

Leg 6 Cuaderno 1 p. 22.
El Matrimonio rom.

DISCURSO

leído

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

D. MANUEL RODRIGUEZ DE CAMPOMANES,

en el acto solemne

DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE DOCTOR

EN LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA.

MADRID :

Imprenta de J. M. Ducazal, plaza de Isabel II, núm. 6.

1860.

439

107
P. 22

DEPARTMENT

OF THE

OF THE

22.

IN

1870

TEMA NUM. 1.º

Explicacion de los textos inicial y primero del título 10, libro 1.º
de las Instituciones de Justiniano.

UVA. BHSC. LEG.06-1 n0439

U/Bc LEG 6-1 n2439 HTCA



1>0 0 0 0 2 8 0 6 3 9

DISCURSO

leído

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

D. MANUEL RODRIGUEZ DE CAMPOMÁNES,

en el acto solemne

DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE DOCTOR

EN LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA.

MADRID:

Imprenta de J. M. Ducarzal, plazuela de Isabel II, núm. 6.

1860.



UVA BHSC LEG.06-1 n0439

DISCERN

LA UNIVERSIDAD CENTRAL

A DON ROBERTO DE CARRASCO

DE RECEBIR LA ENSEÑANZA DE DOCTOR

UVA. BHSC. LEG.06-1 n0439

Excmo. é Ilmo. Sr.

HAY una cosa que sirve á la vez al hombre de cuna y de asilo, donde nace, se desarrolla y educa, donde busca consuelo y fuerzas contra las tormentas que en la vida le agitan, y que es el santo é inviolable santuario de sus alegrías y dolores: esta es la familia.

Su origen es el matrimonio: esa respetable y santa institucion que desde el principio del mundo ha atravesado todas las edades con la noble mision de perpetuar la especie humana y de cuidar y dirigir en sus primeros años al niño, que tan necesitado es entonces de auxilio, y que sin él no llegaría nunca á hacerse hombre ni ser un ciudadano útil á su patria.

Immensa es por lo tanto su importancia como contrato verdaderamente social y fundamento de la familia, y plantel de las sociedades humanas.

A consideraciones de gran trascendencia se presta, pues, esa institucion considerada en general y bajo el punto de vista filosófico, pero no va á ser este el objeto del presente trabajo, sino en concreto, el del matrimonio romano.

Lo que nosotros vamos hoy á emprender es un verdadero trabajo

histórico, porque realmente no es otra cosa la expresión genuina y exacta de las ideas y sentimientos de un pueblo antiguo, que há siglos ha desaparecido como tal, acerca del matrimonio, que es el asunto de los párrafos *inicial y primero del título 10, libro 1.º de las Instituciones de Justiniano*, que van á ser el objeto de nuestro discurso. Nada habrá por lo tanto nuevo en él; nada que antes de nosotros no hayan dicho los ilustres sábios que se han dedicado en el trascurso de los siglos al importante estudio del Derecho romano, y mucho menos nada, que por las noticias y datos que de aquella remota era existen, no tengamos fundado motivo para presumir que tuvo en ella una existencia real, pues lo contrario no sería hablar del matrimonio romano, sino hacer la exposición de un sistema que nosotros mismos nos hubiésemos forjado á nuestro albedrío.

Para hacer, pues, por completo este estudio histórico, esta evocación de lo que entre los romanos era el matrimonio, procuraremos olvidarnos de nuestras ideas modernas, del modo que tenemos de considerar hoy esta materia, con el fin de que todo lo que digamos sea un vivo reflejo de la institución matrimonial entre los romanos.

Este olvido de nuestras actuales ideas, y hasta de nuestro lenguaje sobre este punto, nos es tanto mas necesario, cuanto es mas profunda la diferencia que existe hoy entre nuestra legislación sobre esta materia y la suya, desde el momento en que el Divino Salvador elevó á la dignidad de Sacramento el contrato de matrimonio.

Para hacer, pues, el estudio de esta materia con el debido orden y con el fin de llegar á tener de ella la idea mas clara posible, haremos en primer lugar una exposición circunstanciada y detenida de las doctrinas de Derecho romano, las compararemos despues con las del nuestro, y concluiremos con unas ligeras reflexiones filosóficas en que á nuestro entender esponjamos cuál de las dos legislaciones sea mas útil á la sociedad y al individuo.

Sabido es el exclusivismo del Derecho romano, sabido es que en él aparece mas clara que en ningun otro la idea de Derecho civil; esto es, de un derecho propio y exclusivo de los habitantes de una ciudad

y extraño á todos los que á ella no pertenecen, que exige como condicion indispensable para gozar de las ventajas que concede el ser ciudadano romano, y que por el contrario el *Hostis*, el *Peregrinus*, el *Bárbarus*, como apellidaban á todos los que no eran romanos, no tienen, atendiendo á él, consideracion alguna.

Jus quiritium en su denominacion antigua y característica, *optimum jus civium romanorum*, y mas tarde *jus civitatis*, *jus civile*, tal es la denominacion de aquel derecho exclusivamente propio de la ciudad en cuanto al territorio y de los ciudadanos en cuanto á las personas.

Este carácter que aparece en todas las instituciones de aquel derecho, no podia menos de revelarse en la organizacion de la familia, ya por la importancia que en sí misma tiene, ya tambien porque siendo el núcleo de aquella sociedad como de todas, era por donde mas fácilmente podian introducirse en ella elementos extraños que tan abiertamente la repugnaban. Así vemos que era por completo creacion del derecho civil, siendo su vínculo un vínculo de poder, estando comprendidos en ella solamente los que estaban sometidos á la potestad del padre de familias, y siendo por el contrario extraños, respecto de ella, algunos de los que atendiendo á los principios de derecho natural, estaban mas íntimamente unidos por los lazos de la sangre. Así la mujer, que era esposa para su marido y madre para sus hijos, podia no formar parte de la familia de aquel, y hasta este y sus descendientes podian ser extraños á ella.

La legislacion romana no daba importancia mas que á una sola persona en la familia; su poder lo absorbe todo, esta, que es el padre y señor, es dueño absoluto de todos los demás, y tiene á su disposicion libre y sin trabas la propiedad.

Pero la potestad que ejercia sobre los que le estaban sometidos era de distinta clase; llamábase *manus* la que tenia el marido sobre su mujer, cuando esta habia entrado en su familia de alguna de las maneras solemnes de que despues hablaremos. *Mancipium* se decia la que ejercitaba el padre de familias sobre un hombre libre, cuya

propiedad había adquirido por enagenacion solemne; y por último, *potestas*, que es la potestad en su rigurosa acepcion, y que en el lenguaje romano significa la potestad del padre sobre sus hijos (*patria potestas*), y á la vez la del señor sobre sus esclavos (*potestas dominorum*), que llegaba hasta el estremo de poderles privar de la vida, en los primeros tiempos, sin causa ni motivo alguno, y venderlos como cualquiera otra cosa que estuviese en su poder.

Dada esta ligera idea de lo que era la familia romana, comenzaremos á ocuparnos del matrimonio, que como hemos hecho notar, no era considerado entre ellos como su verdadero fundamento, pero al que no podia menos de conceder inmensa importancia, atendiendo á que por mas que en su derecho estricto aparentasen desconocerlo, nunca podian ignorar que con arreglo á los principios de la equidad natural, es la verdadera piedra angular no solo de la sociedad doméstica, sino tambien de la política.

Las primeras palabras del testo inicial que nos hemos propuesto estudiar, ó sean las de *justas nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt*; nos obligan á recordar la idea del esclusivismo del derecho romano que ya antes hemos indicado, pues como en él se vé, los jurisconsultos, al hablar de las bodas de los ciudadanos romanos, tienen buen cuidado en decir *juste nuptiae justum matrimonium*, empleando solo las de *nuptiae* ó *matrimonium* cuando se refieren á las de los peregrinos, que por mas legítimas y justas que fuesen, no tenian consideracion alguna con arreglo al derecho; pues como el testo dice solo las contraidas por ciudadanos romanos (ó por los que gozaban del derecho de *connubium*) con arreglo á las leyes, eran las verdaderas nupcias, y las únicas por lo tanto que producian la patria potestad el parentesco civil *agnatio* y los derechos de familia.

Considerado el matrimonio por todas las naciones y en todos los tiempos como uno de los actos de mas trascendencia, no solo relativamente al individuo sino tambien á la sociedad, como que dá nacimiento á una nueva familia, ha ido acompañado siempre de invoca-

ciones y súplicas á la divinidad, lo mismo en los siglos en que dominaba la idolatría que en los posteriores á la predicacion del Cristianismo.

Así sucedió tambien en Roma, pero en ningun tiempo, ni aun en el de Justiniano, le fue esencial ninguna solemnidad religiosa para su completa validacion, sosteniéndose, por el contrario, por la mayor parte de los autores, que para ella bastaba el mero consentimiento de las partes.

Mr. Ortolan ha sustentado en nuestros tiempos una opinion nueva reducida á enseñar que para la perfeccion del matrimonio se exigia por derecho romano, además del consentimiento, que la mujer fuese entregada al marido, ó que se pudiese esta á su disposicion.

Los fundamentos en que la apoya son: Primero: que los contratos consensuales podian hacerse entre ausentes por carta ó por mensaje, y por el contrario, el derecho romano declara terminantemente, que la mujer ausente no puede casarse ni por carta ni por mensaje. Segundo: en que fijado el momento de celebrarse el matrimonio, es opinion comun que le falta todavía alguna cosa, que no pudiendo ser el consentimiento que ya existe, tiene que ser precisamente la tradicion de la mujer.

Esta, continúa Mr. Ortolan, podia tener lugar de cualquiera de los modos conocidos en derecho, que se reducen, ó bien á tomar el acreedor lo que le corresponde, ó bien á llevárselo al deudor á su domicilio. Este último modo era el admitido para la tradicion de la mujer, á la que se la conducia á la morada de su marido con la mayor pompa y solemnidad, cubierta con el *Flammeum*, y siendo acogida en ella con otra porcion de ceremonias simbólicas, tales como la entrega de las llaves, el recibimiento del agua y del fuego, y otro gran número de graciosas formas que servian para encubrir la dura severidad del derecho.

Pero hay además otra clase de tradicion sin necesidad de poner materialmente la cosa en poder del acreedor, y así aparece de los testos que hablan tanto del deudor que deposita ante el acreedor el

dinero que le debe, como respecto al vendedor que demuestra al comprador la cosa que le abandona.

Basta á veces que las partes consientan en presencia de lo que va á ser entregado (*si in presenti consenserint*), tomándose entonces posesion, no corporalmente, sino con los ojos y la intencion (*sed oculis et affectu*). Con arreglo, pues, á estos principios, no era indispensable para que se realizase la entrega de la mujer que esta tuviese lugar materialmente, bastando por el contrario que fuese puesta ó se pusiera ella misma, si era persona *sui juris*, á disposicion de su marido. En este sentido afirma Mr. Ortolan que muchos testos hablan de la sola intencion, del consentimiento solo.

Con esta doctrina, sigue diciendo, tienen esplicacion todas las dudas, y se comprende por qué á la mujer ausente no estaba permitido casarse por procurador ni por carta, y por qué por el contrario podia hacerlo el varon si la mujer era conducida á su domicilio (*si in domum ejus deduceretur*), y por qué, como diremos mas adelante, la concubina no se diferenciaba de la mujer mas que la intencion, porque aunque habia tradicion, no era la tradicion legal.

Mr. Ducauroy profesa otro sistema, pues hace una ingeniosa distincion entre *nuptiæ* y *matrimonium*, aplicando la primera palabra á las ceremonias y la segunda al contrato en sí mismo, y sosteniendo ser precisa para aquellas la presencia de la mujer, pero no para este último, que se perfecciona con el consentimiento.

Ortolan le contradice fundándose en que en su principio la voz *nuptiæ* (de *nubere* casarse) significó las ceremonias, pero despues se aplicó indistintamente á estas y al contrato de matrimonio en sí mismo, y que así está definido (*nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae*).

Dejando nosotros aparte la resolucion de esta cuestion, por no juzgarnos para ello competentes, lo que diremos es que el matrimonio entre los romanos, ya se perfeccionase por el consentimiento, ya por la entrega de la mujer, no salió nunca de la categoría de actos privados, ni exigió ningun otro requisito para su complemento; pues

aunque se estendian á veces ciertos documentos con los nombres de (*instrumenta dotalia, nuptiales tabulae, instrumenta ad probationem matrimonii*) no tenia mas objeto que, ó demostrar su existencia, ó arreglar lo concerniente á la dote.

Sin embargo, cuando el matrimonio era entre personas de condicion desigual, parece resultar de las antiguas leyes la necesidad de que hubiese contrato dotal.

Esta doctrina, que es la consignada en la Instituta, fué modificada por las novelas en dos puntos que vamos á apuntar aquí y que son: 1.º, que las personas de gran dignidad hasta la categoria de ilustres, no podian contraer matrimonio sin contrato dotal; 2.º, que las demás personas, escepto los pobres, los agricultores y los soldados, estaban obligados á presentarse á declarar su matrimonio ante el defensor de alguna iglesia, con expresion del año, mes y dia en que lo habian contraido.

Aunque hemos dicho que el consentimiento ó la tradicion eran suficientes para que el matrimonio existiese, no sucedia lo mismo si queria la mujer entrar en la familia de su marido, pues entonces aquel tenia que celebrarse por la *confarreacion*, la *coemption* ó el *uso*. La *confarreacion* inventada por Rómulo, segun la opinion mas comun, fué una antigua ceremonia de matrimonio mediante la cual, pronunciadas ciertas palabras, presentes diez testigos, y hecho un sacrificio solemne, en que se presentaba tambien una torta de *farro* (*panis farreus*), la mujer quedaba sujeta á la potestad del marido. Este rito han sostenido algunos que era especial de los pontífices y sacerdotes, pero Dionisio de Halicarnaso dice con terminantes palabras que era comun á todos los ciudadanos.

Los efectos de la *confarreacion* eran que la mujer pasaba en todo á la familia de su marido, y estaba mirada con relacion á él como su hija, siendo por lo tanto su heredera, pero estando á la vez sometida á su potestad, hasta el estremo de que todo lo que adquiria lo adquiria para su marido, y que este en los primitivos tiempos tenia sobre ella el derecho de vida y muerte. Además, en caso de di-

vorcio, debía este verificarse por la difarreacion, que era un rito contrario al de la confarreacion, y en el que tambien debian intervenir los Pontífices.

Empero este rito, por la negligencia de los individuos, por la dificultad de las ceremonias, por la exorbitancia de los gastos, por el deseo de conservar la patria potestad, y mas que por nada, por lo muy grata que á entrambos era la facultad de divorciarse, se fué desusando completamente, hasta el estremo que en tiempo de Tiberio no pudieron encontrarse mas que tres aspirantes al sacerdocio, nacidos de padres casados por confarreacion.

Estuvo algun tiempo mas vigente el segundo rito, ó sea el de la *coemption*, que no es otra cosa sino la compra reciproca de los esposos; pues hay motivos para suponer que no solo la hacia el hombre, sino tambien la mujer. De esta última, que es la que podia ofrecer alguna dificultad, dice un antiguo autor: «segun ley antigua de Roma, la novia solia llevar tres ases, y dar al marido, como para comprarlo, uno de ellos que tenia en la mano; el otro que tenia en el pié, ponerlo en el ara de los dioses de familia; y el tercero, que tenia metido en una bolsa, solia sacarlo ante los lares de la inmediata encrucijada y depositarlo allí.» Con el primer as, pues, hacia la compra del marido, mediante ciertas palabras solemnes; con el segundo, la mujer figuraba comprar para sí los dioses y lares penates, para hacerse partícipe de los derechos sagrados de su marido; con el tercero aparentaba abrirse la entrada de la casa de este, en la que debia penetrar, no por la puerta, sino por la cerca del huerto que al efecto era demolida.

Se ignora, por lo demás, cuáles fuesen las palabras solemnes de la *coemption*, por mas que conste que eran indispensables. Algunos aseguran que se hacia mediante una estipulacion en que el varon preguntaba á la mujer si queria ser su madre de familias, y que esta respondia afirmativamente (*se velle*), y que de la misma manera preguntaba la madre de familias y respondia el varon.

Los efectos de la *coemption* eran los mismos que los de la *con-*

farreacion, pues tambien quedaban las mujeres bajo la potestad de sus maridos y se llamaban madres de familia. Así como las *nuptias* celebradas por la *confarreacion*, se disolvian por la *difarreacion*, del mismo modo las celebradas por la *coemptio* lo quedaban por la remancipacion.

El tercer modo que hemos dicho que habia de contraer matrimonio era el *uso*, que consistia en que el marido usucapia á la mujer sin que hubiese precedido la *confarreacion* ni la *coemptio*. Para esto era preciso que hubiese permanecido en su compañía un año entero sin faltar tres noches durante él.

Al matrimonio solian preceder los esponsales; esto es, la promesa de un matrimonio futuro. No se exigian mas formalidades que el consentimiento de los contrayentes y el del cabeza de familia, siendo suficiente que aquellos tuviesen siete años y fuesen capaces de contraer matrimonio entre sí á lo sucesivo.

Habiendo espuesto el modo de celebrarse el matrimonio y hablado de los esponsales como de su antecedente frecuente, pasaremos ahora á ocuparnos de los requisitos indispensables para contraer aquel, que segun Ulpiano son: primero, la pubertad; segundo, el consentimiento; y tercero, el *connubium*.

Pubertad.—Así se designa el momento en que atendiendo al desarrollo natural tanto del hombre como de la mujer, pueden unirse con intencion de tener prole y en el que por lo mismo es posible el matrimonio.

El derecho primitivo no fijaba regla alguna acerca de la época en que debían considerarse púberos tanto á los hombres como á las mujeres, y los padres de familia los casaban cuando consideraban que tenian para ello la suficiente capacidad.

El emperador Justiniano, sin embargo, no al hablar de las nupcias, sino al ocuparse de los medios de concluir la tutela, indica que en los tiempos anteriores al suyo se hacia constar la pubertad en los varones por una observacion indecorosa y una deshonesta inspeccion, lo que juzgando indigno de la moralidad de su siglo, abrogó,

estableciendo por una constitucion que los varones se considerasen púberos á los catorce años y las hembras á los doce.

Nos parece, con todo, lo que primero dijimos mas en armonia con los hechos, ya porque no fué Justiniano el primero que fijó la época de la pubertad, pues antes que él lo habia hecho Augusto, ordenando en la ley Papia Poppea que se considerasen casaderas las jóvenes de doce años, y ya tambien porque no aparece absolutamente cierto que los romanos explorasen la pubertad de los varones como el emperador india.

La causa de la duda y confusion en esta materia vino de las agitadas cuestiones de los antiguos jurisconsultos. Como la mayor parte hubiesen hecho sus estudios en las escuelas de los Estóicos y estos reputasen púberos á los varones de catorce años y á las hembras de doce, casi todos ellos abrazaron estos principios, en especial los Proculeyanos. Por el contrario, los partidarios de Casio Longino juzgaban que la pubertad debia graduarse por el desarrollo físico. Prisco Jaboleno, como queriendo conciliar los opuestos pareceres, enseñaba que debia atenderse á la vez á ambas cosas.

Estas distintas teorías no salieron, sin embargo, nunca al terreno de la práctica, por mas que al anunciarlas parezcan de aplicacion diaria, sobre todo entre los romanos, que marcaban de una manera tangible el paso á la pubertad, haciendo dejar á los jóvenes la Pretesta por la Toga viril cuando llegaba esta época, en las fiestas que anualmente se celebraban el 17 de Marzo y que eran conocidas con el nombre de *Liberalia*. No destruyó, pues, Justiniano con su religiosísima Constitucion como él la apellida, práctica alguna indecorosa que existiese en los tribunales romanos, sino meramente una opinion de jurisconsultos.

El segundo requisito que exige Ulpiano como indispensable para contraer matrimonio, es el consentimiento que deben prestarlo á la vez los contrayentes y las personas en cuyo poder se hallan. La primera condicion del consentimiento es la libertad, no llegando por lo tanto el poder de los padres romanos, á pesar de su gran estension,

hasta obligar á sus hijos á celebrar un matrimonio que rechazasen.

En cambio, era aquel siempre indispensable, cualquiera que fuese la edad del hijo, exigiéndose tambien el del abuelo si tenia á sus nietos en su poder, con esta diferencia, que si eran varones y vivian sus padres, estos debian prestarle, bastando si eran hembras el del abuelo. La razon de esta diferencia la encontramos en que las hijas salian de la familia de su padre, y por lo tanto los hijos que tuviesen nunca estarian en su poder ni serian sus herederos; todo lo contrario de lo que sucedia con los hijos de los hijos. El consentimiento paterno era una consecuencia de la patria potestad, así que nunca se pedia á la madre, y que el hijo que entraba en una familia por adopcion, pedia el consentimiento de su padre adoptante y no del natural, y por último, que el hijo emancipado no necesitaba el consentimiento de nadié. Este rigor fué posteriormente templado por varias Constituciones de los emperadores, en que se establecia que la hija menor de veinte y cinco años que estuviese emancipada, necesitase el consentimiento de su padre, y si no le tenia, el de su madre.

El consentimiento paterno, como dice el testo, debia ser anterior al matrimonio (*jussum parentis præcedere debeat*), por mas que algunos, afirmando que bastaba que se prestase en cualquier momento, hayan dado sobre este punto motivo á alguna dificultad, porque indudablemente siendo el consentimiento paterno un requisito esencial, cuando este exista convertirá en válido el matrimonio en cuanto al tiempo futuro, pero nunca en cuanto al pasado, en que por su falta fué completamente nulo.

No es decir esto que el consentimiento haya de ser espreso, basta con que sea tácito y aun hasta presunto. En ese sentido resolvió Justiniano la cuestion de los que dudaban si podria contraer matrimonio el hijo del loco (*unde quesitum est an furiosi filia nubere, aut furiosi filius usorem ducere possit*), estableciendo que á ejemplo de la hija, sobre la cual nunca hubo duda, porque no continuaba la familia de su padre, pudiera tambien el hijo del furioso casarse con tal que conviniese en ello la persona con quien va á unirse en pre-

sencia del curador y de los parientes mas cercanos del padre, fijándose la dote y las donaciones *propter nuptias*, (*sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum*). Con los mismos requisitos podian contraer matrimonio los hijos de los que estaban en cautividad, ó cuyo paradero se ignoraba por tres años.

El tercer requisito esencial en el matrimonio es el *connubium*, por el que se entiende la capacidad individual de casarse con una persona determinada, y en este sentido deben entenderse las palabras de Ulpiano, *connubium est uxoris jure ducendæ facultas*.

La primera condicion que se exigia en las personas para que tuviesen este derecho de *connubium*, era la de que fuesen ciudadanos romanos, ó si no lo eran, que se les hubiese concedido espresamente (*connubium habent cives romani cum civibus romanis; cum latinis autem et peregrinis, ita si concessum sit*).

Con la Constitucion de Caracalla perdió este principio gran parte de su importancia, pues por ella se igualaron todos los habitantes del Imperio concediéndoles, cualquiera que fuese el país en que habitarán, el derecho de ciudadanía.

A veces tambien sucedia que entre los mismos ciudadanos romanos no existia el derecho de *connubio*, como por ejemplo, entre aquellos que eran parientes.

El parentesco no tiene entre nosotros la significacion que entre ellos, que llamaban *parens*, *parentes* á los padres (*de parere* parir).

La espresion que en derecho romano equivale á la de parentela es la de *cognacion*, *cognatio*, que no es otra cosa sino el vínculo que liga á dos personas unidas por la misma sangre, ó que la ley considera tales. Es en el primer caso verdadera y natural, ficticia meramente en el segundo. En la *cognacion* se distinguen líneas y grados á cuya determinada esplicacion no descendemos, porque sobre ser una cosa muy conocida, haria este discurso demasiado largo y fatigoso.

El verdadero parentesco civil era el de la *agnacion*, que no es

sino el lazo que une á los individuos de una misma familia, y la causa eficiente de este vínculo es la potestad patria ó marital que los uniria á todos bajo el poder de una sola persona, que seria el jefe de familia mas remoto, si viviera.

Además de los cognados y agnados se conocian antiguamente los gentiles, que han dado mucho en qué pensar á los que se dedican al estudio del derecho romano, para esplicar lo que verdaderamente fuesen.

En la imposibilidad de hacerlo por nosotros mismos, dejaremos hablar á Mr. Ortolan, que con este motivo dice lo siguiente en su Generalizacion del derecho romano. «La idea de la clientela desde luego y la de una libertad posterior, son indispensables á nuestro entender para comprender bien esta institucion del derecho civil quirritario. Los ciudadanos que proceden de un tronco comun, de origen perpétuamente ingénuo, y que entre sus abuelos no ha habido ninguno en clientela ni en servidumbre, y que por consecuencia se forman á sí mismos de generacion en generacion su propia genealogía, y que están unidos por los vínculos del parentesco civil, constituyen en su conjunto una *gens*; son á la vez entre ellos agnados y gentiles. Bajo este punto de vista, no se percibe bien la diferencia que existia entre la gentilidad y la agnacion, á no ser que las condiciones que la constituian, á saber, que ninguno de los abuelos hubiera estado nunca en servidumbre ni en clientela, la hiciesen esclusivamente propia en los tiempos primitivos de los Patricios, porque todos los primeros plebeyos eran clientes. De modo que por esta consideracion, en las primeras épocas la gentilidad seria la agnacion de los Patricios, y la *gens* la familia patricia. Pero por otra parte, estos patricios á la vez agnados y gentiles entre sí, son además gentiles de todas las familias de clientes ó de libertos derivadas civilmente de su *gens*, de la que toman el nombre y la *sacra*, y á los cuales su *gens* sirve de genealogía civil. Estos descendientes de clientes ó de libertos tienen gentiles y ellos no lo son de nadie: con relacion á ellos, los agnados son completamente distintos de los gentiles.»

Se conoce también en derecho romano con el nombre de afinidad

el vínculo que establece el matrimonio entre cada uno de los esposos y los parientes del otro. Realmente aquí no hay grados ni líneas, pues estas personas no descienden las unas de las otras, ni tampoco tienen ningún ascendiente común; mas sin embargo, se establece la regla de que todo cognado de uno de los esposos es aliado del otro en el mismo grado.

Espuestos estos preliminares, podemos decir que sin distinción entre la cognación y la agnación queda prohibido el matrimonio:

Primero: entre personas que descienden las unas de las otras hasta el infinito (*inter parentes et liberos infinitæ, cujuscumque gradus connubium non est*).

Segundo: en la transversal el matrimonio está siempre prohibido en el segundo y tercer grado, y en los demás solo cuando uno está inmediatamente bajo el tronco común.

Tercero: el parentesco por adopción se ajusta á las mismas reglas, mas disuelta aquella, no queda subsistente el impedimento mas que entre los que respectivamente ocuparon el lugar de ascendientes y descendientes.

La cognación puramente natural producía también impedimento para el matrimonio, por mas que no proviniese de justas nupcias, porque en esta materia hay que observar los principios del derecho natural y las reglas del pudor. De aquí emanan dos consecuencias: primero, que del contubernio de los esclavos nacían impedimentos para el matrimonio; segundo, que aun el concubinato y el comercio ilícito producía asimismo impedimento.

Finalmente, consideraciones políticas y de orden público hicieron nacer otros distintos impedimentos para el matrimonio.

Así las leyes de las Doce tablas los prohibía entre los patricios y plebeyos, *patribus cum plebe connubium nec esto*; disposición que por las grandes alteraciones que produjo fué derogada por la ley Canuleya. Tampoco existía *connubium* entre los ingenuos y libertinos, hasta que la ley Papia Poppea, promulgada en tiempo de Augusto, vino á allanar este obstáculo.

Estaba tambien prohibido á los ingenuos contraer matrimonio con las mujeres escénicas ó prostituidas; pero Justiniano, enamorado de Teodora, hija de un cochero del circo y además cómica, obtuvo de su tío Justino que en una Constitucion declarase que cesaba la deshonra en que incurria una mujer dedicada al teatro, cuando abandonaba su profesion, siendo por lo tanto capaces entonces de casarse con cualquiera persona por elevada que fuese su categoria.

Habia, por último, otros varios impedimentos, tales como el que existia entre el tutor y curador y la pupila que habia tenido en guarda, el gobernador de una provincia y una mujer natural ó avecindada en ella, etc., etc., que no merecen una mencion especial.

Debemos, por último, hacer observar que en el Derecho romano prevaleció siempre la unidad, siendo desconocida la poligamia, por mas que segun algunos aseguran, Elio Cecina, tribuno de la plebe, á instancias de César, trató de establecerla por medio de una ley.

Más averiguado que este hecho es el de la existencia de una Constitucion de Valentiniano el mas jóven, que permitia á cualquiera hombre casarse con dos mujeres. Pero ni aun esta ley, que tenia por objeto rechazar de sí la impureza de un hecho propio, subsistió vigente en la posteridad.

Conocido ya lo que era el matrimonio en sí mismo y los requisitos que se exigian para su completa validez, pasemos á ocuparnos de sus efectos.

Por lo que hace á las personas, el hombre tomaba el título de *vir* y la mujer el de *uxor*. El primero estaba obligado á protegerla y defenderla; esta participaba de sus honores y dignidades y no tenia mas domicilio que el suyo.

En cuanto á los hijos, habia la presuncion de paternidad que no podia ser negada sino con pruebas ciertas, y naciendo en favor del padre la patria potestad.

Relativamente á los bienes, se constituia en favor de la mujer un instrumento dotal en que constaban los que de su pertenencia eran entregados al marido para sostener las cargas del matrimonio y que

se conocian con el nombre de dote, sobre los que tenia la propiedad.

Los demás bienes de la mujer no comprendidos en la dote se llamaban Parrafernales y sobre ellos conservaba esta la propiedad, no teniendo el marido á su disfrute mas derechos que los que ella queria darle. Para garantizar la dote, solia hacer el marido á su mujer la donacion designada con el nombre de *propter nuptias*, á la que esta no tenia derecho alguno hasta la disolucion del matrimonio, á no ser que este por el mal estado de su fortuna se viera obligado á hacer cesion de sus bienes, en cuyo caso aquella tomaba la donacion *propter nuptias* para sí y sus hijos.

El matrimonio romano se disolvia por la muerte de alguno de los cónyuges, por la pérdida de la libertad, por el cautiverio y por el divorcio.

Nos ocuparemos únicamente de este último modo, porque los demás no exigen una explicacion especial. Los romanos profesaban la doctrina de que el matrimonio era un contrato que como todos los demás podia concluir por el mútuo disentimiento. Así es que el divorcio es tan antiguo como la legislacion romana, apareciendo ya consignado en las leyes de las Doce tablas, aunque á creer á los antiguos historiadores fué tal la pureza de costumbres de los primitivos pobladores de Roma que trascurrieron cinco siglos sin que hubiese ejemplar alguno de divorcio, hasta que Carvilio Ruga, en el año 520 de la fundacion de Roma, fué compelido por los censores á él á causa de la esterilidad de su mujer.

Todo lo contrario aconteció en los últimos tiempos de la república en que la desmoralizacion se aumentó extraordinariamente haciéndose muy comunes los divorcios, y llevándose á tal extremo la corrupcion de costumbres, que Juvenal nos refiere que una mujer en cinco años cambió ocho maridos, y Séneca asegura que los matrimonios eran ordinariamente de la duracion de los consulados.

Las leyes de Augusto Julia y Papia Poppea se promulgaron con objeto de cortar estos abusos, fijando las justas causas de divorcio y castigando los que se hacian sin motivo.

A pesar de ellas no se exigía para el divorcio solemnidad alguna, á no ser que la mujer hubiese entrado en la familia de su marido por la *confarreatio* ó la *coemptio*, en cuyo caso ya hemos dicho que era indispensable para romper la potestad acudir, segun los casos, á la *diffarreatio* ó á la *remancipacion*. En todos los demás bastaba que manifestasen los esposos su voluntad ante siete testigos, y que uno de ellos hubiese mandado al otro el instrumento de repudiacion que contenia estas palabras: *tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito*. Verificado el divorcio, el marido podia contraer otro enlace inmediatamente y la mujer en pasando un año.

Para completar la materia que nos hemos propuesto tratar hablaremos ligeramente del concubinato, que era la union licita de dos personas de distinto sexo, aunque sin intencion de contraer matrimonio (*licita consuetudo causa non matrimonii*). Fué esta union frecuente entre los romanos y las leyes la distinguian de *stuprum*, y no imponian por ella pena alguna, pero la opinion pública la imprimia una nota desfavorable, y así era que no solian vivir en él mas que mujeres prostituidas ó de baja estraccion. El único efecto que producía era el de indicar la paternidad, llamándose los hijos que de estas uniones nacia *naturales liberi*. No estaban con todo en la familia de su padre ni sucedian en sus bienes, pero podian ser legitimados, bien porque la union de los que les habian dado el sér se convirtiese en verdadero matrimonio, bien por cualquiera de los otros medios que designa el Derecho.

Concluida así la esposicion de las doctrinas romanas acerca del matrimonio, siguiendo el sistema que nos hemos propuesto, haremos una breve indicacion de las nuestras acerca del mismo punto.

Fundado nuestro derecho en que el matrimonio es no solo un contrato sino tambien un Sacramento, exige ritos y solemnidades sin las cuales es completamente nulo, las que estan mareadas en el Concilio de Trento, que en España tiene en un todo la fuerza de ley del reino.

El señor Laserna fija cuatro puntos principales que dice marcan las diferencias entre nuestro matrimonio y el romano, que son la ca-

pacidad de los contrayentes, los requisitos de su celebracion, los efectos civiles que produce y el divorcio, de todos los que nos ocuparemos sumarísimamente.

En cuanto á la primera, la tienen todos aquellos entre quienes no existe un impedimento, los que son de dos clases; dirimentes, é impeditos, á cuya definicion no descendemos por estar comprendida en las mismas palabras con que se designa.

Los impedimentos impeditos provienen ó de incapacidad física, ó de parentesco, ó por razon de religion.

Solo advertiremos relativamente al parentesco, que la computacion de grados no es enteramente igual á la de Derecho romano, y que nosotros conocemos otras dos clases de parentesco que son: el de cuasi afinidad y el espiritual. El primero es el que existe entre el que ha contraido esponsales válidos y los parientes del otro; solo impide el matrimonio en el primer grado mientras aquellos subsisten. El segundo nace del Bautismo y la Confirmacion, y le contraen el padrino y el ministro del Sacramento con el bautizado ó confirmado y con sus padres, y es entre ellos impedimento para el matrimonio.

Son impedimentos impeditos los esponsales válidos, el voto de castidad, la ignorancia de los rudimentos de la religion, etc.

Tanto estos como los anteriores impedimentos no son un obstáculo invencible para el matrimonio, á no ser que se funden en principios de moralidad, pues por lo demas, pueden ser dispensados por el Papa ó los obispos segun los casos.

En cuanto á los requisitos para la celebracion del matrimonio, estos preceden ó forman parte integrante de este acto.

A la primera parte pertenecen el consentimiento paterno y las amonestaciones.

Aquel, que es del que únicamente nos ocuparemos, no es como entre los romanos una emanacion de la patria potestad, sino simplemente un medio muy acertado de impedir que los jóvenes, en los años de mayor fuerza de sus pasiones, contraigan un enlace poco meditado que haga despues la infelicidad de su vida.

Consecuencia de este principio es que no lo necesitan los hijos mayores de veinte y cinco años ni las hijas de veinte y tres, y que á falta de padre sea necesario el de la madre, abuelos paterno ó materno, tutor ó juez del domicilio; pero adquiriendo sucesivamente los hijos segun las personas, por el órden que quedan marcadas, de quien tengan precision de obtener el consentimiento, la facultad de casarse libremente un año antes.

Sin embargo, el derecho de oponerse á un enlace del agrado de sus hijos no es arbitrario en los padres, y las autoridades administrativas, procediendo gubernativamente, alzan ó aprueban la denegacion y decretan el depósito, cuando sea necesario explorar la voluntad ó poner la persona á cubierto de malos tratamientos.

Para el acto mismo de la celebracion del matrimonio, como ya hemos dicho, tiene la Iglesia fijadas solemnidades sin las cuales es completamente nulo.

Respecto á los efectos civiles son aun mas notables las diferencias entre nuestro matrimonio y el de los romanos. El marido se constituye entre nosotros, en el mero hecho de serlo, en jefe de su familia, saliendo de la patria potestad y adquiriendo el usufructo de su peculio adventicio, y á los diez y ocho años la administracion de sus bienes y los de su mujer, y aunque no tiene sobre esta un poder tan grande como el de los antiguos romanos, puede obligarla á que le siga á su domicilio, y á que en él se dedique á los negocios domésticos con arreglo á su posicion en la sociedad.

Produce tambien sus efectos el matrimonio relativamente á los bienes de los consortes, pero como el esponer la doctrina que á este punto se refiere, nos llevaria demasiado lejos, no diremos nada acerca de las dotes, de los bienes parrafrenales, de las Donaciones esponsalicias, de las Arras, ni de las Donaciones *propter nuptias*, limitándonos á dar una brevisima idea de la sociedad legal de los cónyuges, que por haber sido una institucion desconocida de los romanos, marca una profunda diferencia entre su derecho y el nuestro.

Este deja á cada uno de los cónyuges la propiedad de todos los

bienes que aportaron al matrimonio y de lo que adquirieron despues por título lucrativo, pero comunica por partes iguales los frutos y rentas producidas durante él, los adquiridos á título oneroso, las mejoras hechas mientras aquel subsistió y los productos de los empleos ú oficios que ejerza.

El marido tiene la administracion de estos bienes, y la facultad de disponer de ellos mientras subsiste la sociedad, que es tanto como el matrimonio, á no ser que la mujer la renuncie, como puede hacerlo aun constante el matrimonio.

Es, por último, entre nosotros indisoluble el lazo del matrimonio desde que el Divino Maestro dijo: *non legistis quia qui fecit hominem ab initio, mascula et feminam fecit eos, et dixit propter hoc dimittet homo patrem et matrem et ad herebit uxori sue et erunt duo in carne una*, y como deducccion lógica de estas palabras, continúa, ya no son dos, sino una carne, lo que Dios, pues, unió, no lo separa el hombre.

Tan fuerte es esta union que nada basta á romperla, ni aun el adulterio, como equivocadamente suponen algunos, fundados en los testos de San Mateo, que no examinaremos ahora por no alejarnos demasiado de nuestro objeto.

No vacilamos un instante en asegurar, despues de esta ligerísima idea que hemos dado acerca de nuestro derecho relativamente al matrimonio, que lleva mucha ventaja al de los romanos en esta materia, porque en él se ve ensalzada y enaltecida la mujer, igualada en derechos al hombre, dejando á salvo la justa supremacía de este para el buen gobierno de la familia, y estimulada su aplicacion al trabajo por la participacion que tiene en todos los productos de la sociedad legal que divide con su marido, y que le aseguran para su ancianidad un porvenir descansado.

Aunque no fuera, por último, mas que por la indisolubilidad que entre nosotros es consecuencia del matrimonio, encontraríamos siempre mas acertada nuestra legislación por lo perjudicial, que aun sin llegar al abuso que de él se hizo en los últimos tiempos de la repú-

blica romana, es el divorcio, cualquiera que sea el punto de vista bajo el cual se considere.

Es en primer lugar contrario á la naturaleza intrínseca de la union matrimonial, porque ciertamente está muy lejos de la idea de dos tiernos amantes que por fin llegan á ser esposos, el que aquel lazo por que tanto han suspirado, pueda por fin romperse para que cada uno de ellos vaya á entregar á otra persona al efecto que recíprocamente desean poseer por entero. Esta es la causa de que en todos los países y en todas la religiones se haya invocado á Dios para santificar esta union y darla el carácter de perpetuidad que tan en armonía está, como hemos dicho, con su esencia íntima.

Es tambien natural que siendo la promiscuidad la union de los brutos, sea por el contrario el matrimonio indisoluble el mas propio de las criaturas racionales, por ser el que mas dista de aquella, y en que por lo mismo se revela mas la superioridad del hombre y la inmensa distancia que debe mediar entre los animales que carecen de razon y el que por haber sí lo criado con ella ha sido destinado por el Supremo Hacedor para señor de todos los otros.

Debemos además fijarnos en que el matrimonio no tiene por objeto proporcionar la felicidad á los esposos, si por ella entendemos como en un idilio los placeres del corazon y de los sentidos, sino por el contrario, la constitucion de una familia que cuyo primer objeto es la produccion y educacion de los hijos, con el fin de que estos se encuentren en los primeros años, en que nada se vale el hombre á sí mismo, con personas cuidadosas que los hagan vivir y llegar con el tiempo á ser miembros útiles de la sociedad. De este principio deduciremos que el matrimonio es una sociedad eventual y la familia una sociedad actual.

La naturaleza no ha fijado limite á esta eventualidad, y de consiguiente no hay motivo para romper un matrimonio aunque sea por no sobrevenir hijos, y mucho menos para autorizar la celebracion de otro, porque no es seguro que en el primero no hubiera llegado á haberlos ni que en el segundo los haya.

Si los hijos han sobrevenido, el objeto de la sociedad está cumplido, y mucho menos puede disolverse entonces, en que para que estos lleguen á su completo desarrollo, necesitan los cuidados unidos del padre y de la madre; pues en caso contrario, en lugar de adquirir los hijos perfeccion en su sensibilidad ó inteligencia, llegarán á ser hombres ó todo corazon ó todo cabeza, segun haya sido confiada esclusivamente su educacion al primero ó á la segunda.

Con relacion á la sociedad pública se presenta mas necesaria la indisolubilidad, porque esta no interviene en el contrato de matrimonio sino como representante del hijo que va á nacer, aceptando la promesa de darle el sér y de dirigirle en su educacion. El contrato, pues, formado entre tres no puede disolverse por dos y mucho menos siendo estos fuertes y aquel débil, como sucede en el caso presente, y en que por lo mismo se presenta á la imaginacion como el despojo del cariño y los cuidados que todos los padres deben á sus hijos.

Mucho peores son aun las consecuencias del divorcio, que dejaremos esponer al ilustre Balmes, copiando literalmente sus palabras, que en este punto no son mas que la espresion fiel y elocuente de cuanto la razon dicta y la esperiencia aconseja: «Los lazos del matrimonio, dice, señalando á la pasion un objeto legítimo, no ciegan, sin embargo, el manantial de agitacion y de caprichosa inquietud que se alberga en el corazon.

»La posesion empalaga y fastidia; la hermosura se marchita y se aja, las ilusiones se disipan, el hechizo desaparece, y encontrando el hombre una realidad que está muy lejos de alcanzar á los bellos sueños á que se entregara allá en sus delirios una imaginacion fogosa, siente brotar en su pecho nuevos deseos, y cansado del objeto poseido, alimenta nuevas ilusiones, buscando en otra parte aquella dicha ideal que se imaginaba haber encontrado, y huyendo de la triste realidad que así burlaba sus mas bellas esperanzas.

Dad entonces rienda suelta á las pasiones del hombre, dejadle que de un modo ú otro pueda alimentar la ilusion de hacerse feliz

con otros enlaces, que no se crea ligado para siempre y sin remedio á la compañera de sus días, y vereis cómo el fastidio llegará mas pronto, cómo la discordia será mas viva y ruidosa; vereis cómo los lazos se aflojan luego de formados, cómo se gastan en poco tiempo, cómo se rompen al primer impulso.» Se ve, pues, cómo la autorización del divorcio sería la entronización de la mayor desmoralización, pues como asegura el insigne escritor cuyas palabras hemos copiado, por la inestabilidad misma de los deseos del corazón humano, hombres y mujeres querrian celebrar cada día nuevos enlaces.

La ley de la indisolubilidad por lo tanto, la doctrina de la Iglesia Católica de *uno con una* para siempre, es la única que puede evitar á la familia y á la sociedad males de tanta trascendencia.—
HE DICHO.

Manuel Rodriguez de Campománes.

Madrid 2 de Marzo de 1886



VVA. BHSC. LEG.06-1 n0439

УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n0439