



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL DIVORCIO EN ROMA

Presentado por:

Eduardo Miguel García

Tutelado por:

Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 18 de septiembre de 2020

RESUMEN

El divorcio existe desde tiempos prerromanos, pero será en Roma donde alcance su máxima expresión y donde se lleve a cabo una extensa regulación del mismo. Regulación y concepción que se verá influida y modificada a lo largo de la historia de Roma principalmente por razones sociales, éticas y religiosas.

El presente trabajo tiene como objetivo llevar a cabo un estudio pormenorizado del divorcio en los tiempos de Roma, analizando su paso por cada una de las principales etapas del Derecho Romano. Para ello, Empezaremos analizando la figura del matrimonio en el Derecho Romano, al tratarse de una institución estrechamente vinculada al divorcio y sin la cual no podríamos comprender este último.

Posteriormente y tras haber examinado la concepción y terminología del divorcio, pasaremos a su estudio a través de las diferentes etapas de Roma, examinando las causas, efectos y normativa características en cada una de ellas, pudiendo observar con ello como la libertad del mismo se va viendo restringida a lo largo del tiempo, principalmente desde la entrada del cristianismo en el Imperio Romano.

Para finalizar llevaremos a cabo un breve estudio del divorcio en España, con el fin de observar como el Derecho Romano ha influido en la normativa de nuestro país y que similitudes y diferencias poseé con este.

ABSTRACT

The divorce exists since pre-roman times, but it was in Rome where it reached its maximum spreading and where an extend regulation of it will be done. The regulation and conception were influenced and modified along of Rome's history, mainly for social, ethical, and religious reasons.

Current work will carry out a detailed study about the divorce in along Roman history, analyzing its evolution through all the main Roman Right stages. For this reason, we will start analyzing the figure of the marriage in the Roman Right, as it is an institution closely related to the divorce and without it, we could not understand this one.

The next step and after the examination of divorce concept and terminology, we will proceed with it study through the different Roman stages, reviewing the causes, effects and

regulations more characteristic of each of them, with this procedure we could see how this freedom is going to be more restricted along the time, mainly since the entrance of Christianity in the Roman Empire.

To summarize, we will do a brief study of the divorce in Spain, with the objective to observe how the Roman Law has influenced in the regulations of our country and check what are the similarities and differences.

PALABRAS CLAVE

Roma, Divorcio, divortium, repudium, affectio maritalis, matrimonio conarreado, cónyuges, unilateral, consensual, justas causas, efectos, cristianismo, Novela.

KEY WORDS

Rome, Divorcio, divortium, repudium, affectio maritalis, conarreatio marriage, spouses, unilateral, consensual, just causes, effects, christianity, Novel.

INDICE SISTEMÁTICO

1	INTRODUCCIÓN.....	1
2	EL MATRIMONIO EN ROMA.....	2
2.1	Concepto.....	2
2.2	Tipos de matrimonio y formas de disolución.....	3
3	EL DIVORCIO ROMANO: CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.....	6
3.1	Divorcio y repudio.....	7
4	ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN ROMA.....	8
4.1	Contexto histórico.....	8
4.2	Causas en torno al divorcio: Las Leyes de Rómulo y el matrimonio confarreado. 9	
4.2.1.	<i>Las Leyes de Rómulo.</i>	9
4.2.2.	<i>Dionisio y el matrimonio confarreado; una excepción a la disolubilidad del divorcio.</i>	12
4.3	Mención Especial al caso de Spurio Carvilio Ruga	13
4.4	Formalidades en torno al divorcio: Las XII Tablas, Tabla III.	15
4.4.1.	<i>Las XII Tablas: Tabla III.</i>	16
5	EL DIVORCIO EN EL PERIODO CLÁSICO.....	18
5.1	Contexto histórico.....	18
5.2	Concepción clásica del divorcio.....	19
5.3	Influencia de la legislación de Augusto en el divorcio clásico.....	20
5.4	Causas del divorcio clásico.....	22
5.4.1.	<i>El divorcio de la liberta</i>	22
5.5	Formalidades en torno al divorcio clásico.....	23
6	EL DIVORCIO EN EL PERIODO POSTCLÁSICO: LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN EL DIVORCIO ROMANO.	25
6.1	Contexto histórico.....	25
6.2	Cambio en la concepción clásica del divorcio.....	26
6.3	La influencia de los emperadores cristianos en el divorcio postclásico: El sistema de justas causas.....	27
6.3.1.	<i>Constantino I.</i>	27
6.3.2.	<i>Juliano el Apostata</i>	29
6.3.3.	<i>Honorio, Teodosio II y Constantino II.</i>	29

6.3.4.	<i>Teodosio II y Valentiniano III</i>	31
7	EL DIVORCIO JUSTINIANO	34
7.1	Contexto histórico.....	34
7.2	Influencia de Justiniano en el divorcio.....	34
7.2.1.	<i>Divorcio justa causa</i>	35
7.2.2.	<i>Divorcio sine causa o sin justa causa</i>	38
7.2.3.	<i>Divorcio sin culpa o Bona gratia</i>	39
7.2.4.	<i>Divorcio consensual</i>	41
8	EFFECTOS DEL DIVORCIO ROMANO	42
8.1	Efectos personales.....	42
8.1.1.	<i>Con respecto a los cónyuges</i>	42
8.1.2.	<i>Con respecto a los hijos</i>	42
8.2	Efectos patrimoniales.....	43
9	EL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL	45
9.1	Antecedentes históricos del divorcio español moderno.....	45
9.2	El Divorcio en la II República.....	48
9.2.1.	<i>Causas de divorcio</i>	49
9.3	La Ley del Divorcio de 1981.....	52
9.4	Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.....	54
10	COMPARATIVA ENTRE EL DIVORCIO ROMANO Y EL DIVORCIO ESPAÑOL	57
11	CONCLUSIONES FINALES	59
12	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRAFÍA	62
13	INDICE DE FUENTES	67
13.1	Literarias.....	67
13.2	Jurídicas.....	67

1 INTRODUCCIÓN.

El motivo del presente estudio es realizar un análisis de la evolución del divorcio a lo largo de la historia de Roma. Para ello, empezaremos nuestro estudio analizando el matrimonio romano y sus diferentes manifestaciones, como estadio previo e inseparable a la institución del divorcio, para posteriormente adentrarnos en el estudio del concepto y terminología del divorcio.

Una vez presentados los conocimientos básicos que necesitamos para comprender el tema del presente trabajo, nos adentraremos en analizar el divorcio romano a través de las principales etapas de Roma, desde sus primeros tiempos hasta la época de Justiniano, analizando a su vez como los pensamientos sociales y éticos, así como la religión influyeron en su concepción y desarrollo.

A continuación, llevaremos a cabo un breve estudio del divorcio en la historia de España, prestando especial atención a su evolución a partir de la Segunda República, hasta llegar a la actualidad. Dicho análisis lo realizamos con vistas a una comparativa final entre el divorcio en nuestro país y el divorcio romano.

El presente estudio tiene como objetivo principal analizar como la evolución sociológica e ideológica de la sociedad romana ha influido de forma esencial en la configuración del divorcio en cada una de sus etapas. Como objetivo secundario pretendemos que el presente análisis sirva como guía de estudio para todos aquellos que muestren un interés con respecto a la materia y que no posean amplios conocimientos del derecho romano.

Para realizar nuestro trabajo vamos a analizar diversos textos jurídicos, así como fuentes de diverso origen, literarias y jurídicas de diversas épocas; arcaicas, postclásicas, justinianas, medievales y modernas.

2 EL MATRIMONIO EN ROMA.

2.1 Concepto.

Podemos definir el matrimonio como aquella relación jurídica¹ que surgía cuando un hombre y una mujer libres, que poseían capacidad jurídica o *conubium*², y capacidad natural³, manifestaban su voluntad efectiva y continua de permanecer unidos de forma estable⁴. Cuando finalizaba esa voluntad recíproca de permanecer juntos, la *affectio maritalis*⁵, el matrimonio se consideraba disuelto⁶.

Esta concepción del matrimonio la encontramos en Modestino, que definía el matrimonio como “*unión del hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano*”⁷. En el mismo sentido se pronunció Ulpiano, que consideraba el matrimonio

¹ La jurisprudencia clásica transformó la concepción social que el matrimonio tenía previamente en relación jurídica.

² Se exigía tener el *status libertatis* y el *status civitatis*, es decir, ser libre y ciudadano.

³ Se requería que los cónyuges hubieran alcanzado la pubertad. Generalmente se consideraba que una mujer era púber cuando alcanzaba los 12 años de edad, en el caso del varón, se consideraba púber a los 14 años. Resaltar, que el matrimonio entre impúberes quedaría convalidado cuando los cónyuges alcanzasen la mayoría de edad.

⁴ Junto a la voluntad efectiva y continuada de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio (*affectio maritalis*), resultaba exigible en las hipótesis de personas *in potestate*, el consentimiento inicial de *pater familias*, declaración inicial que atribuye a la declaración de voluntad de los *fili familias* el valor jurídico requerido por el *ius civile*, y que recibe entre otros, el nombre de *iussum*. Se trata de un simple requisito de validez para la celebración del matrimonio, requisito de índole accidental, puesto que no tiene razón de ser sin el consentimiento conyugal. Visto en HERNANZ PILAR, Javier. *El iussum en las relaciones potestativas*. Universidad de Valladolid, 1992, p.21.

⁵ La *affectio maritalis* es considerada como una exigencia jurídica en la que ambos cónyuges debían prestar su consentimiento continuo y duradero de permanecer juntos como pareja a lo largo de todo el matrimonio. Si el consentimiento no se mantiene a lo largo del matrimonio, constituía la pérdida del mismo y consecuentemente la disolución del matrimonio.

⁶ RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria. *La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre cónyuges en la historia del Derecho Castellano*, Anuario de la historia del derecho español, núm.77, 2007, pp.615-706, p.617.

⁷ D. 23, 2, 1.

como la unión del hombre y la mujer que suponía su coexistencia vital e indivisible⁸. Del mismo modo Justiniano definió el matrimonio como “*viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*” (unión del varón y la mujer con la intención de continuar la vida en común), explicando con esta definición el elemento esencial del matrimonio, siendo este, la intimidad y comunidad de vivir, ideal e intencionalmente perpetua, entre ambos cónyuges⁹.

Aunque hablemos de convivencia entre el hombre y la mujer, esta era interpretada de forma ética y no material. Como consecuencia de ello, existía el matrimonio, aunque los cónyuges no habitasen en la misma casa, siempre y cuando se guardasen consideración y respeto mutuo, *honor maritalis*. Ejemplo de esta interpretación ética de convivencia es el hecho de que el matrimonio podía contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de este, *deductio in domum mariti*¹⁰.

El matrimonio romano fue siempre monógamo.

2.2 Tipos de matrimonio y formas de disolución.

En las fuentes jurídicas romanas nos encontramos normas que hacen referencia a dos tipos de matrimonios, diferenciados no solamente en su concepción moral, religiosa y social, sino también en su estructura jurídica. Uno de estos matrimonios es el que corresponde a la época pagana, y el otro, el referente al matrimonio cristiano, que habiéndose ya afirmado en la sociedad de los siglos IV y V, se fue introduciendo gradualmente en la legislación imperial a través de normas particulares¹¹.

Para cierto sector de la doctrina romanística, existieron dos modalidades de matrimonio pagano: el matrimonio *cum manu* y el *sine manu* (matrimonio libre). El matrimonio *sine manu* acabará imponiéndose con el paso del tiempo.

⁸ Ulpiano, Instituta, 1, 9, 1.

⁹ BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Reus. Madrid 1929. Pag.180.

¹⁰ IGLESIAS REDONDO, Juan. *Derecho Romano, historia e instituciones*. Sello Editorial. Madrid 1985. Pag.361-362.

¹¹ DAZA MARTINEZ, Jesús. *La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano*. En LOPEZ ROSA, Ramón & DEL PINO TOSCANO, José Felipe, Coord.: *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*. Huelva, Universidad de Huelva, 2004, pp. 109-148., p.109.

A través del matrimonio cum manu, la mujer se sometía a la manus¹² del marido, o de su paterfamilias en el caso de ser *alieni iuris*¹³, a través de la *convento in manum*. La *convento in manum* podía constituirse de tres formas diferentes¹⁴:

- a) *Confarreatio*: carácter religioso; en los primeros tiempos de Roma fue exclusiva de la clase patricia, al ser esta la única que podía acceder al sacerdocio, exigiéndose para su acceso, haber nacido en un matrimonio celebrado por *confarreatio*. Posteriormente la desarrollaremos más exhaustivamente.
- b) *Coemptio*: carácter civil; representaba la compra simbólica de la mujer por medio de la fórmula civil de la *mancipatio*, a través de la cual se transmitía el dominio. Se llevaba a cabo en presencia de cinco testigos y el *librepens*. El acto que lleva a cabo la disolución del matrimonio constituido a través de una *coemptio*, era la *remancipativo*, consistente en una *mancipatio* llevada a cabo por el marido a un tercero, el cual o la retenía en su poder o la emancipaba, adquiriendo con ello su independencia¹⁵.
- c) *Usus*: constituye la consecución de la *manus* sobre la mujer a través de la convivencia ininterrumpida de los cónyuges durante un año. Tras el transcurso del año la mujer pasará a la *manus* del marido, a no ser que esta se hubiera ausentado durante tres noches consecutivas, produciéndose la disolución del matrimonio, a este acto de ausencia se le conoce como *usurpatio trinoctium*¹⁶.

¹² La *manus*, constituía una relación similar a la patria potestad, concretamente, un poder que el marido tenía sobre la mujer. Se trataba de un poder eventual porque no todas las mujeres estaban sujetas al mismo, pues la *manus* no era necesaria para la existencia del matrimonio, que podía realizarse sine manu sin perder su esencia. La *manus* se extingue con la muerte de uno de los cónyuges.

¹³ Ciudadanos romanos libres con capacidad jurídica pero no de obrar, la cual se encontraba en poder del *pater familias*.

¹⁴ RODRÍGUEZ ORTIZ ob.cit, p.619.

¹⁵ FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva. *Repudium-Divortium. Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto*. Universidad de Granada, 1987, p.43.

¹⁶ Acto formal de disolución del vínculo, recogido y otorgado por las XII Tablas a la mujer para poder disolver el vínculo conyugal. Visto en ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*. Padova, CEDAM, 2000, pp. 107-108.

La constitución de la *conventio in manum* requería además ir acompañada por una serie de ritos y ceremonias nupciales, algunos de los cuales pudieron darse también en el matrimonio *sine manu*, sin embargo, en este último caso a diferencia del primero, no constituían un requisito esencial.

A través del matrimonio *sine manu*, el marido no poseía la *manus* sobre la mujer, conservando esta sus relaciones jurídicas con su familia de origen, siendo considerada un miembro extraño en la familia del marido, al no ocupar el lugar de *fila* en la misma.

El matrimonio *sine manu* se disolvía a través del *repudium* o *divortium*, objeto esencial de nuestro estudio.

Debemos destacar que la mayoría de la doctrina en base a las reflexiones llevadas a cabo por VOLTERRA¹⁷, considera la *conventio in manum* y el matrimonio como dos instituciones jurídicas diferentes, puesto que; mientras que la *conventio in manum*, se constituía a través de actos formales (*confaterratio, coemptio y usus*), el matrimonio, al menos en la época clásica, se constituía por el simple consentimiento recíproco y continuado de los de los cónyuges de permanecer juntos, *affectio maritalis*. Del mismo modo, desde el punto de vista de su disolución, mientras que la *conventio in manum*, se disuelve a través de la realización de actos formales (*diaferratio, remancipatio y usurpatio trinocitii*), el matrimonio *sine manu*, se disolvía por la pérdida del *conubium* y de la *affectio maritalis*¹⁸.

¹⁷ VOLTERRA, Edoardo. *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia*, Pisa, 1931-32, pp. 184 y ss.

¹⁸ FERNÁNDEZ BAQUERO, ob.cit, pp.58-59.

3 EL DIVORCIO ROMANO: CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.

El divorcio romano no representa otra cosa que la pérdida de la *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos, continuar con la vida conyugal habiendo cesado la *affectio maritalis*, constituía una situación inentendible para la sociedad romana, generando una ficción legal ilógica¹⁹. Por tanto, el divorcio romano constituía la supresión de la comunidad de vida en común que el matrimonio implicaba, con plena conciencia de que con ello se hacía cesar el vínculo matrimonial. Que el matrimonio pudiera disolverse por una modificación en la voluntad de los cónyuges constituía algo natural para los romanos, debido principalmente a la concepción clásica del mismo.

Los juristas otorgan a la cesación del matrimonio el nombre de *divortium o rupudium*.

Etimológicamente el término divorcio lo podemos encontrar en un texto del Digesto²⁰. En cuanto a la derivación de la palabra *divortium*, *divertere*, es clara e indica la separación, el acudir o marchar por vías o caminos distintos, casi como sería *dis-iunctio*, en antítesis a *con-iunctio*, salvo que el término *divertere* se encuentra más netamente simbolizado, haciendo referencia al abandono de la vida en común y del domicilio conyugal²¹. Por otro lado, la palabra *repudium* se relaciona desde un punto de vista etimológico con el término *pudet* (movimiento de repulsión)²².

El divorcio no se encontraba sujeto, según la ley clásica a ninguna limitación o forma. No así, en el derecho postclásico, en el que se imponen ciertas formalidades y límites,

¹⁹ Dado el concepto jurídico clásico del matrimonio, es comprensible que fuera inconcebible que el cese de la voluntad continua y efectiva de los cónyuges no condujera inevitablemente a la disolución del matrimonio. De ahí la prohibición a cualquier acuerdo tendente a excluir o limitar la posibilidad de divorcio pro futuro, así como cualquier sanción patrimonial que pudieran establecer previamente para el supuesto del divorcio, estableciendo en todo caso su nulidad. Visto en AZARA, Antonio, & EULA Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965, p. 63.

²⁰ D.24.2.2.

²¹ LOZANO CORBI, Enrique. *La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: Desde la antigua sociedad Romana hasta el Derecho Justiniano*. Proyecto social: Revista de relaciones laborales, núm. 4-5, Zaragoza, 1997, p.183.

²² FERNANDEZ BAQUERO, ob.cit, p.255.

consecuencia de la modificación del concepto romano del matrimonio y por la aversión al divorcio²³.

3.1 Divorcio y repudio.

Como anteriormente hemos explicado a lo largo de la evolución histórico-jurídica del divorcio, los términos empleados por los juristas para expresar la disolución del matrimonio son *repudium* y *divortium*. Sin embargo, el empleo de ambos términos se utiliza en las fuentes con poca precisión, lo cual origina discusiones sobre el uso y la relación de ambos. Para nosotros parece cierto que, fundamentalmente las dos palabras representan la distinción entre el acto y el efecto, la denuncia de la *affectio maritalis* y el consiguiente cese del vínculo y la vida matrimonial.

Hasta finales de la época clásica, podemos encontrar la designación de la disolución del vínculo matrimonial con ambos términos, aplicándolos indistintamente si la cesación de dicho vínculo conyugal se debía a la voluntad de uno o de ambos cónyuges, sin embargo, de manera mayoritaria, se cree que durante este periodo el término *divortium* se aplicaba a la cesación del vínculo por iniciativa de la mujer, y *repudium* cuando la iniciativa correspondía al marido, pues era la mujer quien debía abandonar la *domus maritalis*.

A partir de la época postclásica, se reservará el termino *divortium* para la disolución por voluntad común de ambos cónyuges, y el de *repudium* para referirse al divorcio unilateral, provenga por iniciativa del marido o de la mujer²⁴.

²³ VOICI. Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. 3ª Edición, rifatta. Milano: A. Giuffrè, 1954. p.477.

²⁴ ARIAS RAMOS, José & ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Vol. II, 18º Edición., Madrid, Edersa, 1984, p.724.

4 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN ROMA.

4.1 Contexto histórico.

En torno a la figura del divorcio existe una gran discordancia entre las escasas fuentes que poseemos, por ello es difícil afirmar categóricamente que el divorcio existiera en Roma desde los orígenes de la ciudad, sin embargo podemos suponer su existencia basándonos en que la mayoría de los pueblos antiguos con los que Roma mantenía comunicación lo admitían, por lo tanto, resultaría extraño que Roma no estuviese al corriente de esta práctica.

Desde un punto de vista jurídico, la posibilidad de romper el vínculo conyugal constituye un derecho perfectamente encajable en la estructura de la antigua familia romana, en la que en un principio las autoridades públicas no osaban entrometerse. La santidad del vínculo conyugal se encontraba bajo la guarda del paterfamilias y de los tribunales domésticos. Por ello, más correcto que hablar de repudios maritales es hablar de disoluciones remitidas a la voluntad misma y a la determinación de la familia de la mujer. Posibilidad pues, de disolución del vínculo por parte del marido si era paterfamilias y en un momento posterior por parte de la mujer, con la asistencia de aquel que suplía su capacidad. No existía por ello traba jurídica alguna contra la libertad de disolver el matrimonio por parte del paterfamilias. Del mismo modo, no era necesaria causa determinada alguna ni forma solemne para llevar a cabo la disolución del vínculo.

Sin embargo, debemos destacar la prevalencia del elemento ético sobre el jurídico en el antiguo matrimonio romano. Desde un punto de vista moral, esa libertad de disolución del vínculo, se veía intrínsecamente limitada por razones morales, religiosas, éticas e incluso políticas, las cuales motivaron que en ocasiones resultara una conducta especialmente reprobable²⁵. Extrínsecamente, surge en época Republicana un rechazo social ante los repudios, ejemplo de ello es el caso de Spurio Carvilio Ruga

A medida que la civitas aumenta su grado de civilización, la realidad social va superando los moldes tradicionales, ocasionando la intervención del Estado en el hasta entonces

²⁵ NUÑEZ PAZ, María Isabel. *Consentimiento Matrimonial y Divorcio en Roma*. Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1988, p.83.

sacrosanto recinto de la familia, así como la pérdida de poderes del paterfamilias y de una mayor relevancia jurídica de la mujer.

4.2 Causas en torno al divorcio: Las Leyes de Rómulo y el matrimonio confarreado.

Con el objeto de conocer las notas características del divorcio en los primeros tiempos de Roma, nos centraremos principalmente en los textos de Plutarco²⁶ y Dionisio de Halicarnaso²⁷. Plutarco hace referencia a las denominadas Leyes de Rómulo, las cuales otorgan al hombre en exclusiva la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial cuando concurren determinadas causas, abriendo por lo tanto la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial. Dionisio en cambio, cierra parcialmente dicha posibilidad al hacer referencia a la indisolubilidad del matrimonio *confarreado*.

4.2.1. Las Leyes de Rómulo.

Como anteriormente mencionamos no hubo en Roma en esta época una regulación jurídica de repudio (hasta la redacción de las XII Tablas), sin embargo, a través de los tribunales domésticos y los censores se suplió durante una buena parte de este tiempo la necesidad de regulación del repudio.

Partiendo de este punto y en atención al conocimiento de los historiadores, intentaremos explicar las causas de repudio generalmente atribuidas a esta etapa y muy probablemente también en los primeros tiempos de la República. Para ello debemos partir del estudio del contenido de las Leyes de Rómulo, considerando estas *leges regiae* como la manifestación de un derecho consuetudinario.

Plutarco hace referencia a las denominadas Leyes de Rómulo para advertir en ellas la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por parte del marido, excluyendo dicha posibilidad a la mujer, bajo determinadas causas y, acarreando sanciones en caso de que se

²⁶ Plutarco, *Quaestiones Romanae*, Rom.22.

²⁷ Dionisio de Halicarnaso, *Antiquitates Romanae*, 2, 25, 2.

llevara a cabo fuera de las mismas. Sin embargo, su existencia es discutida, algunos autores afirman que existieron, otros en cambio, niegan su existencia apoyados en la opinión de BONFANTE²⁸, el cual determina que no son más que una antigua tradición, una costumbre generalmente admitida. De cualquier modo, aunque esto fuera cierto, y las leyes de Rómulo no hubieran existido, sí que parece cierto la existencia en esta época de un Derecho no proclamado por el legislador pero si manifestado espontáneamente en el hacer de los ciudadanos.

Las leyes de Rómulo, anulaban la capacidad de la mujer para consignar el divorcio y le concedían al hombre el poder de repudiarla solo en caso de envenenamiento de los hijos, sustitución de llaves y adulterio, prohibiendo el repudio en lo demás casos. Dichas causas se caracterizaban por considerarse actos deshonorosos con los que la mujer cometía infracciones a la fidelidad matrimonial.

El adulterio, constituye la causa más grave entre las tres consideradas, hasta el extremo de que las otras causas de repudio lo eran en la medida en que indujeran al adulterio. Es considerado como causa que más ataca la moral familiar, ya que provocaba la *turbatio sanguinis*. Al hombre se le concedía el *ius occidendi* sobre la adúltera, es decir el derecho para matar a su mujer sin previo juicio, en el supuesto de sorprenderla en el momento del adulterio. En el caso de que el marido no la sorprendiera en dicho momento preciso, pero conociera del adulterio, este podría convocar al *consilium domesticum*, para que examinara el caso y dictara el consejo oportuno, el cual sería llevado a cabo por el marido o por el pater familias, al poseer este la responsabilidad absoluta a la hora de ejercer la *autoritas* sobre los miembros de su grupo familiar. El adulterio del hombre no era punible²⁹.

En cuanto a la ingesta de alcohol por las mujeres, se encontraba prohibida al creerse que podía conducir al adulterio. El esposo tenía el derecho de repudiar o matar a la mujer en el caso de sorprenderla tomando vino. Para impedir que la mujer cometiera esta falta, se las sometía al denominado *ius osculi* (derecho al beso), por medio del cual las mujeres debían besar en la boca a su esposo o a cualquier miembro de la familia de esta, para que a través del propio olor, asegurar la falta de alcohol en su cuerpo. Esta causa acarrea el repudio, pero también podía conllevar una condena a muerte para la mujer, siendo el *consilium*

²⁸ BONFANTE, ob.cit, p.250.

²⁹ RODRIGO MARIN, Sandra. *Matrimonio, divorcio y filiación, comparativa entre los distintos regímenes aplicables, Derecho Romano y Derecho Actual Español*. Trabajo de Fin de Master. Alcalá, Universidad de Alcalá, 2018, pp. 36-37.

domesticum, el encargado de examinar las circunstancias del caso y dictar consejo, en base al cual el marido llevaría a cabo la adopción de una u otra medida. Progresivamente, ya en el siglo I. a. C, la sociedad se volvió algo más tolerante con las mujeres en este sentido, ya que el vino paso a formar parte de la alimentación básica de los romanos. El último divorcio registrado por esta cuestión se produjo en el año 194 a. C, del cual tenemos constancia a través de la *Naturalis Historia* de Plinio ³⁰.

En cuanto al envenenamiento de los hijos, es la causa que más dudas ha planteado en cuanto a su interpretación. La interpretación más generalizada por parte de la doctrina, es la que la considera como envenenamiento de un niño no nacido, es decir, como un aborto provocado a través de un remedio, filtro o bebida mágica³¹. No podemos saber con exactitud cuanto tiempo se mantuvo viva esta causa.

Realizado el repudio, los cónyuges veían disuelto el matrimonio y eran libres para contraer nuevas nupcias.

El repudio realizado fuera de las causas señaladas continuaba siendo válido, aunque no lícito. Para castigar esa ilicitud, al marido se le imponía como sanción³² otorgar la mitad de sus bienes a la mujer y la otra parte debía ser consagrada a Ceres, con lo cual, en cierta medida, se está indemnizando a la mujer por los daños que le pudo suponer un repudio sin justa causa³³. En cuanto a la mujer, si había contraído matrimonio confarreado y su marido la repudiaba por las causas anteriormente vistas, era condenada por el marido a la pena capital.

La entrega de la mitad de los bienes por parte del marido solo quedaría justificada bajo la existencia de un matrimonio *sine manu*, pues dicha cesión correspondería a la devolución de la *res uxoria*, sin embargo no llega a explicar la existencia del elemento religioso de la Diosa Ceres. Por esto considero en base al Propio Bonfante³⁴, que las leyes de Rómulo

³⁰ Plinio, *Naturalis Historia*, 14,8,9.

³¹ FERNANDEZ VAQUERO, ob.cit, p. 316.

³² A esta sanción hacen referencia del mismo modo las XII Tablas.

³³ NUÑEZ PAZ, ob.cit, pp. 86-97.

³⁴ BONFANTE, ob.cit, p.250.

transmitidas por Plutarco son una atribución tardía de la época imperial y por ello conviven y se mezclan elementos del matrimonio cum manu y del matrimonio sine manu³⁵.

4.2.2. *Dionisio y el matrimonio confarreado; una excepción a la disolubilidad del divorcio.*

Para comprender el siguiente punto es necesario que hagamos un breve análisis del matrimonio celebrado por *confarreatio*.

La *confarreatio*, una de las diversas manifestaciones de la *conventio in manun*³⁶, constituía la antigua fórmula patricia de matrimonio entre los romanos, especialmente entre aquellos que deseaban que sus descendientes fueran vírgenes vestales o flamines de Júpiter. Dicha fórmula se encontraba reservada para los patricios y era una obligación para el caso de los sacerdotes mayores, los quirritales y el dios de los sacrificios, los cuales eran nombrados entre aquellos nacidos de un matrimonio celebrado por *confarreatio*.

La celebración del matrimonio *confarreatio* consistía en una complicada ceremonia en la que intervenían el Flamen Dialis y el Pontifex Maximus, presidiendo el acto, y diez testigos presentes. Tras la celebración, la novia pasaba directamente de la manus de su paterfamilias a la de su nuevo marido.

De la *confarreatio* surgen muchos de los rituales que se mantienen hasta la actualidad como la tarta de bodas, el vestido de novia, etc.

Es reconocido por parte de los historiadores la gran dificultad que existe al intentar conocer si el matrimonio por confarreación podía o no disolverse mediante divorcio en los primeros tiempos de Roma. En base al texto de Dionisio³⁷, algunos autores como Aulo

³⁵ PEREZ JIMENEZ, Aurelio. *Plutarco y las Leyes de Rómulo sobre el matrimonio*. Analecta malacitana: Revista de la Sección de Filología de la Facultad de Filosofía y Letras, vol. 11, núm. 1, Málaga, 1988, p.7.

³⁶ La *conventio in manun* tenderá a extinguirse, pasando antes por estadios intermedios como la denominada *usurpatio trinocitium*, Atribuida por Cayo a las XII Tablas. La *usurpatio trinocitium* supuso un profundo progreso y abrió la posibilidad de romper el vínculo matrimonial más fácilmente.

³⁷ Dionisio de Halicarnaso, ob.ct., 2,25,2.

Gelio³⁸ y Pompeyo Festo³⁹, recogen en sus obras tal posibilidad de disolución, excluyendo sin embargo, el matrimonio del flamen dialis, el cual se consideraba indisoluble. Otros autores, haciendo una interpretación más literal de las fuentes, opinan que el flamen dialis decaería en sacerdocio si repudiase o si su matrimonio se disolviera de cualquier otra manera, como por ejemplo por cautividad.

LANDUCCI⁴⁰, el cual ha llevado a cabo un profundo estudio sobre el tema que nos ocupa, afirma la indisolubilidad del matrimonio confarreado. En su opinión la familia del flamen constituía un claro ejemplo de la antigua, pura y severa familia patricia romana. Sin embargo, en su estudio se encuentra con el obstáculo de la *diaffareatio*, formula reconocida por todos los autores como vía para disolver los matrimonios celebrados por confarreación. LANDUCCI considera en su estudio, que dicha posibilidad se dio a partir de una ley en los tiempos de Tiberio, la cual destruye la *manus* y deja sin efectos a la ceremonia de los matrimonios confarreados, destruyendo el poder supremo del marido y con ello la indisolubilidad del matrimonio⁴¹.

4.3 Mención Especial al caso de Spurio Carvilio Ruga

Fuera de las tres causas de repudio mencionadas anteriormente, nos encontramos con el caso de Spurio Carvilio Ruga⁴², datado sobre el año 230 a.C, la repercusión de este divorcio provocaría que quedase fijado en el imaginario popular como el primer divorcio romano.

³⁸ A. Gelio, ob. cit, 10,15.

³⁹ Pompeyo Festo. V. *Flameo*.

⁴⁰ LANDUCCI, Lando, *Indissolubilita del matrimonio confarreato: considerazioni storiche*. Bologna, Garagnani, 1896, pp. 3 y ss.

⁴¹ En opinión de NUÑEZ PAZ (1988), no puede decirse que el matrimonio sea indisoluble por ser *confarreado*, ya que únicamente la *confarreatio* se refería a la *conventio in manum*, lo que ocurrió era que en determinados casos, la costumbre, con gran carga religiosa y social, determinaba que el matrimonio no se disolviera en la práctica a pesar de ser esencialmente disoluble. p.92.

⁴² Unánimemente son considerados como excepcionales los divorcios en Roma hasta antes del último tercio del siglo III a. C, hasta la época de Spurio Carvilio Ruga . A partir del caso de Spurio Carvilio Ruga, el repudio se empezó a extender en su práctica, llegando incluso a repudiar por motivos cada vez más superficiales. Ejemplo de ello es el repudio de Cesar a su esposa Pompeya.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la tradición transmitida por Valerio Maximo⁴³ y Sulpcio Gayo⁴⁴, entre otros, nos dan prueba suficiente para poder afirmar casi con total seguridad, que no se trata del primer divorcio producido en Roma⁴⁵, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿por qué su estudio es tan relevante para esta materia?, para poder entender esta pregunta, primero debemos analizar el caso que nos ocupa.

El divorcio de Spurio Carvilio Ruga fue el primer caso de repudio por esterilidad, basándose este en la imposibilidad de cumplir con el juramento hecho a los censores de casarse para procrear. Aunque extraña la causa, en base a dicho juramento el divorcio se encontraba justificado y por lo tanto la mujer carecería del derecho a reclamar una parte de sus bienes, consecuencia que como hemos visto anteriormente se producía en caso de repudio producido fuera de las tres causas establecidas por Rómulo⁴⁶. El hecho de que una mujer conocida y respetada por el pueblo fuese repudiada por causa ajena a ella, provocó una profunda condena social⁴⁷.

Con este hecho se había observado en público por primera vez el repudio no sancionado de una esposa inocente, poniendo con ello de manifiesto la insuficiencia de las normas existentes hasta ese momento. Fue necesario entonces correr el riesgo y avanzar un paso más en la historia del derecho romano. La nueva realidad desbordaba los antiguos planteamientos y las soluciones adoptadas en el ámbito familiar ya no constituían un remedio capaz de poner fin a cuantos problemas se planteasen.

⁴³ Val. Max. 2,1,4.

⁴⁴ Plut. Rom. 22,2.

⁴⁵ Aunque sin total seguridad, se considera que el primer divorcio producido en Roma es el de Lucio Annio, por el que le fue privada la dignidad senatoria que ostentaba. Considerando el divorcio de Lucio Annio como el primer divorcio realizado *absque sententia amicorum*, y el de Spurio Carvilio Ruga, el primero divorcio realizado por causa ajena a las admitidas por el derecho en dicho momento.

⁴⁶ AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe. *La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*. Revista de estudios histórico-jurídicos, núm. 30, 2008, p. 39.

⁴⁷ La razón de esto ha querido verse por algún autor en que la esterilidad de la mujer era una causa de repudio no admitida en la ley ni en la costumbre. En realidad, es muy probable que en el año 230 a.C. hubiese tenido lugar ya una derogación tácita de las antiguas leyes de Rómulo en las que, por otra parte, tampoco se admitió jamás la esterilidad de la *uxor* como causa culpable.

La mayor novedad introducida a partir del repudio de Spurio Carvilio Ruga tuvo lugar en materia patrimonial, empezando a desarrollarse los procedimientos de restitución, concretamente las stipulaciones rei uxoriae⁴⁸, cuya existencia era un claro reflejo del debilitamiento de los pilares que habían sostenido hasta entonces el edificio de la familia y de la sociedad romana. El marido ya no era seguro depositario del patrimonio familiar; él, que en caso de repudio jamás había dejado de asignar a la mujer aquello que creía que ella merecía y que era proporcionado a sus necesidades, comienza a ser sujeto y objeto de la corrupción de costumbres o simplemente de un nuevo modo de entender las cosas. Es entonces cuando aparece la necesidad de la intervención del Estado que se traduce en las citadas cauciones o stipulationes rei uxoriae. Estas solo eran posibles por parte del paterfamilias de la mujer o de un extraño, de ahí que no tuvieran gran importancia en el matrimonio cum manu; sin embargo, sí que se utilizaron en el matrimonio libre para asegurar a la mujer un derecho a la restitución de la dote en caso de repudio o muerte del marido.

Las cauciones rei uxoriae, antecedentes de la actio rei uxoriae, no se utilizaron en el repudio de Spurio Carvilio Ruga, entre otras razones, porque este había contraído casi con seguridad un matrimonio cum manu, debido a su posición social, pero su repudio sirvió para plantear la necesidad de convertir en jurídica una norma que hasta entonces solo había sido moral.

4.4 Formalidades en torno al divorcio: Las XII Tablas, Tabla III.

Antes de la redacción de las XII Tablas, en cuanto a la forma en que se efectuaba el divorcio, lo único que sabemos es de la intervención en el mismo del denominado *consilium domesticum* o tribunal doméstico⁴⁹, el cual consistía en un tribunal conformado por el marido y la familia de la mujer, en el caso de matrimonio seguido de conventio in manum podían intervenir los agnados. Aunque no se puede determinar cuál era su función exactamente, se

⁴⁸ Esto nos revela algo sumamente interesante respecto a la sociedad romana, y es que el divorcio a través del evento de Sp. Carvilio precisó del diseño de soluciones jurídicas nuevas que fuesen capaces de tutelar los intereses económicos de la mujer ante la disolución del vínculo conyugal.

⁴⁹ Se considera que el tribunal domestico tenía una función deliberativa o consultiva, sin embargo, probablemente en la práctica, sus decisiones tenían carácter vinculante para el paterfamilias.

creo que su misión principal consistía en garantizar la posición económica de la familia en el caso de que se les considerase exentos de aquella culpa que las costumbres consideraban como justa causa de repudio⁵⁰.

4.4.1. Las XII Tablas: Tabla III.

En el año 303 de la fundación de Roma (450.a. C) tuvo lugar la redacción de las XII Tablas, llevadas a cabo por los decenviros⁵¹ nombrados a tal efecto. Hasta el momento de su elaboración el derecho era aplicado e interpretado por el colegio de los pontífices.

Con la redacción de las XII Tablas, se sientan las bases del derecho escrito, fijando las normas de derecho consuetudinario e introduciendo la igualdad de todos los ciudadanos frente al derecho, extinguiendo con ello la preponderancia de las clases patricias, de las que se sustentaba casi exclusivamente el orden de los pontífices.

La Tabla III.3, transmitida por Cicerón⁵² contiene al parecer una fórmula⁵³ aplicada con variaciones al repudio. Dicha fórmula consistiría en la mención de un cierto modo o de ciertas palabras las cuales tendrían por objeto declarar la voluntad de divorciarse. Únicamente tenemos conocimiento de estas fórmulas a través de escritores latinos como Plauto, Cassina, Martial, etc.⁵⁴

Basándonos en los estudios realizados por ROBLEDA⁵⁵, creemos que estas fórmulas, se trataban de un modo formal de comunicar el divorcio, pero no eran necesarias para otorgar validez al mismo, la diversidad de fórmulas puestas de manifiesto por los autores latinos afirman del mismo modo su falta de necesidad jurídica.

⁵⁰ NUÑEZ PAZ, ob.cit, pp.88-89.

⁵¹ Se denomina decenviro a cada uno de los diez magistrados superiores romanos encargados de redactar las leyes de las XII Tablas. Gobernaron durante algún tiempo la República en lugar de los cónsules.

⁵² Cicerón, Phil. 2,28,69.

⁵³ D. 48,5,44 (Gayo 3, Comentarios la ley de las XII Tablas).

⁵⁴ AMUNATEGUI PERELLO, ob.cit, p. 72-74.

⁵⁵ OLIS ROBLEDA, SJ. *El divorcio tácito en Derecho romano*. Analecta Cracoviensia, núm. 7. Roma, Universidad Pontificia Gregoriana, 1975, pp. 413 y ss.

GAYO sostiene que no se trataban de *verba necessaria*, sino de *verba comprobata*, es decir, de costumbre. El argumento decisivo a favor de esta postura es tomado del problema presentado por Cicerón en la *Oratore*, relativo al divorcio manifestado por la celebración de un nuevo matrimonio, lo cual no sería posible frente a la existencia de una forma solemne. En favor de dicha posibilidad se encuentra el episodio de Mesalina, ya que para la realización de su divorcio no hubo más que el nuevo matrimonio, el cual parece dar más en favor de la no necesidad de la declaración expresa y, consiguientemente, de la suficiencia del solo hecho de la celebración de otro matrimonio.⁵⁶

Sin embargo, si fuera posible divorciarse a través de la celebración de un nuevo matrimonio, ¿qué sentido tendría a tal efecto dicha celebración?. En opinión de ROBLEDA, los posibles sentidos a esto serían dos. Por un lado, el segundo matrimonio por el mero hecho de ser válido disolvería el anterior, por otro lado, el segundo matrimonio constituiría un hecho demostrativo de la voluntad positiva de disolver el precedente.

En el primer sentido, ROBLEDA afirma que el problema entorno a la validez del segundo matrimonio, al existir un matrimonio precedente, no podía producirse, porque desde el momento en que se hubiera producido una verdadera *affectio maritalis* con respecto al segundo matrimonio, el primero debería de desaparecer, en fundamento al principio monogámico en Roma. Lo cual quiere decir que el divorcio del primer matrimonio era consecuencia de la validez del segundo.

En el segundo supuesto, el divorcio del primer matrimonio no sería consecuencia de la validez del segundo, sino al contrario, la validez del segundo dependería de haberse seguido previamente el divorcio del primero.

ROBLEDA opta por el segundo sentido como el más coherente entre los dos.

⁵⁶ OLIS ROBLEDA. SJ. *El divorcio tácito en Derecho romano*. Analecta Cracoviensia, núm. 7. Roma, Universidad Pontificia Gregoriana, pp. 411-418, 1975, p.413-416.

5 EL DIVORCIO EN EL PERIODO CLÁSICO.

5.1 Contexto histórico.

Para comprender la realidad social de este periodo y entender la influencia en el divorcio de la legislación augustea, consideramos necesario comprender en primer lugar el contexto social, político y económico en el que surgen estas normas matrimoniales⁵⁷.

Hasta ahora, hemos estado viendo como la disolubilidad del matrimonio era conocida desde los primeros tiempos de Roma, aunque dicha posibilidad era unilateral y venía dada por el poder omnímoto del paterfamilias.

Progresivamente, surgirán limitaciones al poder del paterfamilias, limitaciones fundamentadas principalmente en motivos morales. Paralelamente al debilitamiento del poder del paterfamilias surge el reconocimiento del poder activo de la mujer en la disolución del matrimonio. Del mismo modo, la *conventio in manum* cae en decadencia ante la contradicción que le suponía al hombre reconocer a la mujer unos derechos que estas empezaban a ser conscientes que poseían.

Instituciones como el tribunal doméstico y los censores, causantes de obstaculizar los repudios, se ven sustituidas por actitudes más racionalistas y menos sensibles a los viejos valores.

Sin embargo, ¿Qué explica dicho cambio de pensamiento en la sociedad Romana?

La ociosidad de la paz tras largas guerras civiles y sociales, la caída en la mediocridad del Senado y el surgimiento de nuevos movimientos griegos y filosóficos, acompañados de las conmociones que acarrear toda época de grandes conquistas, son factores que influyeron a la destrucción de los viejos principios éticos y morales que sostenían en gran medida las bases de la familia romana hasta el momento. Produciendo lo que algunos autores denominan como la “corrupción de las costumbres”. Destacar que esta denominada corrupción de costumbres es relativa, debido a que en las clases medias y bajas seguía existiendo ese respeto a la familia, la Religión y las costumbres tradicionales, sin embargo

⁵⁷ MUÑOZ CATALÁN, Elisa. *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*. Tesis Doctoral. Huelva, Universidad de Huelva, 2013, p. 363.

entre las clases altas, en las que los hombres ilustres que acudían al repudio, aunque basarán este en motivos morales, escondían intereses ocultos al mismo, cabe resaltar de igual manera, que acudir a la moralidad para justificar el repudio nos hace ver que dichas tradiciones aun eran tenidas en cuenta.

Estos hechos sembrarían la base del cambio social y jurídico de este periodo.

Con la llegada de Augusto al poder, fuerte defensor de la estructura familiar⁵⁸, el mundo romano cambiaría de rumbo y se produciría una alteración profunda en la legislación a su paso.

5.2 Concepción clásica del divorcio.

Anteriormente hemos hablado del repudio como la disolución unilateral de vínculo conyugal, realizado siempre a instancia del marido o el paterfamilias. Ahora bien, en la época clásica, hablamos de divorcio⁵⁹ cuando cesa la voluntad de seguir unidos en matrimonio, siempre y cuando ambos cónyuges lo quieran o tan solo uno de ellos y es en este periodo cuando se produce la concepción jurídica del divorcio romano⁶⁰.

Ciertamente la palabra *divortium* en su aceptación más pura responde a realidades propias de la época clásica.

⁵⁸ Augusto se casó y divorció varias veces, obligando incluso a Tiberio Nerón a repudiar a Livia Drusilla (embarazada) para poder casarse con ella. Y esto no fue todo, también movió los hilos en la vida de su hija Julia, casándola varias veces, una de ellas con Marco Agripa cuya edad era superior a la de ella en veintiocho años. Y tras la muerte de Agripa, Augusto, aconsejado por su mujer Livia, forzó a Tiberio a dejar a su mujer para poder casarle con Julia. Todos estos intentos de procurar la felicidad pudorosa de su hija fueron en vano, dadas las costumbres casquivanas de ella, por lo que acabó por expulsarla y ordenar su encierro. Visto en DE LOS ANGELEZ, Humberto. *Disolución del Matrimonio Romano*. Última actualización 11 de noviembre de 2011. (Consultado el 27 de marzo de 2020), p.4.

⁵⁹ Es relevante mencionar que, la disolución del matrimonio varía según el cónyuge que haya tomado la iniciativa. Cuando la iniciativa sea tomada por el marido, el término correcto es repudio. Cuando la decisión corresponde a la mujer, se aplica el termino *divertiré*.

⁶⁰ GOMEZ RUIS, Concepción. *El divorcio y las leyes Augusteas*. Sevilla, Publicaciones de la universidad de Sevilla, 1985, p. 43.

A finales de la República y a comienzos del periodo imperial van surgiendo situaciones que configuran cada vez con más claridad el divorcio tal como es entendido en el periodo clásico. Por un lado, nos encontramos con que la mujer adquiere cada vez más relevancia social y jurídica y por otro lado, el consentimiento de los cónyuges, la *affectio maritalis*, se configura como pilar fundamental del matrimonio y por lo tanto, de su disolución.⁶¹

Es generalmente admitido que tanto en la República como en el Imperio el divorcio era un hecho normalizado, aunque no nos encontremos con una forma perfectamente definida, podemos afirmar que nos encontramos ante un divorcio libre por acuerdo de ambas partes o por voluntad de una sola.⁶²

En conclusión, el divorcio clásico giraba en torno a dos pilares fundamentales, la libre disolución del matrimonio y la importancia de la *affectio maritalis* o el consentimiento de los cónyuges.

5.3 Influencia de la legislación de Augusto en el divorcio clásico.

Tras las guerras civiles, Roma se encuentra ante un grave problema demográfico, por ello, Augusto decide promover el matrimonio entre los ciudadanos con el objetivo de repoblar el Imperio, en lo que llamó “Reforma Social Planificada⁶³”. Con tal fin, hace dictar en el año 18 a.C. su ley *Iulia de Maritandis Ornobis* y seguidamente en el año 9 d.C. la *Lex Papia Poppaea*, ambas leyes configuradoras de un único texto denominado *Lex Iulia et Papia Poppaea*, cuyo principal fin era la restauración de la familia romana sobre las perdidas bases tradicionales, favoreciendo para ello las uniones matrimoniales lícitamente contraídas y la procreación, todo ello sustentado en importantes sanciones económicas⁶⁴. Dichas leyes han sido consideradas como el momento legislativo más importante y extenso del Derecho Romano tras las XII Tablas⁶⁵.

⁶¹ NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 102.

⁶² RODRIGO MARIN, ob.cit, p. 37.

⁶³ VAZQUEZ DE MARCOS, Rodolfo. *El divorcio en Roma y en España*. Tesis Doctoral. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 82.

⁶⁴ MUÑOZ CATALÁN, ob.cit, p. 375.

⁶⁵ En términos generales regulaban todo lo relativo al divorcio, a la dote, a las donaciones, al concubinato, a la herencia, la dote, etc.

La tarea que se había propuesto Augusto era de gran complejidad ya que prohibir de un modo radical los divorcios o sancionar al que se divorciaba constituía una violación de las libertades e iba en contra de la concepción clásica del matrimonio romano.

En consecuencia, Augusto dejaría plena libertad al divorcio, pero se centraría en las vías indirectas, como por ejemplo, perseguir las causas de divorcios, punir gravemente los adulterios, disciplinar la restitución de la dote o establecer una determinada formalidad, para intentar obstaculizar los divorcios a la ligera y precipitados, y hacer frente a la complicada situación demográfica en la que se encontraba inmersa Roma.

Siguiendo a NUÑEZ PAZ⁶⁶, algunas de las disposiciones más interesantes de las leyes dictadas por Augusto eran las que establecían que; todos los varones cuya edad oscilase entre los 25 y los 60 años, así como las mujeres que tuviesen entre 20 y 50 años, debían estar unidos en matrimonio. Estas debían tener al menos tres hijos si eran ingenuas y cuatro si eran libertas.

Los hombres casados debían tener al menos un hijo legítimo. Las personas unidas en matrimonio obtenían privilegios: exención de ciertos cargos onerosos, preferencia para el ejercicio de ciertas funciones, ocupación de mejores puestos en el teatro etc.

Los célibes, viudos y divorciados, tenían si eran mujeres, el plazo de un año desde la disolución de su anterior matrimonio para contraer uno nuevo. Los hombres tenían un plazo de seis meses. Estos plazos fueron después elevados por la *Lex Papia Poppaea* a dos años en el caso de mujeres y doce meses en el caso de hombres.

Las leyes de Augusto no solo no consiguieron los objetivos propuestos, sino que promovieron numerosas protestas para su derogación. La mayor preocupación para la sociedad romana se convirtió en evadir las penas pecuniarias y sanciones impuestas, o la consecución de privilegios legales, con tal fin se produjeron numerosos matrimonios apresurados y paralelamente se vieron incrementados el número de divorcios, ocasionando que el matrimonio se corrompiera. Al fracaso de la legislación augustea también se le achaca el no señalamiento de los motivos por los que se concedería el divorcio, aunque si se encargarse de fijar las formalidades para obtenerlo.

⁶⁶ NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 100.

La legislación matrimonial de Augusto duraría hasta el reinado de Constantino, desapareciendo sus últimos vestigios en el bajo Imperio⁶⁷.

5.4 Causas del divorcio clásico⁶⁸

El matrimonio romano clásico se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges, servidumbre y por divorcio, además de por otras causas menos usuales como el cautiverio, la esclavitud, el destierro o por impedimentos sobrevenidos.⁶⁹

No se conoce en esta época la existencia de un repertorio de causas de disolución del matrimonio por divorcio ya que, como anteriormente señalamos, la promulgación de las leyes de Augusto respondían a la necesidad que sentía Augusto de moralizar las costumbres y de reducir el número de divorcios.

Se valorarán las culpas, pero no se puede hablar para el derecho clásico de causas determinadas por las que sea lícito realizar el divorcio⁷⁰.

5.4.1. *El divorcio de la liberta*

Queremos hacer una mención especial al divorcio de la liberta. Como hemos mencionado el divorcio era libre. Sin embargo, esto nos lleva a preguntarnos, si dicha libertad se extendía también a la liberta casada con su patrono.

La doctrina mayoritaria sostiene que en este periodo la liberta era libre de divorciarse de su patrono pero si lo hacía en contra de la voluntad de este, quedaba impedida para contraer nuevas nupcias. La liberta divorciada carecería de connubio para contraer un nuevo matrimonio, siendo la razón de tal impedimento una especie de castigo ante la ingratitud

⁶⁷ DE LOS ANGELEZ, ob. cit, p.4.

⁶⁸ VAZQUEZ DE MARCOS, ob.cit, pp.91-92.

⁶⁹ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. *El divorcio en Roma*. Madrid, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 23.

⁷⁰ LOZANO CORBI, p. 187.

que suponía separarse unilateralmente del hombre que la había elevado a la condición de libre.

En cuanto a otras cuestiones discutidas por la doctrina como la invalidez del divorcio o que la negación del connubio se debiera a la todavía existencia del vínculo con el patrono, no pueden probarse.

5.5 Formalidades en torno al divorcio clásico.

Augusto, en la *Lex Iulia de adulteris*, establecería una forma concreta de divorcio unilateral⁷¹, forma concretada en la presencia de siete testigos púberes, un liberto y los cónyuges que se divorciaban.

La Forma establecida por Augusto, respondía a una finalidad muy concreta, las consecuencias penales del divorcio. Exigía que se manifestara la voluntad de disolver el vínculo matrimonial de manera firme, definitiva y verdadera. Dicha manifestación de voluntad podía realizarse de manera oral o escrita y solía materializarse por medio de las palabras “*tuas res tibi habeto*”.⁷²

Cuando se realizaba de forma escrita, se llevaba a cabo a través de un documento conocido como *libellum repundi*⁷³, y debía llevar acompañado las firmas de los siete testigos. Cuando se realizaba de forma oral, existía la posibilidad de actuar personalmente o a través de un *nuntius* o mensajero en el caso de ausencia de alguna de las partes.

Los siete testigos debían ser ciudadanos romanos y púberes, debían de refrendar las palabras de la parte que tomaba la iniciativa de repudio o en su caso del *nuntius*. El liberto se encargaría de transmitir la declaración de repudio, con el objetivo probable de evitar enfrentamientos entre las partes, no podía ser considerado como uno de los testigos.

En cualquier caso, la forma concreta y legalmente manifestada constituía una prueba de que el consentimiento de continuar unidos en matrimonio había cesado.

⁷¹ Las disposiciones de la Ley Iulia se referían al divorcio unilateral porque era el que verdaderamente se trataba de contener, al dar lugar a divorcios precipitados o abusivos.

⁷² D.24,2,2.

⁷³ Se denomina libello al documento compuesto por hojas de pergamino y un cuerpo escrito.

Ahora bien, es discutida la necesidad de dicha forma para que el divorcio pudiera ser considerado como válido. VOLTERRA⁷⁴ siguiendo la opinión de CORBETT, y DI MARZIO⁷⁵ basándose sobre todo en D.38,11,1⁷⁶ y en D.24,2,9⁷⁷ consideran que dicha forma no era necesaria pero si conveniente, al ser la forma más comúnmente usada por el marido que quería divorciarse de su mujer por adulterio, expresando el marido a través de esta forma el deseo de divorciarse y evitando con ello cualquier posible acusación de lenocinio. Con lo que su finalidad no era otra que la de notificar a la otra parte el deseo de romper el vínculo matrimonial y evitar con ello sanciones legales.

Por ello podemos concluir, que dicha forma no era necesaria para la eficacia del divorcio, por lo que los romanos pudieron seguir divorciándose libremente si lo hacían de común acuerdo.

⁷⁴ VOLTERRA. *Per la storia*, p. 415 visto en NUÑEZ PAZ, p.137.

⁷⁵ DI MARZIO, Salvatore. *Lezioni sul matrimonio romano*. Roma, L'Erna di Bretschneider, 1972, pp. 80-81.

⁷⁶ Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XXXV*

⁷⁷ Paulo, *De los adulterios, libro II*.

6 EL DIVORCIO EN EL PERIODO POSTCLÁSICO: LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN EL DIVORCIO ROMANO.

6.1 Contexto histórico.

A medida que el cristianismo se propaga gradualmente en Roma, irá derrumbando la construcción jurídica clásica romana. La legislación cristiana, fundamentada en el equilibrio entre el Derecho natural y el Derecho positivo, irá penetrando gradualmente en las leyes romanas, sobre todo en aquellos campos donde el contraste entre los antiguos y los nuevos valores es más evidente.

Si bien la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*, introdujeron importantes innovaciones en el Derecho romano clásico, a partir del siglo IV d.C, debido al desplazamiento del Imperio a Oriente y a la influencia y oposición del cristianismo, caerán en desuso hasta ir desapareciendo progresivamente quedando solo algunos restos en el Derecho Justiniano.⁷⁸

Con los emperadores cristianos se abrirá una nueva época, en la que la jurisprudencia romana se revestirá de un espíritu de equidad y sabiduría con los códigos teodosiano y justiniano, convirtiéndose el derecho romano en Derecho Común de la Europa cristiana durante varios siglos. En claro contraste con la legislación clásica de Augusto, las constituciones de los emperadores cristianos pondrán de manifiesto la influencia de las ideas cristianas, al mismo tiempo que construirán gradualmente una nueva concepción jurídica del matrimonio y por ende del divorcio.

El cristianismo influirá en el Derecho romano principalmente de dos modos distintos, por un lado modificando los antiguos institutos paganos y por otro lado, incorporando institutos propios de Derecho eclesiástico⁷⁹.

⁷⁸ MUÑOZ CATALÁN, ob.cit, pp. 384-385.

⁷⁹ PUJAL RODRIGUEZ. Carmen. *La Influencia de la Iglesia en la transformación del Derecho Romano de Familia: Divorcio*, en CATALÁ RUBIO, Santiago. Coord.: *Evolución del Derecho de Familia en Occidente*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2006, pp. 27-28.

El cambio que tuvo lugar en la actitud del Imperio frente al cristianismo a partir de Constantino, no llevó a grandes cambios en el campo del matrimonio y de la familia, al menos durante un breve periodo de tiempo:

- a) El divorcio y la posibilidad de nuevas nupcias, aunque limitados, se conservaron.
- b) La *affectio maritalis* continuaría siendo considerada como elemento esencial del matrimonio.
- c) El *consensus* inicial del matrimonio adquirirá mayor importancia.

La nueva legislación se caracterizaría por la limitación del divorcio a determinadas causas graves, tanto por parte del marido como por parte de la mujer y se comenzará a distinguir la simple separación de la ruptura del vínculo matrimonial. Se produce una restricción del divorcio unilateral, no así con respecto al divorcio por mutuo consentimiento, que continuará siendo enteramente libre. La disolución unilateral del divorcio se encontrará condicionada al establecimiento de un sistema de justas causas que irán fijando progresivamente lo sucesivos emperadores, imponiéndose una serie de penas para aquellos casos de divorcios ocasionados fuera de dichas causas⁸⁰.

6.2 Cambio en la concepción clásica del divorcio⁸¹.

La configuración jurídica del matrimonio sufre un profundo cambio en el Derecho postclásico, cambio influido por una tendencia hacia la restricción de la disolubilidad y por la nueva concepción otorgada al consentimiento.

En el derecho postclásico, así como posteriormente en el Derecho Justiniano, el matrimonio se basará en el mismo principio informador que el matrimonio clásico, es decir, en el *consensus facit nuptias* , sin embargo, dicho *consensus* es ahora entendido de manera muy distinta y pasa a ser un *consensus* puramente inicial configurándose el matrimonio como el acto inicial creador del vínculo matrimonial que permanece mientras no se realice un nuevo acto contrario. En otras palabras, el matrimonio y el divorcio en el Derecho clásico

⁸⁰ PUJAL RODRIGUEZ, ob.cit, pp. 28-29.

⁸¹ NUÑEZ PAZ, ob.cit, pp.157-158.

eran dos momentos sucesivos, mientras que en el derecho postclásico esta continuidad se rompe y ambos momentos se consideran por separado. Es en este sentido podemos afirmar que el divorcio en su más pura y jurídica significación romana desaparece, no pudiéndose hablar ya de divorcio como la cesación de un consentimiento, cesación de la *affectio maritalis*, sino que debemos referirnos a él como la producción de un nuevo consentimiento; manifestación de la voluntad de disolver el matrimonio.

En el derecho clásico dicho consentimiento podía provenir de uno de los cónyuges o de ambos, sin embargo, en el derecho postclásico de quien provenga dicho consentimiento se vuelve relevante. Cuando dicho consentimiento es otorgado por uno de los cónyuges, entrará en juego el sistema de justas causas y cuando dicho consentimiento es otorgado por ambos cónyuges nos encontraremos ante divorcio por mutuo consentimiento.

Resaltar que en el derecho postclásico se produce un importante cambio en cuanto a la terminología del divorcio. El termino *divortium* se desvirtúa y vuelve a ser utilizado de un modo genérico como en las etapas más antiguas de Roma, utilizándose para hacer referencia a cualquier tipo de disolución del matrimonio.

6.3 La influencia de los emperadores cristianos en el divorcio postclásico: El sistema de justas causas.

A continuación, vamos a examinar las novedades legislativas que Constantino y sus sucesores incorporan a la regulación del divorcio a través del sistema de justas causas, el cual supone una profunda transformación en la concepción jurídica y social del divorcio.

6.3.1. Constantino I.

Constantino con la Constitución del año 331⁸², lleva a cabo una profunda reforma legislativa en relación al divorcio e inicia con ella un movimiento legislativo que será continuado por sus sucesores. En esta primera Constitución observamos una drástica reducción de las causas de repudio, reducción claramente influida por la influencia del

⁸² C.Th.3,16,1.

cristianismo y constituirá un claro ejemplo del intento de adaptación de la sociedad romana a los principios cristianos.

El divorcio unilateral se encontraba claramente limitado. El marido podía divorciarse de la mujer solamente en tres casos: cuando esta hubiera cometido adulterio; envenenamiento; o cuando fuera culpable de alcahuetismo⁸³. Por su parte la mujer no podía divorciarse por una causa pretextada-exquisita causa, como por ejemplo, que su marido fuera *ebriosus aut aleatorius aut miliercularius*, tan solo podría enviar a su marido al repudio en el caso de que probase que este había cometido homicidio, envenenamiento o violación de sepulcros, solo entonces la mujer podría conservar su dote⁸⁴.

En caso de que el repudio se hubiera producido fuera de las tres causas o *crimina* indicadas, o no se probase suficientemente la causa alegada:

- a) La mujer perdería la dote y las donaciones esponsalicias⁸⁵, y además sería deportada a una isla.
- b) El hombre debería restituir toda la dote a la mujer y se le prohibiría contraer nuevo matrimonio. En el caso de contrajera nuevo matrimonio, la mujer ilícitamente repudiada tendría derecho a invadir su casa y apoderarse de la dote de la nueva mujer.

Como podemos ver el trato a ambos cónyuges es desigual, siendo desfavorable para la mujer.

Al estudiar las prohibiciones de Constantino, observamos una cierta similitud con las legendarias Leyes de Rómulo, estudiadas al principio de nuestro trabajo, así como con la legislación de Augusto. A través de dicha comparativa observamos que la lucha contra el divorcio no supone una novedad de la época postclásica, sin embargo, lo que diferencia a esta época con respecto a las anteriores, es el cambio que se produce en la fundamentación del divorcio.

⁸³ Se dice alcahuete de la persona que facilita los encuentros amorosos o que trabaja para otra persona con el fin de conseguir dichas relaciones, actuando de mediador o encubridor.

⁸⁴ LOZANO CORBI, ob.cit, pp.187.

⁸⁵ Donaciones realizadas por razón del matrimonio, también denominadas *donaciones propter nuptias*.

Mientras que en la época clásica las limitaciones al divorcio se daban en casos particulares y se fundamentaban en consideraciones político-sociales, las disposiciones impuestas por los emperadores cristianos a partir de Constantino, se fundamentarán en razones religiosas, afectando con ello a la conciencia social de un mayor modo que las prohibiciones precedentes.⁸⁶

A través de esta primera Constitución de Constantino se comienza a delinear una nueva concepción del matrimonio y, en particular, una nueva concepción del consentimiento.

En una segunda Constitución del 337 Constantino hace referencia a un caso particular, la ausencia del marido por causa del servicio militar y del que no se tienen noticias por al menos durante cuatro años, en este supuesto, se le prohíbe a la mujer contraer un nuevo matrimonio.

6.3.2. *Juliano el Apostata*⁸⁷.

Durante los veinte meses que duró su Imperio, Juliano el Apostata aboliría las restricciones establecidas por Constantino contra el divorcio, restableciendo las retenciones dotales⁸⁸.

6.3.3. *Honorio, Teodosio II y Constantino II.*

En marzo del año 421, los emperadores Honorio, Teodosio II y Constantino II, promulgarán una nueva constitución contra el divorcio⁸⁹, insistiendo en la exigencia de causas para solicitar el divorcio unilateral, causas más benignas que las establecidas por Constantino y más acordes a la sociedad del momento. Para que el divorcio fuera lícito era suficiente la existencia de cualquier causa con tal de que fuera grave⁹⁰.

⁸⁶ NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 150.

⁸⁷ PUJAL RODRIGUEZ, ob.cit, p.33.

⁸⁸ C.Th.3,13,2.

⁸⁹ C.Th.3,18,2.

⁹⁰ NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 152.

En este sentido, distinguiremos las siguientes causas: *magna crimina* (causas graves) y *mediocres causae* (causas leves). Se incurrirán en mayores o menores penas en función de la causa alegada para divorciarse.

En el caso de la mujer:

- a) Si repudiase al marido probando causa grave, se consiente el repudio, pero no podría volverse a casar hasta que no transcurriesen cinco años.
- b) Si repudia basándose en mediocres culpas, perderá la dote y la donación nupcial, además le será concedido al marido el derecho de acusarla de adulterio.
- c) Si repudiase sin probar la existencia de culpa grave, o sin motivo ninguno, esta perdería la donación nupcial, la dote, es deportada y desposeída del derecho de contraer nuevo matrimonio y del *ius postliminii*.

En el caso del marido:

- a) Si repudiase probando causas graves, retendría la dote y la donación nupcial.
- b) Si repudia alegando causa leve, recuperaría la donación nupcial pero debería restituir la dote a la mujer, podría volverse a casar una vez transcurridos dos años.
- c) Si el marido repudiase sin probar causa grave, o sin motivo ninguno, perdería la donación nupcial, la dote y sería condenado a celibato perpetuo, en este caso la mujer podrá contraer matrimonio después de dos años y no cinco.

El principal problema que encontramos en esta legislación es la no determinación de que se entiende por causas graves, entendemos que dicha determinación quizá dependería de la estimación del juez, aunque sin duda hacían referencia a las tres causas señaladas por Constantino en la anterior etapa.

En conclusión, podemos observar que la legislación de Honorio II y Constantino II supone un nuevo paso hacia la restricción de la disolubilidad. Se amplían los casos en que se puede disolver el vínculo matrimonial de manera unilateral pero a su vez las penas se endurecen, llegando incluso a prohibir la realización de un nuevo matrimonio. También observamos nuevamente un claro trato desigual entre las partes, favoreciendo al hombre

con respecto a la mujer. En palabras de DAZA⁹¹ “*Permanece todavía igualmente la plena libertad del divorcio por mutuo consentimiento. La norma, a pesar de repetir la desigualdad jurídica y el privilegio del marido con respecto a la mujer, representa un paso adelante en el camino de la adecuación del derecho matrimonial a los principios morales y religiosos del cristianismo. Permanecen claros rasgos de ambigüedad, pero hay que subrayar el esfuerzo de los legisladores por impedir el segundo matrimonio fuera de los casos permitidos por la ley*”.

6.3.4. Teodosio II y Valentiniano III⁹².

Las constituciones del año 331 y la del año 421, serán introducidas en el Código Teodosiano del año 438. Sin embargo, su impracticabilidad llevó a que el mismo Teodosio II a través de la Novela 12, las tuviera que suspender precipitadamente, aboliendo con ello todas las normas restrictivas del divorcio y las penas para estas prevías, estableciendo que los repudios volvieran a ser regulados por las antiguas leyes y por las respuestas de los jurisconsultos clásicos.

Las sanciones se considerarían demasiado graves y se pretenderá restablecer la antigua disciplina clásica; la aplicación de las sanciones patrimoniales a cargo del cónyuge que repudia *sine iusta causa*.

Teodosio II y Valentiniano III con la Constitución del 10 de julio del año 449⁹³, conservada en el Código Justiniano, pretenden ir un paso más allá y otorgan una mayor amplitud al divorcio.

A través de esta nueva constitución se ven ampliadas de manera notable *las iustae causae repudii, ampliándose hasta catorce*⁹⁴. Las justas causas reguladas son las siguientes: adulterio, homicidio, envenenamiento, maquinaciones contra el Estado, falsedad, violación de sepulcros, hurto en lugar sagrado, rapiña, plagio, encubrimiento, traficar vendiendo hombres libres, reunión del marido en hogar conyugal con mujeres impúdicas, atentado contra la vida del otro cónyuge, participación de la mujer en banquetes con hombres sin que lo permita el marido, pasar noches fuera de casa sin motivo conveniente o asistencia a

⁹¹ DAZA MARTINEZ, ob.cit, p. 116.

⁹² PUJAL RODRIGUEZ, ob.cit, pp. 33-34.

⁹³ C.5,17,8.

⁹⁴ LOZANO CORBI, ob.cit, p. 188.

espectáculos contra la prohibición del marido (C.5,17,8,2 y 3).⁹⁵ El número de causas es tal que hacen fácil la ruptura de cualquier matrimonio mal avenido.

Ambos emperadores se basarán en presupuestos distintos a los de sus predecesores a la hora de delimitar y limitar los casos legítimos de divorcio, mientras que los segundos actuaban bajo la influencia de la doctrina cristiana a la que deseaban adaptarse, Teodosio y Valentiniano, obedecían a sentimientos de moral natural, lo que les importaba era el interés de los hijos.

En cuanto a las penas⁹⁶ establecidas en esta constitución son mucho más suaves que las establecidas en las constituciones anteriores. Se reducen a la pérdida de la dote y de la donación nupcial a favor del cónyuge inocente⁹⁷. Sin embargo, con respecto a la mujer que repudiaba *contempla lege*, no podía volver a casarse hasta que no hubieran transcurrido cinco años, ya que en caso contrario recaería sobre ella la infamia y la segunda unión no sería considerada como matrimonio⁹⁸. Destacar, que posteriormente el Emperador Anastasio con una constitución del año 497⁹⁹, establecerá que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento la mujer deberá esperar un año antes de volverse a casar y no cinco, si no se da alguno de los motivos previstos por la constitución del año 449¹⁰⁰.

Aunque el marido se sigue encontrando en una condición más privilegiada con respecto a la mujer, esta diferencia no es tan pronunciada como en las constituciones precedentes.

Esta mayor tolerancia al divorcio pese a ser cristianos, encuentra justificación en el hecho de que muchas de estas conversiones al cristianismo eran oportunistas. El paganismo todavía dominaba ampliamente en la vida romana. Por ello podemos afirmar que hasta Justiniano se puede hablar de dos tipos de sociedades en el Imperio, por un lado, la sociedad cristiana, observadora de las leyes de la Iglesia y por el otro la sociedad que soportaba el yugo de estos, convertida al cristianismo por motivos de oportunidad y siguiendo siendo pagana en espíritu.

⁹⁵ NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 152.

⁹⁶ Se refieren únicamente al divorcio unilateral, el divorcio bilateral se considera irreprochable.

⁹⁷ AZARA, & EULA, ob.cit, p. 63.

⁹⁸ C.5,17,8,4 y 5

⁹⁹ C.5,17,9.

¹⁰⁰ PUJAL RODRIGUEZ, ob.cit, p. 42.

Para finalizar, Teodosio II y Valentiniano III, a través de la mencionada Constitución del año 449, establecen por primera vez la necesidad de forma para otorgar validez al divorcio, recordemos que anteriormente, aunque existiera forma para llevar a cabo el divorcio, su realización no afectaba a la validez del mismo. Dicha forma consistía básicamente en la comunicación del divorcio o *repudium* a través de un simple *libellus*, nada se dice sobre la necesidad de testigos¹⁰¹.

¹⁰¹ OLIS ROBLEDA, SJ. *El matrimonio en Derecho Romano, Esencia, Requisitos de Validez, Efectos, Disolubilidad*. Roma, Universita Gregoriana, 1970, p. 267.

7 EL DIVORCIO JUSTINIANEO.

7.1 Contexto histórico.

Justiniano I el Grande, nació en el año 482 d. C en Tauresium, Iliria y fue coronado en el año 527 d. C. Su gobierno marcará un hito en la historia del Imperio romano de Oriente.

Justiniano tenía como objetivo restaurar la gloria del Imperio romano clásico y su política vino marcada por un intenso programa de reformas sociales transgresoras. Asesorado por los mejores expertos en cada materia y de por mujer Teodora, la cual jugaría un papel fundamental en el reinado de Justiniano, llevaría a cabo una amplia labor compiladora, destacando entre sus obras; el Código de Justiniano, a través del cual compilará las constituciones imperiales promulgadas desde Adriano; El *Digesto* o *Pandecta*, obra compiladora de las obras de los jurisconsultos clásicos; y las *Novellae Constitutiones* o Nuevas Leyes, con las que modificará diversos puntos del derecho existente, especialmente en materia de derecho de familia y sucesiones.

Las obras de Justiniano tendrán la intención no solo de ser aplicadas a la vida y costumbres de su tiempo, sino de ser preservada y transmitida con el pasar del tiempo a los siglos futuros.

Finalmente en el año 565 d. C Justiniano fallecería, heredando los restos del Imperio su sobrino Justino II. El reinado de Justiniano marcará la primera edad de oro del Imperio Bizantino.

Todas las obras legales de Justiniano formarán parte del *Corpus Iuris Civili*, base de diversos ordenamientos jurídicos en la actualidad.

7.2 Influencia de Justiniano en el divorcio.

Justiniano a través de las Novelas lleva a cabo la reordenación completa y última en materia de justas causas de divorcio. En las Novelas de Justiniano es donde podemos observar con

mayor nitidez el influjo del nuevo espíritu cristiano y una creciente restricción a la libertad de divorciarse.¹⁰²

La reordenación contenida en las Novelas afecta a las causas, a las penas del divorcio ilícito, y a la clasificación del divorcio. Se mantendrían las formalidades establecidas por Teodosio II y Valentiniano III.¹⁰³

Es importante aclarar que Justiniano pasa a calificar las figuras del divorcio en cuatro supuestos diferentes, con cuatro regímenes distintos, en los cuales el divorcio se consideraba posible¹⁰⁴.

- a) De común acuerdo o por mutuo consentimiento.
- b) Por causa razonable o justa; donde se aplica el sistema de justas causas.
- c) Sin ninguna causa o sin causa inculpable a ninguna de las partes.
- d) Por causa inculpable o no imputable a ninguno de los esposos, denominada *divortium bona gratia*.

Destacar que el derecho justiniano consideraba válido el divorcio prohibido, permitiendo a los cónyuges contraer nuevo matrimonio.

7.2.1. *Divorcio justa causa.*

En el caso de divorcio por causa razonable o justa, a las justas causas establecidas por Teodosio II y por Valentiniano III, se incorporarán las siguientes:

- a. La impotencia del marido; establecida mediante la Constitución del año 528.
- b. El aborto.

¹⁰² NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 154.

¹⁰³ OLIS ROBLED A, SJ (1970), ob.cit, p.268.

¹⁰⁴ VOGLI, ob.cit, p. 477-478.

- c. Tomar el baño en el edificio de los hombres.

- d. Buscar marido viviendo todavía el primero.

Las dos últimas causas son incorporadas a través de una Ley del año 533 d.C, y son consideradas manifestaciones desenfrenadas de lujuria de la mujer. A través de esta misma ley Justiniano establece que en el caso de que no se hubiera constituido la dote, el cónyuge inocente debería de ser restituido con la cuarta parte del patrimonio del cónyuge culpable.

Se prohibirá la disolución del vínculo matrimonial de los hijos que habiendo recibido dote o donaciones antenuptiales de sus padres, no hubieran obtenido la autorización de estos para divorciarse.

Como podemos observar, la legislación de Justiniano hasta el año 534, posé un número de justas causas más amplio que el contemplado por Constantino, sin embargo, la disolución unilateral del vínculo matrimonial trata de obstaculizarse de un modo semejante a como lo haría Constantino. Todas estas causas se encuentran reguladas en la Novela 22 del año 535.

En el año 542, se produce la última ordenación de causas establecida por Justiniano a través de la Novela 117, con la cual Justiniano derogará expresamente todas las causas establecidas por las leyes anteriores, ya fueran propias o de otros emperadores, y en sus capítulos 8 y siguientes dispone para el repudio las siguientes causas¹⁰⁵.

En relación al marido, este podrá repudiar en los siguientes casos:

- a. Si teniendo la mujer conocimiento de que se conspira contra el Imperio no lo manifiesta al marido¹⁰⁶.

- b. Si el hombre hubiera acusado a la mujer de adulterio y esta hubiera sido condenada¹⁰⁷.

¹⁰⁵ LOZANO CORBI, ob.cit, p. 191.

¹⁰⁶ Nov. 117,8,2.

¹⁰⁷ Nov. 117,8,3.

- c. Si la mujer hubiese atentado de algún modo contra la vida del marido o no hubiese descubierto al marido las insidias de otros conocidas por ella¹⁰⁸.
- d. Si ignorándolo el marido o, contra su prohibición, la mujer acude a los baños o banquetes con otros hombres¹⁰⁹.
- e. Si contra la voluntad del marido la mujer se hubiera alejado de él para vivir con otras personas, siempre que estas personas no fueran sus padres¹¹⁰.
- f. Que la mujer acudiera a determinados espectáculos contra la voluntad del marido o ignorándolo este¹¹¹.

Por su parte la mujer podía repudiar en los siguientes casos:

- a. Si el marido conspira contra el imperio o conoce la conspiración¹¹².
- b. Si el marido hubiera atentado contra la vida de la mujer o no le hubiera revelado las insidias de las que tuviera noticias o no hubiera interpuesto una acusación¹¹³.
- c. Si el marido atenta contra la castidad de la mujer¹¹⁴.
- d. Si el marido la acusa falsamente de adulterio¹¹⁵.
- e. Si el marido llevase a vivir al hogar conyugal a otra mujer o la frecuentase fuera de él, en la misma ciudad, y persistiese su actitud después de haber sido reprendido por los padres y otras personas dignas¹¹⁶.

¹⁰⁸ Nov. 117,8,3.

¹⁰⁹ Nov. 117,8,4.

¹¹⁰ Nov.117,8,5.

¹¹¹ Nov.117,8,6.

¹¹² Nov. 117,9,1.

¹¹³ Nov.117,9,2.

¹¹⁴ Nov. 117,9,3.

¹¹⁵ Nov.117,9,4.

¹¹⁶ Nov.117,9,5

En todos estos casos se produce una autentica disolución del matrimonio.

En el caso del cónyuge inocente si este era el hombre, podría contraer nuevo matrimonio de forma inmediata a la disolución del primer matrimonio, mientras que la mujer debía esperar un año para evitar la *turbatio sanguinis*.

En el caso de cónyuge culpable, si es el hombre este perdería la dote y la donación nupcial, además debía de entregar a la mujer un tercio de la donación nupcial sobre los demás. Si el cónyuge culpable es la mujer, esta perdería la dote y la donación nupcial y sería recluida para siempre en un convento, los demás bienes que esta poseyera se perderán a favor de los hijos dos tercios y a favor del convento un tercio. En el caso de que en el momento del matrimonio no existiera ni dote ni donación nupcial, el cónyuge culpable debería remitir al otro la cuarta parte de su patrimonio, en plena propiedad en el caso de que no existieran hijos o en usufructo en caso de la existencia de estos, sin superar la cifra de cien libras de oro¹¹⁷.

Podemos observar claramente como se mantiene el trato discriminatorio hacía la mujer, a la cual se acusaba con particular dureza de querer vivir deshonestamente. Este trato discriminatorio se trata de solventar a través de la Novela 127,4 del año 548, a través del principio de que si el delito es el mismo, la pena por lo tanto, debía ser la misma. Del mismo modo, la Novela 134,11 del año 556 persigue la equiparación de penas para el hombre y la mujer que repudiasen fuera de los casos establecidos, imponiéndose como pena, la reclusión en un monasterio y la perdida de todo el patrimonio a favor de los hijos o de los ascendientes en el caso de la no existencia de los primeros y a favor del monasterio.

7.2.2. *Divorcio sine causa o sin justa causa.*

Es considerado como un divorcio arbitrario por parte de uno de los cónyuges y no se encontraba permitido, pero una vez realizado era válido. Sin embargo, su realización conllevaba la imposición de determinadas penas, principalmente la perdida de la dote y de la donación nupcial.¹¹⁸

¹¹⁷ RODRIGO MARIN, ob.cit, p.41.

¹¹⁸ LOZANO CORBI, ob.cit, p. 192.

7.2.3. *Divorcio sin culpa o Bona gratia.*

El divorcio bona gratia se trataba de un tipo de divorcio unilateral lícito. Las causas imputables al mismo, fueron determinadas de modo distinto por Justiniano en dos ocasiones, la primera vez en el año 535 con la Novela 22 y la segunda en el año 542 con la Novela 117.

Las causas establecidas en la Novella 22 eran las siguientes:¹¹⁹

- a. El ingreso de uno de los cónyuges en la vida monástica¹²⁰. Se concedía el divorcio unilateral por esta vía debido a que la vida monástica en el matrimonio era comparada con la muerte. En este punto los historiadores discuten de si estamos ante un verdadero divorcio o en cambio ante una disolución del matrimonio *vi iuris*.
- b. La impotencia del marido por tres años a contar desde la fecha de celebración del matrimonio¹²¹. La impotencia es considerada como *occasionem necessariam et non irrationabilem* para disolver el matrimonio. La prueba es establecida por Justiniano en tres años, sumando un año a la regulación anterior. Tenemos que tener en cuenta, que esta causa se establece únicamente a favor de la *uxor*, no se hace referencia a la impotencia de la mujer.
- c. La cautividad de un cónyuge¹²². Justiniano establece que la cautividad rompa *bona gratia* el matrimonio después de un quinquenio desde el momento de la incertidumbre de la supervivencia del cónyuge. Es necesario el *repudium*, pero no así la comunicación, al no conocer donde se encuentra cautivo.
- d. Esclavitud sobrevenida como consecuencia de sentencia judicial de uno de los cónyuges si es liberto¹²³. En este caso sí que podemos hablar de un propio y verdadero divorcio, fundamentándolo en el hecho de que la esclavitud sobrevenida no difiere de la muerte.

¹¹⁹ PUJAL RODRIGUEZ, ob.cit, p. 45.

¹²⁰ Nov. 22,5.

¹²¹ Nov. 22,6.

¹²² Nov.22,7.

¹²³ Nov.22,9.

- e. Ausencia del marido *militae causa* después de diez años de incertidumbre en torno a la voluntad del mismo de querer permanecer en el matrimonio¹²⁴. Se trata de una causa a favor de la *uxor*. Debemos tener en cuenta que esta causa no gira en torno a la incertidumbre de la sobrevivencia del marido, se fundamenta en el defecto de alguna muestra de la *affectio maritalis* por un decenio.

En el año 542 con la Novela 117 Justiniano revisa la disciplina, haciéndola más estricta y reduciendo las causas del divorcio *bona gratia* a solo tres¹²⁵:

- a) La impotencia del varón.
- b) Entrada en la vida monástica de uno de los cónyuges.
- c) Cautividad de uno de los cónyuges.

Estas tres causas han de ser entendidas en el mismo sentido y bajo la misma disciplina, que lo habían sido a tenor de la Nov. 22¹²⁶.

Para finalizar, debemos advertir que se han planteado problemas en la doctrina acerca de si *divortium bona gratia* y *divortium communi consensu* son, o no, la misma cosa. BONFANTE¹²⁷ opina que el *divortium bona gratia* existió ya en época clásica y comprendía tanto el que se realizaba amistosamente por iniciativa de ambos cónyuges como el promovido unilateralmente. En Derecho Justiniano, habría adquirido su significado técnico: divorcio por causa no imputable a ningún cónyuge. Lo realmente interesante, es según BONFANTE, oponer este divorcio al divorcio por culpa¹²⁸.

Puede decirse que el *divortium bona gratia* no tienen significación unívoca en las fuentes clásicas. En las justinianas si parece hace referencia al repudio unilateral, no imputable. De todos modos tampoco en esta época se manifiesta consentimiento, ya unilateral, ya recíproco, sea el origen de ambos, propia su identificación.

¹²⁴ Nov. 22,14.

¹²⁵ Nov. 117,12.

¹²⁶ OLIS ROBLED A. SJ (1970), ob.cit, p. 272.

¹²⁷ BONFANTE, ob.cit, p. 360.

¹²⁸ NUÑEZ PAZ, ob.cit, p. 156.

7.2.4. *Divorcio consensual.*

Hasta ahora, hemos visto como Justiniano llevó a cabo una ordenación entorno a las justas causas, ordenación que no produce un cambio esencial en la regulación ya existente. Sin embargo, es entorno al divorcio por mutuo consentimiento donde se lleva a cabo una transformación esencial por parte de Justiniano.

En la Novela 117,10, Justiniano prohibirá el divorcio consensual salvo en el caso que los cónyuges hubiesen hecho voto de castidad o *castitatis desiderio*¹²⁹. Las penas aplicables a los que se divorciaban de mutuo acuerdo, entiende la doctrina, eran las mismas que las que se aplicaban a los divorciados *sine causa*.

Posteriormente, en la Novela 134,11 del año 556, se plasmará la definitiva posición justiniana en materia de divorcio consensual, traduciéndose en una negativa total.

Tras la muerte de Justiniano su sucesor y sobrino Justino II intentará mantener dicha prohibición, sin embargo debido a las presiones sociales entre otros condicionantes, se restituirá la validez del divorcio consensual¹³⁰, eliminando con ello las penas establecidas para este tipo de divorcio.

¹²⁹ Entendemos que hace referencia a la entrada voluntaria a la vida religiosa o monacal.

¹³⁰ Nov. 140.

8 EFECTOS DEL DIVORCIO ROMANO.¹³¹

En primer lugar, vemos necesario la necesidad de distinguir, por un lado, el efecto originario o general del divorcio y por el otro, los efectos derivados del mismo. El primero se refiere a la disolución del vínculo matrimonial en su totalidad, mientras que el segundo hace referencia no al divorcio en si mismo, sino a los efectos que proceden del mismo, aquellos ocasionados de forma indirecta o derivada.

8.1 Efectos personales.

8.1.1. *Con respecto a los cónyuges.*

Como hemos podido observar a lo largo del trabajo, hasta la época clásica existía una relación de superioridad del hombre con respecto a la mujer, superioridad manifestada en hechos como que la *uxor* obtenía el rango social del marido y pasaba a vivir en el domicilio de este, pasando a constituirse como el hogar familiar¹³².

En el caso de una mujer divorciada *sui iuris*, era necesario que la misma se encontrase sujeta a la figura de la tutela para poder participar en negocios jurídico civiles.

8.1.2. *Con respecto a los hijos.*

Originalmente, la suerte de los hijos no poseía relevancia, sin embargo, al llegar la época clásica y alcanzar el divorcio mayor protagonismo surgirá la necesidad de una regulación, dictándose disposiciones a favor de los hijos, sobre todo en materia patrimonial.

En relación a su legitimidad, la cesación del vínculo conyugal no provocará cambio alguno en la condición jurídica de los hijos ya nacidos, los cuales continuarán bajo la potestad del *pater* y conservarán sus derechos sucesorios.

¹³¹ NUÑEZ PAZ, ob.cit, pp. 121-136.

¹³² MUÑOZ CATALÁN, ob.cit, pp. 245-246.

En cuanto a los hijos nacidos o concebidos tras el divorcio, adoptarán la concepción de extraño para el padre. A la mujer divorciada encinta se le impondrá la obligación de declarar su estado al que fuera su marido en los treinta días anteriores al siguiente del divorcio, ante la actuación de la mujer, el marido poseía tres opciones: protestar su paternidad (derecho de no reconocerlo); enviar personas para la vigilancia de la mujer o guardar silencio (se entiende como silencio positivo, derecho de reconocerlo).

Por otro lado, si el marido sospecha que se ha producido una interrupción del embarazo, cabía la posibilidad de que el propio marido comprobase dicho hecho mediante la imposición de que la mujer compareciera ante el pretor para que declarase si se encontraba o no encinta. Si la mujer negaba el embarazo, se daba orden a las parteras para la comprobación y reconocimiento del mismo.

Por último, en relación a la custodia de los hijos, solo durante la Dinastía de los Antoninos, se le concederá la misma a la madre mediante causa *cognita*. Existe un rescripto de Diocleciano que hace referencia expresa al divorcio y a la facultad del juez de decidir si los hijos debían estar con el padre o con la madre. En el periodo del Bajo Imperio, debido a la influencia del cristianismo se observarán claros principios que apostaban por el patrimonio a favor de los hijos, sobre los cuales el padre solo poseería el goce y administración de los mismos.

8.2 Efectos patrimoniales¹³³.

Uno de los principales efectos que producía el matrimonio romano era la constitución de la dote¹³⁴, denominada *dos* o *res uxoria*, la cual hace referencia al conjunto de bienes o liberalidades que por ella o por nombre suyo, se entregaban al marido con la intención de sobrellevar las cargas de matrimonio, al ser este el que asumía las cargas económicas de la casa y de la familia. La dote constituye sistema llevado a cabo por la costumbre, no hay constancia de que constituyera una obligación legal.

La dote constituía el acto último de obligación alimenticia del padre de la mujer, o en su caso, del abuelo paterno, sean o no agnatos, en este caso se denomina *dos profecticia*, en el

¹³³ MUÑOZ CATALÁN, ob.cit, pp. 246- 249.

¹³⁴ D. 23,3,1 y 23,3,56.

caso de que se constituyera por la propia mujer o por la madre de esta, se habla de *dos adventicia*. La cuantía de la dote dependía de las posibilidades económicas de la persona que la constituía.

La dote en su constitución podía optar por diversas formas; pudiendo constituir tanto un acto de disposición o adjudicación presente de bienes dotales, en propiedad o en usufructo, a favor del marido, denominada *dotis datio*; o bien constituir una simple obligación, la cual antes de Justiniano, podría contraerse bien a través de un compromiso del donante con el marido, en forma estipulatoria a transferirle los bienes dotales, o bien, por medio de promesa no formal o *dotis dictio*. En época de Teodosio II, se reconocerá validez dotal a la simple promesa aceptada sin necesidad de forma alguna.

Al recibir la dote el marido adquiría el derecho de propiedad y libre disposición de la misma, sin embargo, aunque formalmente era propiedad del marido, pertenecía a la mujer, la propia *Lex Iulia de adulteriis*, privarían al marido del derecho de enajenar e hipotecar libremente los fundos itálicos incluidos en la dote.

Una vez extinguido o disuelto el matrimonio, el marido estaba obligado a restituir la dote en el estado en que se encontrase en el momento de su constitución. Durante la época republicana se concedería al marido la facultad de retener la dote, aún después de disolverse el matrimonio, sin embargo dichas retenciones iban en contra del deber moral, por ello a través de las denominadas *cautio rei uxoriae*, se obligaría al marido a prometer contractualmente la devolución de la dote una vez extinguido el matrimonio. Se establecerán las denominadas *actio rei uxoriae* como mecanismos para que la mujer o su paterfamilias pudieran reclamar la devolución de la dote.

9 EL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

9.1 Antecedentes históricos del divorcio español moderno.

La historia del divorcio en nuestro país ha resultado breve y convulsa. Escasos son los antecedentes del divorcio en nuestro país en atención al divorcio, debido a la gran influencia de la Iglesia católica en nuestro país. A continuación vamos a llevar a cabo un estudio sistemático de la figura del divorcio en la España premoderna, estudio que abarcará desde la entrada de los romanos en la península hasta la I República española.

En primer lugar, cuando los romanos entraron en la península (218 a. C) se encontraron una población heterogénea, compuesta por celtas e iberos y colonias griegas, fenicias y cartaginesas asentadas en el litoral oriental y sur de España. La romanización en nuestro país empezó pronto, pero no fue equitativa en toda la península, pues el sur y el centro de la península se romanizó mucho antes que el norte, y hasta la llegada del emperador Augusto no tuvo lugar la romanización de la Tarraconense.

Los emperadores romanos no tuvieron reparos en derogar las leyes y costumbres locales cuando lo estimaban oportuno, por lo que podemos afirmar que el derecho romano se estableció como el derecho principal del Imperio, estableciendo como derecho subsidiario las leyes y costumbres locales peninsulares. Destacar la concesión de la latinidad a España en el S. I d. C por Vespasiano y la concesión de la ciudadanía romana a todo el Imperio por Caracalla en el S. III d. C, como hitos fundamentales para llevar a cabo la unificación jurídica del Imperio, siendo por lo tanto de aplicación en nuestro país las Leyes de Augusto y las de los emperadores posteriores, pasando los matrimonios y los divorcios a regularse y practicarse en mayor medida a través de las pautas romanas¹³⁵.

Cuando los visigodos entraron en la península (409 d.C) se encontraron con una población hispano-romana regida por el Derecho romano, encontrándose como derecho vigente la Ley de Citas, los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como las Novelas posteodosianas. Sin embargo, los visigodos poseían su propio, lo que con el tiempo dio lugar a una convulsa situación legislativa, por lo que Alarico II, con el objetivo de dar una solución a dicha situación, promulgo en el año 506 un código para ser aplicado en los

¹³⁵ VAZQUEZ DE MARCOS, ob.cit, pp. 122-124.

litigios que se suscitaban entre sus subditos romanos, ley que contenía las disposiciones más importantes del código Teodosiano, así como, veintidós constituciones del código Gregoriano; código que pasaría a denominarse *Lex romana visigothorum*, paralelamente los visigodos regirían sus litigios a través de su propio derecho consuetudinario, derecho que sería aplicado por tribunales distintos de los que aplicaban el Código de Alarico. En el S. VI se llevará a cabo la unificación territorial por Leovigildo y la supresión de la personalidad del derecho y derogación del Breviario de Alarico¹³⁶ por Chindasvinto. Posteriormente a través del Fuero Juzgo, promulgado en primer lugar por Recesvinto en el año 654 y posteriormente por Ervigio en una versión más completa en el año 681, se admitirá el divorcio únicamente en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y el adulterio de esta¹³⁷.

Durante el reinado de *Alfonso X* a través de la redacción de las Siete Partidas se prohibirá el divorcio en su totalidad¹³⁸, recogiendo así el sentir de la Iglesia en relación con el matrimonio y el divorcio. El concepto de indisolubilidad del vínculo matrimonial se reforzará con el Concilio de Trento.

Ya en el Estado moderno español el 18 de junio de 1870, a través de la Ley Provisional del Matrimonio Civil, se consagrará por primera vez en la historia de nuestro país el matrimonio civil como obligatorio, sin embargo la mencionada ley adoptará la concepción canónica del matrimonio, considerando el matrimonio como indisoluble¹³⁹ y orientado a la procreación, y aunque no admitía expresamente el divorcio¹⁴⁰, ni unilateralmente ni de mutuo consentimiento¹⁴¹, reconocía la posibilidad de separación de los cónyuges¹⁴².

¹³⁶ El Breviario de Alarico prohibía el matrimonio entre godos y romanos.

¹³⁷ VAZQUEZ DE MARCOS, ob.cit, pp. 122-124

¹³⁸ Las Siete Partidas, Partida 4ª, Título 10º, Ley 5º establece que: “*el deposito por palabras de presente ha tal firmeza que nom se pueden departir los que assi fuesen desposados*” más adelante dice que “*Es propiamente llamado divorcio, mas que el departimiento que se faze por razón de otros embargos, porque magüer departe los que estovieren casados...siempre tiene el matrimonio; assi que nom puede casar ningún dellos mientras que biuieren*”.

¹³⁹ Artículo 1 de la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 21 de junio de 1870.

¹⁴⁰ Ley Provisional de matrimonio civil de 1870; Artículo 39 “*...quedan unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble*”, artículo 83 “*El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida común de los cónyuges y sus efectos*”.

¹⁴¹ Ley Provisional de matrimonio civil de 1870; Artículo 84 “*Los cónyuges no podrán divorciarse ni aún separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial*”.

Desgraciadamente, la cuestión entre el matrimonio civil y el religioso se transformó en un conflicto constante entre la Iglesia y el Gobierno. Para aliviar tensiones entre el Estado y la Iglesia, el Ministerio de Regencia, por Decreto de 9 de febrero de 1875, restablecerá el matrimonio católico, reconociendo efectos civiles a los matrimonios celebrados desde 1870 y reservando el matrimonio civil para los que no pudieran celebrar el católico. Este Decreto, tanto por su contenido como por el hecho de que había sido dictado sin presencia de las Cortes, que se encontraban disueltas, provocó la oposición en diversos medios, hasta tal punto que tuvo que ser confirmado en su efectividad por sentencia del TS de 28 de octubre de 1879.

Posteriormente, se llevaría a cabo el 11 de Marzo de 1888 un convenio entre el Gobierno español y la Santa Sede que daba por terminado el contencioso habido entre ambos poderes y que fue determinante en la redacción del nuevo Código Civil del mismo año¹⁴³, el cual en su artículo 42 establecería que “*la ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código*”, admitiendo con ello dos formas de matrimonio; el canónico, que debían contraer todos los que profesaran la religión católica, y el civil. Así mismo, el Código Civil del ochenta y ocho atribuía a los tribunales eclesiásticos el conocimiento de los pleitos de nulidad y divorcio¹⁴⁴; no admitía la disolución del vínculo matrimonial¹⁴⁵ y no daba al divorcio más efectos que la suspensión de la vida en común de los casados¹⁴⁶.

¹⁴² PENENCO ACEDO, Ángel. *Derecho de familia*. Madrid, 2013. p.75.

¹⁴³ LEZCANO, Ricardo. *El divorcio en la Segunda República*. Madrid: Akal, 1979, pp. 29-30.

¹⁴⁴ Artículo 80 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, “*El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos*”.

¹⁴⁵ Artículo 52 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, “*El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges*”.

¹⁴⁶ Artículo 104 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, “*El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados*”.

9.2 El Divorcio en la II República

El primer intento moderno de introducir el divorcio en nuestro país se produce durante la II República española, proclamada el 14 de abril de 1931, a través de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932¹⁴⁷, la cual tenía como objetivo dotar de contenido al artículo 43 de la Constitución de 1931, el cual reconocía el derecho de los ciudadanos a poner fin al matrimonio independientemente de su forma canónica o civil, estableciendo que: *“la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa¹⁴⁸”*. Así mismo, con la aprobación de la Ley del Divorcio, se permitiría a los cónyuges volver a contraer matrimonio civil y se consideraría a ambos como iguales ante la ley¹⁴⁹.

Por otro lado, la Ley de 28 de junio de 1932, dispuso que a partir de su vigencia solo se reconociera como forma de matrimonio la civil. (p. 131 TFM) atribuyendo por segunda vez en la historia de nuestro país a la jurisdicción civil la exclusiva competencia en la ordenación de la materia matrimonial.

El artículo segundo de la Ley de Divorcio, establecía la posibilidad de obtener el divorcio *“cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en la misma ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone”*, reconociendo con ello dos posibilidades de divorcio: la disolución del vínculo por mutuo acuerdo o divorcio bilateral, y la disolución del vínculo a instancia de uno solo de los cónyuges o divorcio unilateral. Para el primero no bastaba que los esposos estuvieran de acuerdo en disolver el matrimonio, sino que era necesario que ambos instaran ante los Tribunales. Para el segundo, es decir, cuando la voluntad de disolver el vínculo matrimonial fuera a instancia de uno solo de los cónyuges este solo podría pedir la disolución del mismo sobre la base de una serie de causas recogidas en el artículo tres de la ley.

¹⁴⁷ El debate social y legislativo en torno a la aprobación de la ley fue intenso, ya que suponía ir en contra del carácter sagrado e indisoluble que se le atribuía al matrimonio, provocando un profundo rechazo tanto por el poder eclesiástico, la derecha de la época e incluso por ciertos sectores de la izquierda.

¹⁴⁸ Artículo 43 de la Constitución española de 1931.

¹⁴⁹ Hasta ese momento la mujer casada era considerada como incapaz y actuaba representada por su marido, sería adoptada como modelo por diversos países europeos.

Sin embargo, el reconocimiento y efectos del divorcio serán primero suspendidos por la Guerra Civil española y posteriormente completamente derogados por la Ley de 23 de septiembre del año 1939, la cual declararía expresamente que el matrimonio era uno e indisoluble.

9.2.1. Causas de divorcio¹⁵⁰

Como anteriormente hemos mencionado, el artículo 3 de la ley de divorcio de 1932 establece trece causas por las cuales era lícito llevar a cabo el divorcio de manera unilateral, las cuales son las siguientes:

El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue¹⁵¹, constituye la primera de las causas contenidas en el artículo tres de la Ley del Divorcio, pasando de considerarse el adulterio como un delito penal¹⁵² a un motivo por el cual el cónyuge que no lo consentía podía alegarlo y romper con ello el vínculo matrimonial.

En segundo lugar, se establece la bigamia¹⁵³ como causa de disolución del vínculo matrimonial, causa que se encontraba fundada en la prohibición del artículo 51 del Código civil, en relación con el artículo 83, párrafo 5 del mismo Código.

En tercer lugar, se establece como causa de disolución del vínculo matrimonial “*la tentativa del marido para prostituir a la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la convivencia en su corrupción o prostitución*”¹⁵⁴, causa que poseía una finalidad claramente tuitiva, bastando la

¹⁵⁰ VAZQUEZ DE MARCOS, ob.cit, pp. 132 y ss.

¹⁵¹ Artículo 3.1 de la Ley del Divorcio de 1932.

¹⁵² El adulterio de la mujer casada y el amancebamiento del marido se encontraban penados como delitos por el artículo 620 del Código penal del año 1928. Pena que posteriormente fue derogada por la reforma de la República de 1932, sin embargo, fue restablecida por Ley de 1 de mayo de 1942, incorporándose los preceptos de esta al Código penal de 1944, artículos 449 a 452, dentro del cap. 6º, título 9º del libro II, derogado por la Ley de 26 de mayo de 1978, por lo que actualmente tampoco tiene carácter de delito.

¹⁵³ Artículo 3.2 de la Ley del Divorcio de 1932, “*La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges*”.

¹⁵⁴ Artículo 3.3 de la Ley del Divorcio de 1932.

simple tentativa de uno de los cónyuges para que se pudiera alegar dicha causa de disolución.

En cuarto y quinto lugar, se establecen como causas de disolución del matrimonio “*el desamparo de la familia, sin justificación*”¹⁵⁵ y “*el abandono culpable del cónyuge durante un año, respectivamente*”¹⁵⁶.

En sexto lugar, se establece como causa de disolución, la ausencia de uno de los cónyuges durante dos años¹⁵⁷. La alegación de esta causa exigirá la declaración judicial de ausencia, pues el abandono se empezará a computar desde la declaración de la misma, sin embargo, la declaración, aunque podía ser pedida tanto por los parientes del cónyuge desaparecido como por el propio Ministerio Fiscal, para que dicho abandono sirva como causa de divorcio, la declaración de desaparición debe ser solicitada por el cónyuge interesado.

Se establece como causa séptima, los malos tratos propinados por uno de los cónyuges a los miembros de la familia, entiendo como malos tratos en el sentido del artículo “*el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves*”¹⁵⁸

Como causa octava de disolución, se establece “*la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común*”¹⁵⁹. Por violación de los deberes del matrimonio podemos entender, la falta de relaciones sexuales, la falta de convivencia, la falta de socorro o la falta de fidelidad, sin llegar a comprender el supuesto de la causa primera, entre otras, situaciones que sin llegar a comprender el resto de causas contenidas en el resto del articulado, produzcan una situación insoportable para uno de los cónyuges. la falta de socorro. Como causas perturbadoras de las relaciones matrimoniales podía comprender, el juego, la embriaguez, la mala administración del patrimonio familiar, etc.

¹⁵⁵ Artículo 3.4 de la Ley del Divorcio de 1932.

¹⁵⁶ Artículo 3.5 de la Ley del Divorcio de 1932.

¹⁵⁷ Artículo 3.6 de la Ley del Divorcio de 1932, “*La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código civil*”.

¹⁵⁸ Artículo 3.7 de la Ley del Divorcio de 1932.

¹⁵⁹ Artículo 3.8 de la Ley de Divorcio de 1932.

Como causa novena, se establece “*la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo*”¹⁶⁰. Reconociendo esta causa el derecho a la integridad física, psíquica e incluso social del cónyuge. Determinar la culpabilidad de esta causa constituye una prueba complicada, puesto que había que demostrar que el contagio al otro cónyuge se había producido de forma consciente y con el desconocimiento de la enfermedad por parte del otro cónyuge.

Se establece como causa decima de disolución del vínculo matrimonial el caso de impotencia prematura, de carácter permanente y de forma sobrevenida una vez celebrado el matrimonio¹⁶¹. En este caso la causa va encaminada a la imposibilidad de mantener relaciones sexuales, no con respecto a la imposibilidad para engendrar. Sin embargo, si dicha impotencia ocasionara a su vez la imposibilidad de engendrar, podía ser alegada del mismo modo como causa de disolución unilateral, si uno de los cónyuges tuviera el deseo de tener hijos y ese deseo primara sobre el matrimonio.

Como causa once de disolución unilateral del vínculo matrimonial se establece “*la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años*”¹⁶². En este caso, había que esperar tres años desde la sentencia firme de condena para poder instar el divorcio¹⁶³.

Se establece como causa doce “*la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentido durante tres años*”¹⁶⁴.

Finalmente, la causa trece y última establecida por la Ley de Divorcio hace referencia a la enajenación mental de uno de los cónyuges, estableciendo que “*la enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y*

¹⁶⁰ Artículo 3.9 de la Ley de Divorcio de 1932.

¹⁶¹ Artículo 3.10 “*La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo*”.

¹⁶² Artículo 3.10 de la Ley del Divorcio de 1932.

¹⁶³ Último párrafo del artículo 8 de la Ley del Divorcio de 1932, “*...Cuando se funde en la causa número once será necesario que hayan transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena*”.

¹⁶⁴ Artículo 3.12 de la Ley de Divorcio de 1932.

que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo¹⁶⁵”.

9.3 La Ley del Divorcio de 1981¹⁶⁶

No será hasta la Constitución española de 1978 que el divorcio vuelva a hacer acto de presencia en nuestro país. En 1981 por iniciativa de Francisco Fernández Ordóñez, ministro de UCD, entrará en vigor la Ley 30/1981, de 7 de julio, popularmente conocida como *Ley del Divorcio*, o *Ley Ordoñez*¹⁶⁷, con la cual se modificará la regulación del matrimonio en el Código Civil y se reinstaurará el divorcio, pasando a regularse dentro del marco general del Código Civil, a diferencia de la Ley de 1932, promulgada de forma específica para regular el divorcio y su procedimiento. La ley de 1981 establecía un sistema bastante conservador, siendo necesaria la alegación de una serie de causas para poder divorciarse unilateralmente y estableciendo como condición al divorcio la necesidad de separación previa¹⁶⁸.

La nueva regulación del divorcio se caracterizaba principalmente por:

- a) Producir efectos civiles independientemente de la forma y fecha de celebración del matrimonio. Por tanto, la Ley es aplicable a los matrimonios civiles y religiosos, antes o después de la promulgación de la misma.

- b) Recoger la separación judicial por simple acuerdo de los cónyuges sin más requisitos.

¹⁶⁵ Artículo 3.13 de la Ley de Divorcio de 1932.

¹⁶⁶ ACEVEDO BERMEJO, Antonio & HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. *Compendio práctico sobre el divorcio en España : estudio de las claves para su reforma* . Madrid: Tecnos, pp.45 y ss.

¹⁶⁷ En ese mismo año se producirán los primeros divorcios en España, destacando el divorcio de Julia Ibars como el primer divorcio de la España contemporánea, la cual obtuvo la separación el 7 de septiembre de 1981 en el Juzgado de Primera Instancia de Santander, presentando la demanda pocas horas después de la entrada en vigor de la ley.

¹⁶⁸ PARA MARTIN. Antonio. *Divorcio, separación y declaración de nulidad. La crisis matrimonial ante el derecho*. Barcelona, Editorial Humanitas S.L, 1983, p. 11.

- c) Reducir a la mitad los plazos para obtener el divorcio.
- d) Permitir el divorcio directo en el caso de atentado a la vida del otro cónyuge.
- e) Establecer el cómputo de los plazos para solicitar el divorcio, ya no desde la admisión de la demanda, sino desde la interposición de la misma, estableciendo como plazo máximo previo a la demanda de divorcio un año.
- f) Las causas de divorcio se construirán sobre la base de una previa separación efectiva de los cónyuges, que constituye presunción del carácter profundo e irreversible de la ruptura de la comunidad de vida conyugal.
- g) Consagración del principio sin culpa en el divorcio, no apareciendo elementos culpabilísimos entre las causas de disolución del vínculo matrimonial, evitando con ello que dicho elemento culpabilístico pueda tener una incidencia negativa sobre los hijos, los propios cónyuges, y sobre las relaciones entre ambos tras la ruptura.

La novedad más relevante introducida por la Ley 30/1981, de 7 de junio, fue la posibilidad de obtener la separación a través de procedimiento de mutuo acuerdo, instado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; teniendo como antecedente la Ley del Divorcio republicana de 1932, que contemplo *ex novo* esta forma de separación matrimonial.

El procedimiento de mutuo acuerdo o consensuado de separación¹⁶⁹ matrimonial se encontraba regulado en el artículo 81.1 del C. Civil¹⁷⁰, el cual exigía como requisitos de la misma, el transcurso de un año desde la celebración del matrimonio y la presentación de una propuesta de convenio regulador en las condiciones establecidas en los artículos 90 y 103 del mismo cuerpo legal. Nos encontramos por lo tanto, ante un proceso amistoso y

¹⁶⁹ Hablamos de separación de mutuo acuerdo o consensuada y no de divorcio de mutuo acuerdo o consensuado al ser la separación el estadio previo e imprescindible al divorcio.

¹⁷⁰ Artículo 81.1 del Código Civil, modificado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, “*A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código*”.

abreviado, en el que ambas partes acuerdan las condiciones de la separación y en el que no es preciso la alegación de causa alguna para llevar a cabo la separación matrimonial.

El acuerdo plasmado en el convenio se alcanzará bien a través de la negociación personal de los propios interesados, bien a través de sus respectivos abogados o bien a través de la mediación familiar, una vez que las partes hayan llegado a dicho acuerdo, el convenio regulador deberá ser ratificado por ambas partes y será siempre válido cuando sus estipulaciones no sean gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges o dañosas para los hijos en el caso de que existieran¹⁷¹.

Destacar que no se admitía el divorcio por mero acuerdo de los cónyuges, *debiendo demostrarse que tras un dilatado tiempo de separación, su reconciliación ya no era posible y el matrimonio se encontraba definitivamente roto, debiendo demostrar del mismo modo, el cese definitivo de la convivencia o la violación grave o reiterada de los deberes conyugales.*¹⁷²

9.4 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La Ley 30/1981, fue modificada posteriormente por normas que modificaron sustancialmente su articulado inicial. Dentro de estas normas modificadoras la Ley 15/2005 de 8 de julio, adquiere especial relevancia¹⁷³.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, con la que se modificará el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, tal como establece en su Exposición de Motivos “*persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución matrimonial*” y establece el principio de libertad como valor superior del

¹⁷¹ Artículo 90 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

¹⁷² DE SANTA OLALLA SALUDES, Pablo Martín. *La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica*. Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea, núm.14, pp.519-554, 2001, p.526.

¹⁷³ ACEVEDO BERMEJO, & HIJAS FERNÁNDEZ, ob.cit, pp. 54-56

ordenamiento jurídico en el matrimonio¹⁷⁴, estableciendo el artículo 86 de la propia Ley que “*se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81*”¹⁷⁵.

Con tal fin la Ley 15/2005 llevará a cabo una amplia reforma del Derecho matrimonial, destacando:

- 1) La supresión de la separación como paso previo obligatorio al divorcio.
- 2) Elimina la necesidad de alegación de causa para justificar la separación y el divorcio¹⁷⁶, abandonando el obligado elenco de causas legitimantes, otorgándole una verdadera libertad a los mismos, y actuando en consonancia con la propia exposición de motivos de la Ley¹⁷⁷. Pudiéndose decretar la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, o a petición de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de alegación de causa alguna¹⁷⁸.
- 3) Acorta los plazos para la solicitud del divorcio, a tres meses desde la celebración del matrimonio, suprimiendo el anterior plazo de un año, salvo en los casos en que se acredite un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral

¹⁷⁴ SANCHEZ CALERO, Francisco Javier. Coord. *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones* 8º Edición. Valencia, Tirant lo Blanch 2017, pp. 111-112.

¹⁷⁵ Artículo 86 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁷⁶ Lo que nos lleva a recordar la libertad de disolución del vínculo matrimonial que existía en Roma hasta la llegada de Constantino.

¹⁷⁷ LORCA NAVARRETE, Antonio María, DENTICI VELASCO Nina María, & LORCA DENTICI, Andrea María. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005. p.5

¹⁷⁸ Artículo 81 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos¹⁷⁹.

- 4) Introducción de la mediación familiar, como herramienta para que las partes acuerden las medidas que vayan a regir las relaciones futuras de la familia.
- 5) Modifica el artículo 68 del Código Civil, reconociendo la obligación de los cónyuges de compartir las tareas y responsabilidades del hogar¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Artículo 81 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁸⁰ Artículo 68 del Código Civil, modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

10 COMPARATIVA ENTRE EL DIVORCIO ROMANO Y EL DIVORCIO ESPAÑOL.

Como podemos observar a lo largo de nuestro estudio, tanto en Roma como en España nos podemos encontrar con dos modalidades de divorcio, aquel llevado a cabo de común acuerdo entre los cónyuges, y aquel llevado a cabo de manera unilateral. La distinción entre ambos tipos de divorcio aparece por primera vez en Roma en la legislación de Constantino y en nuestro país en la Ley de Divorcio de 1932.

Tanto a lo largo de la historia de Roma como a lo largo de la historia de nuestro país, podemos observar intentos de obstaculización del divorcio, en especial aquel llevado a cabo de manera unilateral, en ambos casos, sometiendo dicha posibilidad de disolución del vínculo matrimonial a la existencia de ciertas causas tasadas, pudiendo observar la coincidencia de algunas de ellas en ambos ordenamientos: adulterio, ausencia de uno de los cónyuges durante un tiempo prolongado, o la impotencia del varón.

La diferencia principal entre ambas regulaciones reside en que, en la regulación española las causas debían de ser alegadas a priori ante los Tribunales para que se pudiera declarar la disolución del vínculo¹⁸¹, mientras que, en la regulación romana, la alegación de causa de disolución unilateral del vínculo no anulaba el acto, sino que ponía en marcha el mecanismo sancionador.

En el caso de divorcio por mutuo acuerdo entre los cónyuges, se consideró libre en Roma hasta la definitiva prohibición por Justiniano en la Novela 134,11, eliminándose dicha prohibición tras su muerte por Justino II. En el caso de España, ya en tiempos constitucionales podemos entender que dicha posibilidad se encontró limitada en la Ley de 1981, al ser necesaria la separación como estadio previo e indispensable para poder divorciarse de mutuo acuerdo, no existiendo por lo tanto una posibilidad directa de

¹⁸¹ La existencia de alegación de causa necesaria para la solicitud de la separación y divorcio se extendió en nuestro país hasta la publicación de la ley de 5/2005 por la que se modificó el Código Civil y derogó la necesidad de alegación de causa.

divorcio por mutuo acuerdo hasta la Ley de 2005¹⁸², que eliminó el requisito de separación previa para poder divorciarse.

Para finalizar, en relación a la posibilidad de contraer nuevas nupcias, podemos observar como en el divorcio romano, Justiniano establece en el caso de la mujer, la necesidad de esperar un año para volver a casarse, el hombre no se encontraba sometido a dicho plazo. En el derecho español no hay plazo para volver a casarse, solo se establece un plazo de tres meses para pedir el divorcio y un mes en caso de riesgo para alguno de los cónyuges, pudiendo volver a casarse cualquiera de los cónyuges una vez obtenido el divorcio tras dicho plazo.

¹⁸² La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modifica el artículo 82 del Código Civil, relativo al divorcio de mutuo acuerdo.

11 CONCLUSIONES FINALES.

I. Podemos afirmar casi con total seguridad que la práctica del divorcio era conocida desde los primeros tiempos de Roma, posibilidad que no se encontraba limitada por traba jurídica alguna, en cambio, en la práctica, se encontraría limitada por razones sociales, morales, religiosas e incluso políticas. No existía en estos tiempos una regulación jurídico-formal del divorcio, regulación que se supliría por derechos consuetudinarios como las Leyes de Rómulo, el respeto a la moral y a las más antiguas tradiciones romanas. Posteriormente a través de las denominadas XII Tablas, se establecieron diversas fórmulas aplicables al divorcio, formalidades que no afectaban a la validez del mismo. Se consideran excepcionales los divorcios en Roma hasta el último tercio del S. III a.C.

II. En el Derecho Romano clásico, nos encontramos un intenso cambio social y jurídico, caracterizado por la denominada corrupción de las costumbres tradicionales romanas. Destacamos de este periodo la limitación al poder del paterfamilias, la plena configuración jurídica del divorcio y la adquisición por parte de la mujer de una mayor relevancia jurídica y social.

Augusto intentará llevar a cabo una reforma social, con el objetivo de repoblar el Imperio, el cual se encontraba diezmado como consecuencia de las numerosas guerras civiles y sociales que se habían producido, del mismo modo intentará llevar a cabo una vuelta a las perdidas bases tradicionales de la familia romana, intentado obstaculizar los divorcios precipitados a través de las leyes *Iulia de maritandis ordinibus* y *Papia Poppaea*. Aun así el divorcio continuaba siendo libre.

Augusto establecería una forma determinada para llevar a cabo del divorcio de manera unilateral, forma que tendría relevancia en cuanto a las consecuencias penales del mismo y en cuanto a que serviría como prueba de la cesación del consentimiento, sin embargo, dicha forma no afectaría a su validez.

III. En el Derecho Romano postclásico, la influencia del cristianismo, entre otros factores, llevo a cabo una profunda alteración en la concepción clásica del divorcio, así como una profunda reforma legislativa. Los emperadores cristianos llevarán a

cabo una limitación del divorcio unilateral, estableciendo un sistema de justas causas influidas por las nuevas creencias cristianas para llevar a cabo legalmente el divorcio, en caso de llevar a cabo el mismo fuera de las causas establecidas, las partes incurrirán en una serie de sanciones. El divorcio consensual o de mutuo acuerdo seguirá siendo libre.

Destacar que por primera vez en la historia de Roma, los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, establecieron la necesidad de forma para otorgar validez al divorcio.

- IV. En el Derecho Romano justiniano, Justiniano lleva a cabo una intensa reforma social y jurídica, compilando tanto legislación como jurisprudencia, además de legislar nuevas leyes. En este periodo no solamente se limitará el divorcio llevado a cabo de manera unilateral de un modo similar a la anterior etapa, sino que por primera vez en la historia de Roma se limitará el divorcio consensual hasta su total prohibición, sin embargo, debido a la oposición social su sucesor Justino II, abolirá en contra de sus deseos dicha prohibición.
- V. En cuanto a los efectos relativos al divorcio, podemos distinguir dos efectos principales, por un lado efectos personales relativos a los cónyuges y descendientes y por otro lado efectos patrimoniales, destacando el papel que juega la dote en estos últimos, la cual constituía principalmente una ayuda a las cargas matrimoniales por parte de la mujer. Con respecto a los efectos personales en relación a los hijos nacidos posteriores al divorcio, destacar la especial preocupación del varón con respecto a la paternidad sobre los vástagos.
- VI. En la historia de nuestro país hemos podido observar como la ideología social y en especial la influencia del cristianismo, en paralelo a como sucedió en Roma, influyeron de forma negativa a la libre voluntad de las partes para romper su vínculo matrimonial, encontrándose dicha posibilidad prohibida por lo general hasta bien entrada la democracia, no siendo hasta el año 2005 cuando el divorcio se pudo considerar completamente libre para las partes, libertad entendida desde el punto de vista de la no necesidad de alegar causa previa para justificar dicha intención de disolución del vínculo.

- *Conclusión final*

A lo largo de nuestro estudio hemos podido observar como en la mayoría de las etapas de Roma se concebía el divorcio como algo natural y libre, al girar el matrimonio romano sobre el consentimiento de los cónyuges de permanecer juntos, al desaparecer dicho consentimiento los romanos entendían que no podía proseguir el matrimonio y por lo tanto, debía llevarse a cabo su disolución, otorgándole a raíz de dicha concepción, una libertad al divorcio que permanecería casi inalterable a lo largo de la historia de Roma hasta la entrada del cristianismo.

En esencia dicha concepción romana del matrimonio y del deseo de ponerlo fin una vez ha cesado el deseo de alguno de los cónyuges de permanecer juntos, se ha mantenido hasta la actualidad, sin embargo, la posibilidad de divorciarse de manera libre e igualitaria por parte de ambos cónyuges en nuestro país, es el resultado de un largo proceso histórico-jurídico, proceso en el que por razones éticas, sociales y sobretodo religiosas, el divorcio se ha visto limitado y generalmente prohibido a lo largo de nuestra historia, no siendo hasta la promulgación de la ley 15/2005 que podemos decir que el divorcio adquiere plena libertad para las partes.

12 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BERMEJO, Antonio & HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo. *Compendio práctico sobre el divorcio en España: estudio de las claves para su reforma*. Madrid, Tecnos, 2019.
- ARIAS RAMOS, José & ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano: Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Vol. II, 18ª Edición., Madrid, Edersa, 1984.
- ASTOLFI, Riccardo. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*. Padova, CEDAM, 2000.
- AZARA, Antonio, & EULA Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965.
- BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano, Volumene primo: Diritto di familia*, Milán, Giuffrre, 1963.
- BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Reus. Madrid 1929.
- DAZA MARTINEZ, Jesús. *La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano*. En LOPEZ ROSA, Ramón & DEL PINO TOSCANO, José Felipe, Coord.: *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*. Huelva, Universidad de Huelva, pp. 109-148, 2004.
- DI MARZIO, Salvatore. *Lezioni sul matrimonio romano*. Roma, L'Erna di Bretschneider, 1972.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva. *Repudium-Divortium. Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto*. Universidad de Granada, 1987.

- GOMEZ RUIS, Concepción. *El divorcio y las leyes Augusteas*. Sevilla, Publicaciones de la universidad de Sevilla, 1985.
- HERNANZ PILAR, Javier. *El iussum en las relaciones potestativas*. Universidad de Valladolid, 1992.
- IGLESIAS REDONDO, Juan. *Derecho Romano, historia e instituciones*. Sello Editorial. Madrid 1985.
- LANDUCCI, Lando. *Indissolubilita del matrimonio confarreato: considerazioni storiche*. Bologna, Garagnani, 1896.
- LEZCANO, Ricardo. *El divorcio en la Segunda República*. Madrid: Akal, 1979.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, DENTICI VELASCO Nina María, & LORCA DENTICI, Andrea María. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa. *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*. Tesis Doctoral. Huelva, Universidad de Huelva, 2013.
- NUÑEZ PAZ, María Isabel. *Consentimiento Matrimonial y Divorcio en Roma*. Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1988.
- OLIS ROBLEDA, SJ. *El matrimonio en Derecho Romano, Esencia, Requisitos de Validez, Efectos, Disolubilidad*. Roma, Universita Gregoriana, 1970.
- PARA MARTIN. Antonio. *Divorcio, separación y declaración de nulidad. La crisis matrimonial ante el derecho*, Barcelona, Editorial Humanitas S.L, 1983.
- PUJAL RODRIGUEZ. Carmen. *La Influencia de la Iglesia en la transformación del Derecho Romano de Familia: Divorcio*, en CATALÁ RUBIO, Santiago. Coord.: *Evolución*

del Derecho de Familia en Occidente. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2006.

- RODRIGO MARIN, Sandra. *Matrimonio, divorcio y filiación, comparativa entre los distintos regímenes aplicables, Derecho Romano y Derecho Actual Español*. Trabajo de Fin de Master. Alcalá, Universidad de Alcalá, 2018.
- RUIZ FERNANDEZ, Eduardo. *El divorcio en Roma*. Madrid, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.
- SANCHEZ CALERO, Francisco Javier. Coord. *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones* 8º Edición. Valencia, Tirant lo Blanch 2017.
- VAZQUEZ DE MARCOS, Rodolfo. *El divorcio en Roma y en España*. Tesis Doctoral. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- VOICI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. 3ª Edición. Rifatta. Milano: A. Giuffrè, 1954.
- VOLTERRA, Edoardo. *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia*. Pisa, 1931-32.

WEBGRAFÍA

- AMUNATEGUI PERELLO, Carlos Felipe. *La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*. Revista de estudios histórico-jurídicos, núm. 30, 2008, pp. 37-46. (Consultado el 3 de enero del 2020). Disponible en:

<http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/484>

- DE LOS ANGELEZ, Humberto. *Disolución del Matrimonio Romano*. Última actualización 11 de noviembre de 2011. (Consultado el 27 de marzo de 2020). Disponible en:

<https://xdoc.es/disolucion-del-matrimonio-romano-pdf-free.html>

- DE SANTA OLALLA SALUDES, Pablo Martín. *La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica*. Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea, núm. 14, pp.519-554, 2001 (Consultado el 15 de agosto de 2020). Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1036882>

- LOZANO CORBI, Enrique. *La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: Desde la antigua sociedad Romana hasta el Derecho Justiniano*. Proyecto social: Revista de relaciones laborales, núm. 4-5, Zaragoza, 1997, pp.181-194. (Consultado el 4 de febrero de 2020). Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=229724>

- OLIS ROBLEDA, SJ. *El divorcio tácito en Derecho romano*. Analecta Cracoviensia, núm. 7. Roma, Universidad Pontificia Gregoriana, 1975. pp. 411-418. (Consultado el 3 de marzo de 2020). Disponible en:

<https://czasopisma.upjp2.edu.pl/analectacracoviensia/article/download/2888/2764>

- PENENCO ACEDO, Ángel. *Derecho de familia*. Madrid, 2013. (Consultado el 19 de junio de 2020). Disponible en:

<https://app--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/512997470>.

- PEREZ JIMENEZ, Aurelio. *Plutarco y las Leyes de Rómulo sobre el matrimonio*. *Analecta malacitana: Revista de la Sección de Filología de la Facultad de Filosofía y Letras*, vol. 11, núm. 1, Málaga, 1988, pp. 3-10. (Consultado el 29 de febrero de 2020). Disponible en:

https://search.proquest.com/openview/bd4539c77cab1dd5ec681990564b67f/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1818013&casa_token=uMftDnn-ANIAAAAA:Bz2tDm8luxDt38XGqDI7y8fZbHrs6ZhEZZ20ZBC5bxFc3v2YiiGgLa;7hcIzIiV9NAZnv1R3L-FI

- RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria. *La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre cónyuges en la historia del Derecho Castellano*, *Anuario de la historia del derecho español*, núm.77, 2007, pp.615-706. (Consultado el 20 de agosto de 2020). Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2581437>

13 INDICE DE FUENTES.

13.1 Literarias.

- Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 10, 23, 3.
- Dionisio de Halicarnaso, *Antiquitates Romanae*, 2, 25, 2.
- Pompeyo Festo. V. *Flammeo*.
- Plinio, *Naturalis Historia*, 14,8,9.
- Plutarco, *Quaestiones Romanae*, Rom.22.
- Valerio Máximo, *Factrum et dictorum memorabilium*, 2, 1, 4.

13.2 Jurídicas.

ARCAICAS

Lex XII Tabularum

- Tab. III. 3.

POSTCLÁSICAS

Codex Theodosianus

- C.Th.3, 13, 2.
- C.Th.3, 16, 1.
- C.Th.3, 18, 2.

JUSTINIANEAS

Instituta

- 1, 9, 1.

Digesta

- D. 23, 2, 1.
- D. 24, 2, 2.
- D. 24, 2, 9 (Paulo, *De los adulterios, libro II*).
- D. 38, 11, 1 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XXXV*).
- D. 48, 5, 44 (Gayo 3, *Comentarios la ley de las XII Tablas*).
- D. 38, 11, 1 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XXXV*).

Codex.

- C. 5, 17, 8. pp. 27.
- C.5, 17, 8, 4. pp.28.
- C. 5, 17, 8, 5. Pp. 28.
- C. 5, 17, 9. Pp.28.

Novellae.

- Nov. 22, 5.
- Nov. 22, 6.
- Nov. 22,7.
- Nov. 22, 9.
- Nov.22, 14.
- Nov. 117, 8, 2.
- Nov. 117, 8, 3.
- Nov.117, 8, 4.
- Nov. 117, 8, 5.

- Nov. 117, 8, 6.
- Nov. 117, 9, 1.
- Nov. 117, 9, 2.
- Nov. 117, 9, 3.
- Nov. 117, 9, 4.
- Nov. 117, 9, 5.
- Nov. 117, 10.
- Nov. 117, 12.
- Nov. 127, 4.
- Nov. 134, 11.
- Nov. 140.

MEDIEVALES

Partidas

Partida 4ª, Título 10º, Ley 5º

MODERNAS

Ley Provisional del Matrimonio Civil de 21 de junio de 1870.

- Artículo 1.
- Artículo 39.
- Artículo 83.
- Artículo 84.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil

- Artículo 52.
- Artículo 80.
- Artículo 104.

Constitución española de 1931

- Artículo 43.

Ley del Divorcio de 1932

- Artículo 3.1.
- Artículo 3.2.
- Artículo 3.3.
- Artículo 3.4.
- Artículo 3.5.
- Artículo 3.6.
- Artículo 3.7.
- Artículo 3.8.
- Artículo 3.9.
- Artículo 3.10.
- Artículo 3.12.
- Artículo 3.13.
- Artículo 8.

Código Civil español, modificado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

- Artículo 81.1.
- Artículo 90.

Código Civil español, modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

- Artículo 68.
- Artículo 81.
- Artículo 86.
- Artículo 92.