad fue para contraer un nuevo matrimonio con una joven más rica, con cuyo patrimonio tenía idea de liberarse de sus deudas, y aun de ésta se separó de nuevo, por no conmoverse suficientemente por la muerte de Tulia, que tan sólo era su hijastra.

No debemos exagerar a base de los datos de las fuentes extrajurídicas. Las altas clases sociales no son toda la sociedad, y moralistas como Séneca, poetas satíricos como Marcial y Juvenal, no son jueces justos, pues exageran y cargan las tintas a fin de que su crítica fuera más eficaz. Por ello no es de extrañar que Séneca recuerde que las mujeres de su tiempo cuentan los años no por los cónsules sino por los maridos, o que Marcial mencione a una tal Cloe liberada de siete maridos a los que había dado muerte o a Galla que se aprestaba a tomar un octavo marido o a Telesilla divorciada diez veces o a la mujer de un pretor que se divorcia para no soportar los gastos de la magistratura del marido o que Juvenal presente la vida conyugal como un infierno imposible de soportar.

Espíritus más equilibrados como Catulo, Horacio, Plinio, Estacio y el mismo Tácito hacen justicia a la virtud no extraña a aquellos tiempos, y los epígrafes numerosísimos que nos narran la vida de los humildes nos enseñan una moral más sólida y más duradera.

En derecho clásico todo matrimonio puede ser disuelto por acuerdo de los cónyuges o por simple notificación hecha por uno de ellos al otro cónyuge. Como recuerda Paulo en D. 45, 1, 134 pr. *in fine*, el matrimonio tanto en su formación como en su pervivencia ha de ser completamente libre, sin que pueda estipularse válidamente una pena respecto de ninguno de los momentos señalados, pues se consideraría como algo inhonesto, viniendo confirmado este principio por una constitución de Alejandro Severo del 223 d.C. (C.I. 8, 38, 2) la cual establece que los pactos de no divorciarse no son válidos, del mismo modo que las estipulaciones penales, celebradas para el caso de un futuro divorcio, no son exigibles.

Un caso particular lo constituye el juramento, intercambiado entre los esposos al comienzo de la vida conyugal, de no divorciarse, de cuya práctica y validez nos dan buena cuenta Suetonio y Séneca. El hecho de que sea el emperador quien libere del juramento, nos indica la trascendencia del mismo en el ámbito religioso, en el cual es el jefe supremo y, por tanto, solamente con su autoridad podía liberar

a los cónyuges de las obligaciones derivadas del mismo, a fin de no caer en las graves penas del perjurio, pero sin que ello contradiga la validez del divorcio celebrado.

Como señala Schulz, esta libertad ilimitada e ilimitable de divorciar es la piedra angular en que se basa la concepción humanitaria que del matrimonio tuvo el derecho clásico. Los jurisconsultos romanos fueron conscientes de los límites del derecho, y se dieron cuenta de que el instrumento propio para evitar en los matrimonios las lamentables consecuencias de la caprichosa voluntad de los cónyuges, no puede ser el derecho, pues éste no puede imponer, por mucho que lo pretenda, una vida pacífica y ejemplar a los cónyuges.

El derecho puede, ciertamente, conservar los matrimonios en el sentido estrictamente jurídico de la palabra, pero la ética y la comunidad política no tenían el más mínimo interés en mantener matrimonios que eran meros armazones legales.

Las penas para castigar los divorcios basados en causas frívolas fueron reconocidas en el derecho republicano, aunque el deber del marido de restituir la dote actuaba en cierto modo como una penalidad, y así, p. ej., Cicerón pasó por momentos de grave dificultad económica cuando hubo de restituir la dote de Terencia y lo mismo le ocurrió a su yerno Dolabela cuando se disolvió su matrimonio con Tulia. Solamente Augusto en la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, a través de la *retentio propter mores*, trata de castigar, mediante una sanción pecuniaria, con ocasión de la restitución de la dote, al cónyuge que ha provocado el motivo para el repudio.

Sin embargo, Augusto deja plena libertad al divorcio. La única excepción a este principio vendría constituida por un precepto de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del año 18 a.C. disponiendo que la liberta no tenía facultad de divorciarse de su patrono y caso de que se divorcie sin su consentimiento, mientras el patrono la considere su mujer, no podrá casarse nuevamente.

Para Levy, la ley referida solamente prohibía divorciarse, pero nada establecía de la imposibilidad de contraer nuevas nupcias, siendo la jurisprudencia clásica la que puso de relieve este significado práctico de la prohibición. Solazzi estima que la *lex Iulia* declara la nulidad de las segundas nupcias contraídas por la liberta divorciada *invito patrono*, pero nada decía de la prohibición de divorciarse. En ambos autores se da la coincidencia en señalar que durante la época clásica el divorcio de la liberta daba origen a la disolución del matrimonio y a la invalidez de las segundas nupcias y solamente a partir de la época postclásica, o, como quiere Longo, desde Justiniano, se consideró subsistente el vínculo conyugal. Rotondi indica que la ley entraba en la categoría de las *Leges minus quam perfectae*, pues prohibía a la liberta divorciarse, pero si contavenía la prohibición no invalidaba el divorcio y no impedía que se disolviera el matrimonio con el patrono, limitándose simplemente a imponer sanciones si se quebranta el precepto, de las cuales la fundamental sería la nulidad de las segundas nupcias.

A través del examen de los textos de las fuentes jurídicas se observa cómo, por parte de la liberta divorciada *invito patrono*, ésta no puede pedir la restitución de la dote, de la cual sigue gozando el patrono; tampoco puede volver a contraer segundo matrimonio, pues pierde el *ius connubii*, ni siquiera pasar a un concubinato, además de no poder ostentar derechos ni hacer valer acciones que presuponen

la cesión del estado de cónyuge, p.ej., la *actio rerum amotarum* o exigir de la liberta las *operae*.

Para Volterra, la parte de la norma de la *lex Iulia* que quita a la liberta la facultad de divorciarse (*potestas divortiandi*) se refiere a la liberta manumitida *matrimonii causa*. Como es irrelevante su voluntad de casarse, así es irrelevante su voluntad de divorciarse. No obstante el divorcio, el matrimonio quedaría válido, con todas sus consecuencias, la primera de las cuales sería la imposibilidad de segundas nupcias. Esta primera parte sería perfecta y la jurisprudencia no habría necesitado acudir a la segunda parte de la norma a fin de determinar el valor práctico de la prohibición de divorciar.

La segunda parte haría referencia a la liberta manumitida *non matrimonii causa*: libre de divorciarse, el divorcio disolvería el primer matrimonio, pero por voluntad expresa del legislador, la liberta no podría contraer nuevas nupcias mientras no lo consienta el patrono.

Volterra, después de un desarrollo exhaustivo de los argumentos en favor de esta tesis reconoce que la misma no tiene apoyo explícito en las fuentes, en su opinión, por culpa de los compiladores que han aplicado el mismo criterio a los dos supuestos.

Solazzi en un estudio reciente ha señalado que las cláusulas contenidas en la *lex Iulia* eran dos: 1. negar la libertad de divorciarse y 2. negar la validez de las segundas nupcias. Distingue este autor entre derecho pretorio y *lex Iulia* por un lado y derecho civil por otro. El divorcio era válido según el derecho civil pero inexistente para la *lex Iulia* y el derecho pretorio, por lo cual la *actio rei uxoriae* ejercitada contra el patrono por la liberta divorciada *invito patrono* venía paralizada por el pretor que no le reconocía la aplicación del edicto *unde vir et uxor*.

La principal dificultad con que se enfrenta esta construcción de Solazzi es la imposibilidad de compaginar la misma con la falta de *ius connubii* en la liberta en orden a las segundas nupcias, siendo éste un instituto del *ius civile*.

Rasi sostiene que el divorcio *invito patrono* no disuelve el matrimonio de la liberta y en su opinión se trataría de un caso de *divortium imperfectum* o sea, de simple separación, lo cual, sin embargo, no se compagina bien con el resto de datos proporcionados por las fuentes.

Estimamos con Astolfi y D'Ercole que el divorcio no sustrae al patrono y a la liberta de las obligaciones y limitaciones propias del estado de cónyuge, y, además, el patrono tiene los derechos que le corresponden al marido. El único efecto concreto del divorcio es la imposibilidad de la liberta de hacer valer algunos de los derechos conyugales, pero esto, en último término, favorece más la teoría de la continuación de la relación conyugal que a su cesación. Si se quita a la liberta la facultad de divorciarse de forma que no pueda contraer nuevas nupcias, parece legítimo deducir que las primeras eran todavía válidas. Ciertamente, en este supuesto, se ha derogado la eficacia normal del divorcio, pero es una excepción limitada al matrimonio entre patrono y liberta, que, por otra parte, conoce otras limitaciones, p. ej., si la esclava es manumitida *matrimonii causa*, solamente puede ser desposada por el patrono, incluso contra su voluntad.

Por lo que hace referencia a la forma, debemos señalar con Costa, Levy, Volterra, Longo, Robleda, etc., que para la declaración del divorcio no existió, con carácter general, una forma determinada, ni siquiera en el período clásico.

Las palabras con las cuales se hacía la declaración de la voluntad de divorciar desde las XII Tablas; *I foras mulier! Vade foras! Baete foras! Res tuas tibi habeto! Res tuas tibi agito!* Estas dos últimas expresiones caracterizadas por Gayo como *verba comprobata*, es decir, palabras usuales en su tiempo eran la terminología normal a nivel popular en los repudios, si bien en ningún fragmento de las fuentes se dice que haya sido necesaria su pronunciación para la validez del divorcio.

De acuerdo con la noción jurídica del matrimonio, cualquier comportamiento de uno solo de los cónyuges que fuera incompatible con la voluntad de ser *vir aut uxor*, p. ej., contrayendo matrimonio como ya observaba el mismo Cicerón en *De Oratore*, era suficiente para considerar disuelto el primero, lo cual demuestra, una vez más, la ausencia de formalidades para la validez del divorcio hasta finales del período republicano.

Con Augusto se establece una forma determinada al divorcio unilateral, a tenor de un pasaje del jurista Paulo. Dicha forma consiste en la presencia de siete testigos, ciudadanos romanos, que han llegado a la pubertad, y un liberto del divorciante que transmitía al otro cónyuge su voluntad.

Respecto de esta forma exigida, probablemente introducida por la *lex Iulia de adulteriis*, ha discutido ampliamente la doctrina. Siguiendo la doctrina más común, representada por Solazzi, Corbett, Lauria, Volterra y Robleda, la referida forma sería necesaria solamente para el divorcio por causa de adulterio a fin de librar al marido del *crimen lenocinii*, al mismo tiempo que servía para señalar el momento a partir del cual se abría la *accusatio adulterii* privilegiada y, transcurridos sesenta días, se abría el plazo para la *accusatio publica*. La declaración de divorcio no formal, incluso en este supuesto, era suficiente para la disolución del matrimonio, si bien insuficiente para liberar al marido de toda posible acusación de lenocinio.

Con los emperadores cristianos se inicia un movimiento legislativo decididamente adverso al divorcio unilateral. Como ha señalado Biondi, frente a la libertad absoluta de divorcio en época clásica y a la que se refieren una constitución del emperador Alejandro Severo del 223 y otra de los emperadores Diocleciano y Maximiano, ambas referidas con anterioridad, nos encontramos ahora con el título *de repudiis* en el C. Th. 3, 12, con otro *de divortiiis et repudiis* en D. 24, 2, así como el tít. 17 del lib. 5 del C.I. *de repudiis et iudicio de moribus sublato*, viniendo incluso superada toda esta regulación a través de las Novelas.

La nueva orientación comienza con una constitución de Constantino (C.Th. 3, 16,1) del año 331, y por las expresiones usadas en la misma, así como por las disposiciones en ella contenidas, parece redactada no por la cancillería imperial, sino en un ambiente eclesiástico cristiano, dicha norma castiga gravemente al cónyuge que se divorcia unilateralmente fuera de tres *iustae causae* taxativamente determinadas, las cuales recuerdan los tres supuestos de la ley de Rómulo referida por Plutarco. Para la mujer son causas justas cuando el hombre sea homicida, o violador de sepulcros o envenenador; para el hombre, cuando la mujer sea adúltera, envenenadora o alcahueta.

Mientras el divorcio bilateral es plenamente libre y no está sometido a ninguna sanción, en el unilateral, aun produciendo el efecto jurídico de disolver el matrimonio, quien lo efectúa fuera de las tres causas enumeradas incurre en las siguientes sanciones: la mujer pierde todos sus bienes en beneficio del marido y sufre la deportación, siendo de este modo incapaz de contraer nuevo matrimonio. El marido deberá restituir la dote y si pasa a nuevas nupcias, la primera mujer puede invadir la casa y apropiarse de la dote de la segunda mujer, por la injuria que le ha sido inferida.

Este sistema probablemente abrogado por Juliano el Apóstata, es el que triunfa entre los sucesores de Constantino. En el año 421, Honorio, Teodosio y Constancio II promulgaron una nueva constitución contra el divorcio (C. Th. 3, 18, 2), la cual aparece formulada en términos y con disposiciones bastante más acordes con la técnica legislativa, insistiendo en la exigencia de causas para el divorcio unilateral.

Se distinguen en la misma como *iustae causae* de divorcio unilateral los *magna crimina* o *graves causae* frente a los *morum vitia* o *mediocres causae*.

Por los *magna crimina*, según algunos identificables con las *iustae causae* de Constantino (si bien no existe en la redacción actual una lista de hechos que tendrían esa consideración de graves, quizá dependiendo esta calificación de la estimación subjetiva del Juez) o tal vez incluyendo entre los supuestos, como quieren otros, los tres considerados como insuficientes por Constantino (que el marido sea jugador, borracho o mujeriego) de uno de los cónyuges, el otro puede libremente divorciarse sin incurrir en pena. De otra forma, será castigado, si bien se distingue entre la existencia de una causa leve y divorcio sin causa alguna.

La mujer que se divorcia por *mediocris causa* pierde la dote, toda donación que hubiera hecho al marido y no puede contraer otro matrimonio, de forma que si lo contrajera puede ser acusada, por el anterior marido, de adulterio. Si se divorcia sin causa, además de incurrir en las mismas penas anteriores, es condenada a la deportación, perdiendo el *ius postlimii*. El hombre que se divorcia por una *mediocris causa* puede tomar la donación nupcial, pero debe restituir la dote y esperar dos años antes de contraer nuevo matrimonio. Si se divorcia sin causa pierde la dote, la donación nupcial y es condenado al celibato perpetuo.

Estas disposiciones vienen atenuadas por los emperadores sucesivos. En el año 436, Teodosio II declara la derogación de las normas emanadas por los emperadores que le han precedido; sin embargo, en el año 449, Teodosio II y Valentiniano III (C.I. 5, 17, 8) dan vigor de nuevo al sistema de Constantino aumentando a 14 las *iustae causae* tanto para el hombre como para la mujer. Para la mujer son causas justas, el que su marido sea adúltero u homicida o envenenador o que maquine contra el imperio o sea condenado por crimen de falsedad o violador de sepulcros o si sustrae cosas en los edificios sagrados o si es ladrón, encubridor de ladrones, cuatrero, plagiaro, o si tiene en su casa reunión con mujeres impúdicas, o si atenta contra la vida de su esposa con veneno, puñal o de otro modo y finalmente si castiga a su mujer con azotes. Para el marido son causas justas las siguientes: que su mujer sea adúltera o envenenadora u homicida o plagiaria o profanadora de sepulcros o si sustrae cosas en los edificios sagrados o si es encubridora de ladrones o si asiste a banquetes bien ignorándolo el marido bien contra su voluntad o si, contra la voluntad del marido, pernocta, sin causa razonable, fuera de casa, o si,

prohibiéndoselo el marido, asistía a espectáculos del circo o teatro, o si atentaba contra su vida con veneno, puñal o de otro modo, o si es cómplice de maquinación contra el imperio, o si interviene en un crimen de falsedad o, en último caso, si le levantara sus audaces manos.

De esta enumeración tan amplia, quizá coincide con las causas referidas en la Constitución del 321, debemos destacar la equiparación que por primera vez se establece entre el *vir* y la *uxor* en cuanto el adulterio como justa causa para divorciar cualquiera de los cónyuges, de forma que, a partir de esta ley, el adulterio del marido es causa justa para divorciar.

Por otra parte, Teodosio y Valentiniano establecen que tanto el cónyuge que se divorcia sin causa como aquel que alega una justa causa será castigado: la mujer con la pérdida de la dote, de la donación nupcial y con la prohibición de casarse antes de cinco años; el hombre, con la pérdida de la dote y de la donación nupcial.

Durante la época postclásica se impone como forma usual de manifestar la voluntad de divorciar la redacción de un documento (libelo) junto al procedimiento más corriente en el período clásico del envío de un nuncio. Sin embargo, la forma no se convierte en exigencia legal hasta el año 449, en que una Constitución de Teodosio II y Valentiniano II (C.I. 5, 17, 8 pr.) declara la *missio repudii* como esencial para la validez del divorcio, si bien no señala una forma escrita u oral. Justiniano mantuvo la exigencia de esta constitución, imponiendo además que la declaración de divorcio en cualquier caso debía ser redactada por escrito, y, de este modo, la forma escrita adquiere carácter esencial y su inobservancia lleva aparejada la nulidad del divorcio.

El año 533, el emperador Justiniano añade a las causas de la Constitución de Teodosio otras causas de repudio a cargo de la mujer: el intento de aborto, el tomar el baño en el edificio de los hombres y el buscarse otro marido viviendo el primero. Estableció además que, si no existían ni la dote ni la donación nupcial, el cónyuge culpable debería remitir al otro (en plena propiedad si no había hijos, en usufructo si los había, reservando a éstos la nuda propiedad) la cuarta parte de su patrimonio, sin que se pudiese superar nunca la cifra de las cien libras de oro.

Este es el sistema de la legislación justiniana anterior a las Novelas. Incluso en la Novela 22 promulgada el 18 de enero del 536, Justiniano no hace otra cosa que confirmar, en orden al *repudium*, las *iustae causae* y las penas patrimoniales fijadas por la constitución de Teodosio y la suya propia, repitiendo a menudo disposiciones precedentes incluso en su redacción.

Es de notar en esta Novela 22, la clasificación de las figuras de divorcio que realiza Justiniano en cuatro grupos: 1. por común acuerdo; 2. por causa inculpable, también denominado divorcio *bona gratia*; 3. sin causa (inculpable o justa) y 4. con causa justa.

La cuestión más interesante se refiere al divorcio inculpable, cuyas causas fueron diversamente enunciadas por Justiniano en dos momentos: en esta Novela 22, considera causas inculpables justificativas del divorcio: el ingreso de uno de los cónyuges en la vida monástica; la impotencia del marido por tres años a contar desde la fecha del matrimonio; la cautividad de un cónyuge, después de un quinquenio

a partir de la incertidumbre de su supervivencia, siendo en este supuesto necesario el repudio; la esclavitud sobreviniente, por causa distinta de la cautividad de uno de los cónyuges y, finalmente, en favor de la *uxor*, la ausencia del marido *militae causa* después de diez años de incertidumbre acerca de su voluntad de querer permanecer en el matrimonio con ella. En la Novela 117 del año 542 se consideran causas del divorcio *bona gratia* solamente las tres siguientes: impotencia del varón, la entrada en la vida monástica de uno de los cónyuges y la cautividad de uno de ellos.

La Novela 117 sirve a Justiniano para intentar reorganizar toda la materia del divorcio, y en su capítulo 12 deroga expresamente todas las causas justas establecidas por las constituciones anteriores, disponiendo en los capítulos 8 y 9 las siguientes causas, que son, en parte, repetición de las antiguas: al marido se le conceden como causas justas: si la mujer ha tenido confidencias de maquinación contra el emperador y no se lo ha descubierto al marido; si la mujer ha sido condenada de adulterio; si la mujer ha atentado contra la vida del marido o no hubiese descubierto al marido las insidias de otros, a ella conocidas; si contra la voluntad del marido hubiese acudido a banquetes o a hacer el baño con otros hombres, y, si contra la voluntad del marido, se hubiese ido a vivir con otras personas, siempre que no fueran sus padres, haciéndose notar que si el marido expulsa a su mujer, no teniendo padres, y, de este modo, la obliga a pasar la noche fuera de casa, éste no es motivo de divorcio, y, finalmente, si contra la voluntad del marido hubiese asistido a espectáculos públicos. A la mujer permite Justiniano el divorcio por cinco causas: si el marido conspirase contra el soberano o no le hubiese revelado la conspiración de otros, de la cual tuviera noticia; si hubiese atentado a la vida de la mujer o no le hubiese revelado las insidias de que tuviera noticia o no hubiese interpuesto una acusación, de acuerdo con la ley; si hubiese intentado deshonorar a su mujer, abandonándola a otros; si la hubiese acusado falsamente de adulterio, y, finalmente, si el marido, en la misma casa donde habita con la esposa, tuviese ilícito comercio con otra mujer, o bien tuviese asiduas relaciones en la misma ciudad, aunque fuere en otra casa, y no obstante las repetidas recriminaciones por parte de la mujer, o de sus padres, o de otras personas respetables, no hubiese desistido.

En cuanto a las penas, tanto del que divorcia con justa causa como el que no está incurso en ninguna de esas causas, también aparecen nuevamente precisadas y determinadas en el capítulo 13 de esta Novela. Debemos simplemente señalar que todas ellas tienen un carácter patrimonial a excepción de la reclusión forzosa en un monasterio, prevista para la mujer, en esta constitución del año 542 y, para el marido, en la Novela 134, 11, 1 del año 556.

Con la Novela 117, capítulo décimo, Justiniano cambia decididamente los principios en orden al divorcio por mutuo consentimiento, pues, excepto el voto de castidad de uno de los cónyuges, señala que debe ser castigado con las mismas sanciones establecidas para el repudio verificado fuera de las *iustae causae*. Esta norma era demasiado grave para la misma sociedad de su tiempo, de tal manera que vino derogada por el sucesor de Justiniano II, en la Novela 140 del año 556, el cual señala, en dicha constitución, que quiso conservar la prohibición pero no tuvo más remedio que ceder a las pretensiones contrarias.

Finalmente, es muy importante advertir que el derecho justiniano mantuvo en general el principio clásico de libertad para divorciar hasta el punto de considerar válido el divorcio prohibido y sancionado con determinadas penas, permitiéndose a los cónyuges contraer nuevo matrimonio.

Las leyes romano-barbáricas no hacen sino reproducir en gran medida las normas romanas en materia matrimonial, p.ej., el Edicto de Teodorico, de la segunda mitad del siglo V d.C., cuyo capítulo 54 reproduce las normas del Código Teodosiano sobre el *repudium*, y la *lex romana* de los Burgundos, de principios del siglo VI d.C., que acoge el principio de la libertad del divorcio por mutuo consentimiento.

El libro de Tubinga, fuertemente influenciado por ideas cristianas, señala, como única causa de divorcio, el adulterio de uno de los cónyuges. En la *Summa* de Provenza del siglo XII se recoge la legislación justiniana, si bien solamente es el marido quien puede divorciar, incluso contra la voluntad de la esposa, en caso de adulterio de ésta.

Para los Glosadores, el divorcio debe ser admitido según el Derecho Civil, por lo cual ellos comentan los pasajes del *Corpus Iuris* relativos a la cuestión, si bien advierten que, según el Derecho Canónico, no es lícito; estos eruditos estudian con detalle las causas y formalidades requeridas para el divorcio, señalando que sólo el hombre puede divorciar por los motivos más extraños, p. ej., Azón enumera el que la mujer esté frecuentemente ebria o ronque a menudo o siempre esté cantando.

Por lo que se refiere a las formalidades, exigidas para la validez del divorcio, nos hablan de la pronunciación de ciertas palabras solemnes en presencia de siete testigos, enviando además el libelo a la esposa por mediación de un liberto, todo lo cual nos recuerda el régimen augusteo recogido en el Digesto. El divorcio no opera *ipso iure* la ruptura del vínculo conyugal, sino que es preciso, según estos juristas, la decisión judicial encomendada a las curias episcopales.

Aunque los Glosadores no abandonan la materia matrimonial a la legislación canónica, particularmente en el tema del divorcio, reconocen los avances de la Iglesia en esta materia, especialmente a través de las causas matrimoniales que han de desarrollarse ante sus tribunales, por lo cual, aunque hablan de un *iudicium de moribus*, desconocen en qué consistiera.

Del excursus precedente deducimos que la experiencia fundamental transmitida por el Derecho Romano y su recepción posterior, es ante todo una experiencia de técnica jurídica, puesto que la regulación estudiada se basó en la concepción social del matrimonio, vigente en cada uno de los momentos históricos analizados. Las leyes que prescinden del elemento social tienen una duración extremadamente precaria, pues inmediatamente se buscan los subterfugios que eviten su cumplimiento. Es el concepto social el que el derecho tiene que formular jurídicamente y, por ello, hemos visto cómo, p.ej., los emperadores cristianos no consiguen imponer una norma civil prohibiendo rígidamente el divorcio, puesto que ello repugnaba a la conciencia social de su tiempo, del mismo modo que si el legislador reconoce un divorcio en términos no válidos para la conciencia social determinada, producirá una disociación entre la norma jurídica y la realidad social que trata de regular, carecien

do consecuentemente de toda operatividad, y dejando de cumplir el fin primario asignado al ordenamiento jurídico vigente.

J. GARCÍA SÁNCHEZ

Universidad de Oviedo