

Resumen de la monografía

I.– *Divortium* y *Repudium*

La palabra *divortium* (punto de intersección de dos caminos que se alejan en dirección opuesta), representa, en el sentido jurídico (que es el que nos interesa), la ruptura del vínculo matrimonial que une a dos cónyuges. Este sentido es muy general y recoge todos los medios que permiten la disolución del matrimonio: *Stricto sensu*, si es por mutuo acuerdo entre los cónyuges, o *Repudium*, si es por la voluntad de un solo cónyuge.

Sin embargo, con frecuencia se habla indistintamente de *divortium* y *repudium*. En alguna ocasión se ha dicho que el término *repudium* debe utilizarse cuando es hecho por el marido, y *divortium* cuando lo hace la mujer; también se ha mencionado que el *repudium* se aplica sólo a los que se han prometido esponsales, viniendo a indicar el repudio entonces la decisión de no casarse con la persona a la que se está prometido.

En cuanto a la evolución de estos términos, Bonfante nos contaba que en un principio la palabra *divortium* se aplicaba de forma activa para el esposo, hasta la admisión de divorcio por parte de la mujer, se le adjudicó este término a ella, siendo para el marido el repudio. Finalmente se acabó por dar un sentido general a ambos términos. Según este mismo autor, en la época clásica, el repudio es la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges de no continuar con el matrimonio, y el divorcio el efecto que produce la pérdida de la *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos, y el cese de la vida en común. En el derecho posclásico, el divorcio supuso la disolución matrimonial por mutuo acuerdo y el repudio por voluntad de una sola parte.

A lo largo de los períodos históricos en los que estudiaremos el divorcio en Roma, comprobaremos que estuvo ligado de forma íntima con las costumbres.

II.– *Divortium* desde Rómulo a la Ley de las XII Tablas

Debido a la discrepancia que existe entre las pocas fuentes que se tienen, es difícil saber si el divorcio existió siempre en Roma, aunque sí podemos suponer que Roma estaba al corriente de las costumbres del resto de pueblos, en los que ya existía el matrimonio disoluble.

Con objeto de conocer las características de esta institución en la época que nos ocupa, debemos centrarnos en dos textos, uno de Dionisio de Halicarnaso, el otro de Plutarco, que se refieren a una supuesta ley dictada por Rómulo, cuya interpretación no está exenta de dificultades.

Así, algunos autores han dejado claro que en su texto, Dionisio se refiere al matrimonio que lleva consigo *confarreatio* como el único que producía efectos. Otros, sin embargo, sostienen que un matrimonio confarreado era indisoluble como consecuencia del interés del Estado en la existencia de numerosos hijos que pudiesen nutrir el ejército romano. Puede buscarse la justificación de la indisolubilidad aparecida en el texto de Dionisio en la *manus*; el *paterfamilias* poseía un poder que mantenía al resto de la familia como su propiedad, poder que constituía un carisma religioso con vistas a supervivencia y crecimiento del grupo.

En cuanto al texto de Plutarco, queda claro para varios autores que Rómulo dictó diversas leyes, una de las cuales permitía al marido, previa ofrenda a los dioses de un sacrificio expiatorio, abandonar a su mujer en caso de cometer adulterio, entre otros actos (que cada autor interpretó de forma distinta).

#Formas de divorcio#

Lo único que sabemos de la forma en que se efectuaba el divorcio, es que intervenía el *iudicium domesticum* (tribunal doméstico), aunque no puede determinarse exactamente cuál era su función exactamente. La opinión

más generalizada es la de que el tribunal lo componían los *cognados* de la mujer, aunque tratándose de un matrimonio seguido de *conventio in manum*, también podían intervenir sus *agnados*. Según Oliver, el marido convocaba al tribunal y decidía la sanción a imponer, gracias al derecho de juzgar que la *manus* le otorgaba, y de dictar el *decretum cognatorum*.

#Efectos del divorcio#

Los cónyuges veían disuelto su matrimonio y eran libres de contraer nuevas nupcias. Respecto a la mujer, si había contraído matrimonio confarreado y el marido la repudiaba por causas como adulterio o delitos mortales, era disposición de Rómulo el que quedase condenada a la pena capital. El marido divorciado tenía la obligación de hacer una donación a Ceres, el dios del matrimonio, como reparación por el vínculo roto.

III. – Divortium desde la ley de las XII tablas hasta Augusto

Las causas no estaban reguladas por la ley, si bien en un principio no se produjeron abusos debido a la existencia de dos instituciones de gran importancia: TRIBUNAL DOMÉSTICO y CENSORES.

El Tribunal Doméstico, compuesto por los parientes de ambos cónyuges, cuya función era intervenir en las acusaciones dirigidas contra las mujeres. En caso de repudio, la sentencia del marido (cuya figura de *paterfamilias* le daba capacidad para castigar con flagelación e incluso muerte) debía estar sometida a la opinión del Tribunal Doméstico. Algunos autores han incluido al marido un papel activo en el Tribunal, aclarando que nunca podía dar una decisión yuxtapuesta a la de esta institución, pues de hacerlo sería juzgado con severidad por la opinión pública.

Los Censores, entre varias funciones políticas y administrativas, tenían asignada la vigilancia de las costumbres, por lo que tenían derecho de castigar la práctica abusiva del divorcio. El temor a estas sanciones provocó que se encontrasen pocos casos de repudio durante los cinco primeros siglos de Roma, recurriéndose a este solamente en casos considerados extremos, como por ejemplo la consumición de vino por parte de la mujer. Uno de los casos más destacados de repudio, de entre los juzgados por censores, fue el de Carvilio Ruga (segunda mitad del III a.C.), hecho que provocó el rechazo por parte de la opinión pública hacia su persona, debido a que el divorcio aún se encontraba lejano a las costumbres romanas de entonces.

A partir del mencionado caso de Carvilio, se comenzó a frecuentar el repudio, llegando cada vez a exponerse motivos más triviales. Tal es el caso de César, que sospechando de adulterio, repudió a Pompeya alegando que La mujer de César no puede ser sospechosa. La explicación de este auge de divorcios arbitrarios se encuentra en el gran cambio que sufrieron las costumbres de Roma, debido al lujo tomado del pueblo griego, que provocó la aparición de cortesanas (cuyas ricas dotes atraían a los varones a casarse con ellas y luego repudiarlas), así como el gusto en los teatros por las obras de Epicuro, que según Cicerón eran contrarias a toda moralidad. Las instituciones del Tribunal Doméstico y los Censores se pasaron de moda, considerándose ridículas.

Con la difusión de las *iustae nuptiae* (matrimonios libres), se permite a la mujer divorciarse del marido, al no estar sometida a la *manus* de este. Poco a poco fueron igualando en los abusos a los hombres, divorciándose incluso por simples caprichos.

Esta libertad de divorcio, tanto para el hombre como para la mujer, desaparece en dos supuestos: que el que desea el divorcio sea un LIBERTO o se encuentre bajo la PATRIA POTESTAS. En ambos, el individuo no puede divorciarse a menos que reciba el consentimiento de su patrono o del *paterfamilias*, respectivamente. Asimismo, ambos pueden ser forzados a repudiar a su cónyuge si el patrono o el *paterfamilias* así lo desea (generalmente para recuperar la dote entregada). Cabe aclarar que las *iustae nuptiae* no liberaban al *filius* de la *patria potestas*, hecho que explica por qué la mujer sufría los efectos de la *patria potestas* de un modo u otro, pues en el matrimonio *cum manus* la mujer se sometía a la *patria potestas* del marido, y en el matrimonio

libre la mujer sigue vinculada a su propia familia, y por tanto permanece bajo el poder de su padre (o de su abuelo).

#Formas de Divorcio#

En esta época, divorcio y repudio no estuvieron sometidos a legalidades, aunque sí existieron algunas costumbres al respecto.

Gayo se refiere a una fórmula legal en el repudio, que de no ser atendida y la mujer se consideraba casada todavía, no se cometía adulterio de contraer nuevo matrimonio. Generalmente estas fórmulas consistían tan sólo en comunicar a la otra parte la decisión de disolver el matrimonio, siendo lo más frecuente unas simples palabras pronunciadas por el que repudiaba, quien generalmente no solía encontrarse muy cómodo en esta situación; como consecuencia, pronto se fue tomando costumbre de encargar la manifestación de voluntad a un liberto.

A principios de este período, el divorcio comenzaba con una peregrinación de los cónyuges al monte Aventino, donde, por medio de los auspicios de la diosa Viriplaca, se intentaba una conciliación delante de los seres más allegados. Pronto esta costumbre se fue perdiendo, al dudarse de la eficacia de la diosa.

El tribunal doméstico escuchaba a las partes, procediendo luego a investigar los hechos alegados, graduándolos después y finalmente decidiendo sobre la gravedad de los mismos.

#Efectos del divorcio#

No suponía la disolución de la *manus*; la mujer seguía sometida a ella hasta ser emancipada por el marido, y permanecía unida a la familia de este por lazos de agnación. Si el marido rehusaba emancipar a la mujer, se hacía necesaria la intervención de un magistrado, y de no cumplir con lo ordenado por este, se daba por cumplida la *remancipatio* de la mujer, por lo que pasaba a ser *sui iuris*, pero seguía necesitando autoridad tutorial para negocios (tanto lucrativos como onerosos), para testar y para casarse de nuevo. El marido pasaba a ser *sui iuris* si lo era anteriormente, o *alieni iuris* en caso contrario.

En cuanto a los hijos, continuaban bajo la *patria potestas*. Los hijos nacidos *ex iustis nuptiis*, tras el divorcio, conservaban todos sus derechos.

En lo referente a los bienes, eran propiedad del marido en su totalidad.

IV.– *Divortium* desde Augusto hasta Constantino

Tras las guerras civiles, Roma tuvo que enfrentarse a un grave problema demográfico. Augusto decidió promover el matrimonio entre los ciudadanos, con objeto de repoblar el Imperio, en lo que llamó Reforma Social Planificada. Intentó animar al pueblo por medio de lecturas públicas en las que manifestaba lo agradable y cómodo de la vida en familia, mas no consiguió su propósito. Poco después resolvió dictar las *leyes caducarias*: *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y *lex Papia Poppaea* (9 d.C.); ambas leyes comprendían distintos aspectos sobre el matrimonio (dote, divorcio, donación entre cónyuges, herencia, legados...).

Entre las materias reguladas por estas leyes, se encontraba la institución del *ius liberorum*, régimen de exención establecido en pro de aquellas personas con determinado número de hijos. Las limitaciones respecto a la capacidad de suceso testamentario alcanzaron a los *caelibes*, los *orbi*, al *pater solitarius*, los propios cónyuges, y la *femina probrosa*:

– Se consideraba *caelibes* a los varones entre veinticinco y sesenta años y las mujeres entre veinte y cincuenta

que en el momento de abrir el testamento no estuviesen casados (ya sea por ser solteros, viudos o divorciados), concediéndose un plazo de cien días para casarse. Los viudos y divorciados tenían la obligación bajo pena de contraer nuevas nupcias; en cuanto a las viudas y divorciadas, contaban con un determinado plazo de vacancia para casarse de nuevo. La sanción con la incapacitación sucesoria a los célibes era absoluta, por lo que su parte en el testamento se consideraba *caducum*, siendo destinada a las personas con *ius patrum* que fuesen designadas por la ley; en caso de ser único heredero, la herencia le será privada en su totalidad. En virtud de la ampliación de esta norma, propuesta por el senadoconsulto Pegasiano, se prohibió también a los célibes el título, tanto particular como universal, de los *fideicomisos*; no obstante, los solteros sí tenían posibilidad de adquirirlos.

– Los *orbi*, personas casadas que no tenían hijos, eran sancionados parcialmente, ya que podían recibir por testamento la mitad de los bienes, siempre que la sucesión no fuese del cónyuge.

– Con el calificativo de *pater solitarius* se alude al viudo o divorciado con hijos al que afectase una incapacidad parcial para heredar; las edades que comprendía esta figura eran las mismas que en el caso de los célibes (25–60 para el hombre, 20–50 para la mujer). Tenían derecho a reivindicar los *bienes caduca*.

– La *lex decimaria* establecía la incapacidad testamentaria entre cónyuges, a excepción de la dote. En principio, la asignación de un cónyuge a otro no podía exceder de una décima parte de su capital, exceptuando aquellos casos en los que un solo cónyuge o ambos no tengan la edad por la cual la ley exige tener hijos, o excedan el límite de años fijado, o bien estén ligados entre sí por un vínculo de cognación. Desaparece la incapacidad en el supuesto de que nazca un hijo póstumo, de la muerte de un hijo que llegó a la pubertad, de dos que alcanzaron los tres años o de tres que hubiesen vivido más de nueve días.

– Las *feminae probosae* adquirían este calificativo por ser mujeres de mala fama por su oficio, de comportamiento escandaloso o de una conducta pública, englobándose prostitutas (tanto públicas como clandestinas), alcahuetas, actrices (por llevar normalmente una conducta inmoral) y adúlteras sorprendidas en delito flagrante o condenada en juicio público. Esta *probositas*, establecida inicialmente por Domiciano, incapacita totalmente a la mujer para heredar y para recibir legados. Más tarde, mediante un rescripto de Adriano, se amplió esta incapacidad también a testamentos militares.

Las leyes caducarias no cumplieron el objetivo deseado, y levantaron serias protestas para derogarlas. En realidad, la mayor preocupación de los hombres era evitar las penas y sanciones impuestas, librándose de ellas mediante un matrimonio precipitado, y en caso de divorcio, procurándose antes tener las nuevas nupcias aseguradas. Además, existían algunas contradicciones, por ejemplo la autorización que, con objeto de frenar la depravación, la *lex iulia de adulteriis* daba a la mujer que había cometido adulterio a divorciarse y volverse a casar antes de recibir cualquier notificación. Otra razón de peso para el fracaso en su objetivo de las leyes caducarias, fue sin duda que Augusto no señalase los motivos por los que se concedería el divorcio, aunque sí se encargase de fijar las formalidades para obtenerlo.

En consecuencia, lo que ocurrió fue que el matrimonio se envileció. Los hombres se movían en un cuadro de lujuria y glotonería, y las mujeres fueron conquistando cierta independencia, usándola para dominar a sus embrutecidos esposos, llegando a participar en la política inclusive. El adulterio era consentido la mayor parte de las veces por los maridos, debido a las gratificaciones y pensiones que los amantes pasaban a las mujeres. Los hijos asistían a las orgías romanas donde veían a sus padres dominados por el vicio. El circo y el teatro tuvo una parte de culpa en estas malas costumbres. Y por supuesto, el divorcio y, mayormente, el repudio, fue empleado más que nunca, alegándose los más diversos motivos, o directamente sin manifestar una causa determinada.

Para colmo, el propio emperador no daba ejemplo: 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. Y no fue el único emperador que frecuentó esta costumbre, ya que Calígula, Claudio y Nerón fueron verdaderos especialistas en el abuso del divorcio.

Bien es verdad que en este panorama tan lamentable tenía sus excepciones, ya que hubo mujeres de buenas costumbres que se dedicaban plenamente al matrimonio, así como hombres que amaban a sus esposas y les eran fieles. También se encontraron madres que estuvieron junto a su familia afrontando las situaciones más adversas (huídas, destierros...) y padres valientes y dedicados.

Esta legislación matrimonial duró hasta el reinado de Constantino, siendo abolidos sus últimos vestigios en el bajo Imperio.

#Personas que pueden divorciarse#

Tanto el marido como la mujer podían divorciarse y enviar el repudio. Hay dos casos especiales, regulados por las leyes caducarias:

Divorcio de la liberta. La liberta casada con su patrono no podía divorciarse, como consecuencia de la *reverentia* que le debía. Se ha discutido acerca de este aspecto, exponiendo Solazzi que si bien no se prohibía el divorcio a la liberta casada con el patrono, esta no podía casarse de nuevo; Levy por el contrario dijo que sí se podían contraer nuevas nupcias, salvo que la liberta fuese *invito patrono*, en cuyo caso tenía el divorcio prohibido. En la época clásica, cuando la liberta se divorciaba del patrono contra su voluntad, se daban estas consecuencias:

- La mujer no podía pedir restitución de la dote.
- Se consideraban nulas las segundas nupcias de la liberta divorciada del patrono.
- La liberta divorciada *invito patrono* pierde el *ius combii* cuando está en relación de concubinato con el patrono, y no puede hacerse concubina de otra persona si esta es también patrono suyo.
- La liberta divorciada sigue afectada por las limitaciones de casada, y el patrono conserva sus derechos de casado, no pudiendo obligar a la liberta a seguir prestándole servicios (según la constitución de Alejandro Severo del 255).

Ulpiano nos menciona algunos casos para que el patrono desee el divorcio de la liberta:

Si ejercita la acción de cosas amovidas contra la liberta que se divorció de él sin consentimiento, si la acusa por adulterio, si contrajese nuevas nupcias con otra mujer, si tuviese una concubina...

Divorcio de la filiafamilias. Si bien consideramos necesario el consentimiento de la *filiafamilias* para producir el matrimonio, no debemos olvidar que el *paterfamilias* debía prestar su voluntad. Si un padre retrasaba el matrimonio de su hija, esta podía, por medio de un magistrado, obligarle a prestar el consentimiento y dotarla de tal forma que, de negarse, el magistrado debía fijar la cuantía de la dote.

Al comienzo de la época clásica *paterfamilias* carecía del derecho de disolver el matrimonio de su hija. Durante el imperio de Diocleciano y posteriormente de Maximiano, se declaró ineficaz la prohibición del interdicto de *liberis exhibendis et ducendis*, con el que el padre podía impedir la convivencia de los cónyuges y disolver el matrimonio, concediéndose al esposo el derecho de usar la *exceptio doli* por la existencia de dolo por parte del *paterfamilias* que, después de consentir las nupcias, reivindicase a su hija. El *libellum repudii* por parte del *paterfamilias* quedaba sólo limitado a casos graves.

Ante la posibilidad de que el *paterfamilias* tratase de conseguir el divorcio indirectamente, amenazando a su

hija con desheredarla si esta rehusaba el repudio que él exigiese, Diocleciano concedió a la *filiafamilias* la llamada *querella inofficiosi testamenti*.

#Formas de divorcio#

Las leyes de Augusto exigían las siguientes condiciones:

Manifestación de voluntad. Debía ser una voluntad verdadera, firme y definitiva, debiendo proceder de una persona juiciosa, haber sido reflexionada y con intención de separarse de por vida (en caso de haber sido expresada la voluntad de divorcio en un momento de arrebato, posteriormente puede permanecer en su decisión, en cuyo caso el divorcio será válido, o arrepentirse, lo cual anula el divorcio), debe permanecer hasta que se haga la notificación al otro cónyuge (en caso de arrepentirse, se actúa en base a lo que manifieste el cónyuge que recibe la notificación). La voluntad podía expresarse bien oralmente, bien por escrito (generalmente por medio del *libellus*, compuesto de hojas de pergamino con un cuerpo escrito).

Intervención del liberto. La declaración del divorcio era transmitida por medio de un liberto, probablemente con objeto de evitar enfrentamientos entre los propios esposos. Durante el Imperio, la expresión *libertum remittere* es sinónimo de *repudium*. La notificación carecía de carácter jurídico (excepto por la inscripción del divorcio en las *acta publica*), y podía ser hecha directamente al otro cónyuge, a su *paterfamilias* (si se trata de un *alieni iuris*), o la persona que esté bajo su poder (si es *sui iuris*).

Intervención de los testigos. El divorcio requiere la presencia de siete testigos, todos ellos ciudadanos romanos y púberes, previamente convocados para la ceremonia, no pudiendo contarse el liberto que notificó el divorcio como testigo.

#Efectos del divorcio#

La mujer seguía conservando los títulos del marido mientras no contrajese un nuevo matrimonio. Los efectos producidos por el matrimonio y el parentesco de afinidad se extinguían por el divorcio, exceptuando la capacidad testamentaria.

La acusación de adulterio, y petición de acción de *iudicium publicum* (acción instituida por la *lex Iulia de adulteriis*), no podía llevarse a cabo a la vez contra la esposa adúltera y su cómplice, y debía ser presentada en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que se producía el divorcio, entendiéndose en días útiles. Los primeros dos meses, la acusación sólo podía ser formulada por el marido o el *paterfamilias* de la mujer, no pudiendo durante este tiempo la mujer manumitir ni enajenar esclavos; pasados los dos meses, la acusación podía ser efectuada libremente por cualquier persona. En caso de ser presentada la acusación de adulterio por terceras personas sin haberse efectuado antes el divorcio, el marido era acusado de lenocinio (establecido por la *lex Iulia* al señalar una pena contra el marido que cobrase algo por el adulterio de su mujer, así como al que no repudiaba a la que era sorprendida en adulterio).

Las relaciones entre padres e hijos sufren pocos cambios, no habiendo disposiciones en contra del *paterfamilias*; este no tenía siempre la exclusividad del derecho de custodia de sus hijos, ya que a veces la mala conducta de un padre producía que la custodia correspondiese a la madre. Una disposición de Diocleciano y Maximiano dispuso que, en cualquier caso, al juez le corresponde decidir a quién se debe confiar a los hijos. En caso del nacimiento de un hijo tras el divorcio, este conservaba el derecho de reclamar su estado civil.

En cuanto a los bienes, la dote sigue considerándose como una definitiva aportación al marido, aunque existen dos acciones por las que la mujer podía solicitar la restitución dotal: la *actio ex stipulatu*, en caso de haberse estipulado expresamente la restitución de la dote en caso de divorcio, y la *actio rei uxoriae* en caso de no existir estipulación. Ambas acciones presentan ciertas diferencias:

– La *actio ex stipulatu* no es propiamente una acción dotal, sino de estricto derecho, y el esposo no podía hacer valer ninguna razón reconventional (ya sea por los gastos hechos en los bienes dotales, por cosas sustraídas por la mujer o donadas por ella, y menos aún por razones morales). En cambio, la *actio rei uxoriae* es una acción dotal, independiente de cualquier convenio, en la que el juez tenía amplia facultad para valorar, con criterios de equidad y buena fe, las relaciones entre las partes y determinar la restitución.

– En la *actio ex stipulatu* la restitución de la dote debía hacerse inmediatamente después del divorcio, y por valor del total recibido. Por el contrario, la *actio rei uxoriae* no producía la restitución inmediata en caso de encontrarse el marido en situación económicamente apurada, ya que tenía a su favor el *beneficium competentiae*, en virtud del cual no podía ser condenado a pagar más allá de su activo patrimonial; no se le consideraba responsable de la pérdida (total o parcial) de cosas no fungibles de la dote si no existía dolo, salvo si hubiese declarado expresamente condiderarlas por su valor y no por su individualidad, caso en el que era obligado a la restitución de la estimación dotal en lugar de las cosas.

– La *actio ex stipulatu* es una acción patrimonial ordinaria que no engendra derecho preferente al constituyente, la *actio rei uxoriae* venía sancionada con el *privilegium exigendi*, en virtud del cual tenía preferencia en la venta del patrimonio del marido para la restitución de la dote a los acreedores.

La mujer que había dado en dote un fundo itálico tenía garantizada su restitución, pues la *lex Iulia de adulteriis* prohibió al marido que enajenase dicho bien sin consentirlo la mujer.

V.– *Divortium desde Constantino hasta Justiniano*

La Iglesia de los primeros tiempos (siglos I–III) se expandía desde Palestina a todas las provincias del Imperio Romano, discurriendo su situación jurídica ante el poder del Estado por distintas fases: un corto período en que fue perseguida, después una comunidad similar al judaísmo con las mismas persecuciones, pasando a ser luego diferenciadas, y como fin, orden de Trajano de no perseguir a los cristianos con la salvedad de estar acusados de grave delito. Desde el primer momento, la Iglesia aceptó las legislaciones judía y romana sobre el matrimonio (comprensible por la falta de un sistema normativo matrimonial), pero defendiendo la indisolubilidad de esta institución.

En la época romano–bizantina (siglos IV–VII), la Iglesia pasa de ser tolerada a ser religión oficial del Estado, por orden del emperador Constantino, en el año 313, acabando por imponerse a todos los súbditos en el año 380 por los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio I. Los Padres de esta segunda época dedicaron una gran atención al Derecho matrimonial, aceptando al principio las formas romanas mientras no se opusieran a los principios cristianos, encontrando la principal disconformidad en el tema de la indisolubilidad del matrimonio, ya que para la Iglesia, el matrimonio es un sacramento de por vida.

El primitivo cristianismo progresó lentamente debido principalmente a que el Derecho romano había enraizado en los espíritus del pueblo, contando la Iglesia tan sólo con su nueva doctrina para ir desarraigando. Poco a poco, las constituciones de los emperadores cristianos pronto reflejaron la nueva ideología, superando al antiguo Derecho sin anularlo; así, esta influencia cristiana en la legislación romano–imperial se manifiesta, de forma indirecta, por la repercusión de los principios cristianos en las costumbres y vida social de los romanos, y de forma directa por la lenta introducción en las constituciones de dos principios fundamentales: igualdad sustancial de los cónyuges y sometimiento de la mujer al marido, justificada por la necesidad de protección de la mujer y la exigencia de la unidad de familia personificada por el marido. Esta doctrina representó un gran progreso moral para la mujer y colocó el matrimonio por encima de los caprichos humanos.

El Concilio XI de Cartago prohíbe el divorcio entre bautizados, aun en casos excepcionales, y de no cumplir con el mandato, el bautizado será rechazado por la comunidad, debiendo cumplir penitencia con objeto de su readmisión. El cónyuge abandonado no puede contraer nuevas nupcias, debiendo esperar a la reconciliación.

La Constitución de 421 dictada por Honorio, Teodosio II y Constancio II se acogió a las normas de los Padres conciliares.

No obstante, sabemos que algunos Padres aceptaban el segundo matrimonio después del divorcio. El adulterio, por ejemplo, hace posible una separación de los cónyuges, ya que un matrimonio entre tres es incompatible con la santidad del acto. Según Basanoff, esto es debido a que el matrimonio es considerado un instrumento de perfeccionamiento espiritual, y examina detenidamente el precepto IV del Pastor de Hermas, pudiendo encontrar las siguientes ideas: el marido no debe vivir con una mujer que él sabe que es adúltera, y si ella no se arrepiente, debe repudiarla, no debiendo casarse de nuevo; si la mujer se arrepiente, debe acogerla. La penitencia, no obstante, se da una sola vez, excluyéndose el caso del cónyuge que dice arrepentirse pero que recae una y otra vez en el adulterio. La *Novela* de Teodosio II (año 439) supuso el retorno al Derecho anterior, restableciendo el sistema de las *culpae*, en los casos en que los cónyuges se divorciasen.

La constitución de Teodosio II y Valentiniano del año 449 repite algunos de los preceptos anteriores, es restrictiva y vuelve al régimen del divorcio unilateral justificado por causas graves o sin causa.

En la legislación de Justiniano, se aumentan las limitaciones sobre el divorcio, prohibiendo y penalizando el divorcio, aunque no considerándose imposible su práctica. La *affectio maritalis* determina la existencia del matrimonio, no pudiendo hablarse de una verdadera unión de no existir. En relación con el divorcio bilateral, es admitido por el emperador, mostrándose partidario de un criterio restrictivo, con lo que quiso demostrar que había roto de manera radical con la tradición romana, aceptando la doctrina cristiana. Pese a su pretensión de dejar establecida la tendencia contra el divorcio, su sucesor Justino II restableció el divorcio por mutuo consentimiento.

#Causas de divorcio#

Los emperadores cristianos fijaron determinados motivos legales para que el divorcio fuese lícito, en el sentido de no penado.

Una constitución de Constantino del año 331 prohíbe el divorcio por motivos vanos, permitiendo tan sólo a la mujer el divorcio si su marido había cometido homicidio, si era responsable de envenenamiento y si había violado una sepultura, y por otro lado, permitiendo al marido repudiar a la mujer en caso de adulterio, envenenamiento o alcahuetería. En caso de repudiar el marido sin haberse dado una de las causas anteriores, era obligado a restituir la dote y no contraer nuevas nupcias (y en caso de infringir esta prohibición, la mujer tenía derecho a ocupar la casa del marido y disponer de la dote de la segunda esposa); si la mujer repudiase a su marido sin haber cometido un acto de los antes citados, estaba obligada a dejarle la dote y la donación nupcial, y se procedía a su deportación. El divorcio por mutuo consentimiento, como categoría jurídica, aparece como una reacción contra las leyes que tendían a prohibir el repudio libre.

La normativa de Constantino fue derogada por Juliano el Apóstata en el año 363, que dispuso que fueran respetados los derechos de retención establecidos por la ley y los pactos de los cónyuges que no la contradijesen.

A pesar de que Juliano restableciese la libertad de divorcio, en el año 421 se volvió a dificultar, pues Honorio, Teodosio II y Constancio II reglamentaron la materia de forma más extensa y restrictiva que Constantino, clasificando en causas graves (*magna crimina*) y causas mediocres (*morum vitia*). Una constitución de Teodosio II del año 439 lleva a la legislación al antiguo sistema de culpa y la aplicación del derecho jurisprudencial, admitiendo el divorcio provocado por la otra parte, para acabar por dictar una constitución restrictiva en el 449, confirmando un sistema semejante al de Constantino, si bien con diferente terminología; se dispuso la necesidad del repudio para disolver el vínculo, y se establecieron las siguientes causas de divorcio, fuera de las cuales resultaban penados:

COMUNES AL HOMBRE Y LA MUJER: adulterio, homicidio, envenenamiento, conspiración contra el Imperio, falsedad, violación de sepulcros, robo o encubridor de ladrón, cuatrero, plagiaro, atentado contra la vida del otro cónyuge con puñal o veneno.

PARA LA MUJER: en caso de relaciones del marido con mujeres impúdicas en el propio domicilio conyugal.

PARA EL MARIDO: asistencia de la mujer a fiestas con otros hombres sin consentimiento del esposo, pernoctar fuera de casa sin causa justa y sin consentimiento del marido, solaz en espectáculos sin consentimiento del cónyuge, si es probado que levantó al marido sus audaces manos.

El emperador Anastasio, en el año 497, admite el divorcio por mutuo acuerdo, permitiéndose a la mujer contraer nuevas nupcias pasado un año.

Finalmente, llegamos a la legislación de Justiniano, que sigue la línea de disposiciones del Bajo Imperio, si bien haciendo gala de una creciente restricción de la libertad de divorcio, pero siempre teniendo presente que el fundamento del matrimonio es la *affectio maritalis*, sin la cual no es posible el vínculo. En la Novela 22, el emperador determinó los casos en que el divorcio era lícito: común acuerdo entre los cónyuges (*consentiente utraque parte*), de forma amistosa sin existir causa imputable a uno de los esposos (*per occasionem rationabilem, quae etiam bona gratia dicuntur*), sin causa alguna (*citra omnem causam*) o por causa razonable no producida por culpa de ninguno de los dos cónyuges (*cum causa rationabili*). Las causas inculpables que justificaban el divorcio fueron: ingreso de uno de los cónyuges en un monasterio, impotencia del esposo durante tres años, cautividad de uno de los cónyuges durante cinco años, esclavitud sobrevenida (suponemos que en caso de libertos) o ausencia del marido por causas militares después de diez años sin dar noticias a su mujer de su voluntad de permanecer casado.

En el año 542, Justiniano dicta nuevas disposiciones, recogidas en la Novela 117, que restringe las causas *bona gratia*. Las causas para que el repudio por parte del marido fuese lícito, eran la conjura contra el emperador o su ocultación, el adulterio declarado por la mujer (siendo el marido obligado a denunciar a su mujer y al adúltero; de ser probado y tener hijos, podía divorciarse y hacerse con la dote y la donación nupcial), atentar contra la vida del marido u ocultación cuando otros lo hacen, alternar la mujer con hombres desconocidos o bañarse con ellos contra la voluntad del marido, ausencia de la mujer del hogar conyugal sin consentimiento del marido (excepto si fuese a casa de sus padres) y la asistencia de la mujer a espectáculos sin consentimiento del marido. Las causas por las que una mujer podía repudiar a su marido, eran la conjura contra el emperador o su ocultación, atentar contra la vida de su mujer o en caso de saberlo no denunciarlo y defenderla, tentativa de entregar a la mujer a otros para cometer adulterio, denuncia de adulterio a la mujer sin pruebas, y el comercio asiduo del marido con otra mujer dentro o fuera del hogar conyugal (en estos dos últimos casos, el marido perdía su derecho a retener la dote y las donaciones nupciales). En cuanto a las causas que no provenían por culpa del otro cónyuge, Justiniano dispuso la impotencia incurable, el ingreso en la vida monástica y la cautividad de guerra.

#Personas que pueden divorciarse#

Respecto al matrimonio de los varones, tanto en el período clásico como en el posclásico no fue necesario el consentimiento ajeno para su validez. Respecto al divorcio, sólo los cónyuges tienen derecho a disolver su matrimonio, por una parte por verse desfavorable el divorcio, y por otra por haberse debilitado el poder de la *patria potestas*.

#Formas de divorcio#

Las formalidades establecidas por Augusto permanecieron en vigor hasta la constitución del año 449, en la que Teodosio II y Valentiniano III dictan la necesidad de un libelo con la comunicación del divorcio (suprimiendo el antiguo requerimiento de siete testigos). Justiniano aceptó esta forma, y la recogió en el

Código. En caso de diez años de ausencia del marido por servicio militar, y de no haber manifestado este su voluntad de continuar casado (ya sea de forma expresa ya sea por no contestar a los requerimientos), Justiniano estableció que la mujer podía contraer nuevas nupcias enviando el libelo al general comandante del ejército al que estuviese incorporado su marido. En caso de muerte del marido en campaña, era necesario para posibilitar las nuevas nupcias a su mujer, era necesaria una certificación de la muerte por parte de los escribanos del cuerpo en el que el marido militase.

#Efectos del divorcio#

Divortium Iustum. El marido no estaba obligado a contraer nuevas nupcias en un determinado plazo de tiempo, dado que las leyes caducarias ya no estaban en vigor. Teodosio II y Valentiniano III dispusieron que la mujer debía esperar un año para poderse casar de nuevo. En cuanto a las reglas de restitución de la dote, no hubo cambio alguno hasta que Justiniano adaptó el régimen dotal a la sociedad de su tiempo, uniendo las acciones *ex stipulatu* y *rei uxoriae* en una sola, dedicando a su regulación la constitución del año 530, y que estipulaba que el marido nunca se quedaba con la dote, debiendo restituir los bienes inmuebles inmediatamente y las demás cosas en el plazo de un año. En cuanto al abuso de divorcios, en el bajo Imperio se resolvió buscar al cónyuge culpable (en caso de divorcio *Iustum*, lógicamente) y castigarlo con la pérdida de la dote y de la donación nupcial, cabiendo además forzarle a retirarse a un convento.

Divortium Iniustum. En una constitución de Honorio y Constancio del año 421, se tratan tres supuestos:

- Divorcio sin motivo. Si era la mujer, perdía la dote y cualquier donación nupcial, además de ser desterrada de forma perpetua. Si era el marido, perdía la dote y las donaciones nupciales, y se veía condenado al celibato perpetuo
- Divorcio por causa leve. Las penas eran las mismas que en el caso anterior, salvo que la mujer no era desterrada, y el hombre tenía permitido casarse de nuevo, pero eso sí, pasados dos años desde el divorcio.
- Divorcio por causa grave. Si era la mujer quien pidió el divorcio, se quedaba con la donación *ante nuptias* pero perdía la dote, pudiendo casarse de nuevo pasados cinco años. Si era el marido, volvía a recuperar la donación *ante nuptias*, se quedaba con la dote y podía contraer nuevas nupcias inmediatamente.

En la constitución del año 449, dictada por Teodosio II y Valentiniano III, se dispuso que el marido divorciado injustamente era castigado con la devolución de la dote y la pérdida de donaciones *ante nuptias*, y en caso de ser la mujer, sufría estas mismas penas y además no podía casarse hasta pasados cinco años. Justiniano recogió esta constitución en su Código, haciendo una reordenación en el año 542 con un nuevo sistema. La mujer divorciada sin causa era enviada a un monasterio para el resto de sus días, quedándose el marido con la dote y la donación *ante nuptias*, quedándose el monasterio con un tercio de la fortuna personal de la mujer si existían hijos en el matrimonio, o dos tercios en caso contrario. El marido divorciado sin causa tenía que restituir la dote y perdía la donación *ante nuptias*, así como una parte de su fortuna personal. En el 556, Justiniano decidió aplicar la pena de reclusión monástica igualmente al marido y a la mujer, pudiendo sólo librarse de tal pena si se reconciliaban antes de entrar al monasterio.

Custodia de hijos. Justiniano reafirmó el principio de que los hijos indigentes tenían derecho a ser alimentados por sus padres aun después del divorcio de estos, siendo justa una obligación recíproca de alimentos entre madre e hijos, obligación ampliada a los ascendientes de la madre.

En el 542, Justiniano dictó la Novela 117, en cuyo capítulo 7 se contempla la defensa de los derechos de los hijos en el supuesto de divorciarse sus progenitores, determinando a cual de ellos correspondía la guardia y custodia, así como la obligación de alimentarlos. Los supuestos contemplados por la ley son:

- Disolución del matrimonio (carácter general). Los hijos no debían sufrir ningún perjuicio, siendo llamados a

la herencia de los padres y alimentados con el patrimonio del padre.

- Divorcio producido por culpa del padre. Si la madre contraía nuevo matrimonio, se le confiaban los hijos, corriendo los gastos de alimentación a cargo del padre.
- Divorcio producido por culpa de la madre. Guardia, custodia, y gastos de alimentación corresponden al padre.
- El padre (no culpable) carece de patrimonio y la madre dispone de medios de fortuna. Los hijos pobres quedaban confiados a la madre, debiendo también alimentarlos ella.
- En caso de hijos ricos y madre pobre. Los hijos vienen obligados a alimentar a la madre.

Para el divorcio consensual, es lícito el acuerdo de los padres sobre la custodia, recurriéndose, en caso de no existir acuerdo, a un juez, que tenía facultades para decidir.

Finalmente, hacer mención al capítulo 10 de esta Novela, en la que se contempla el supuesto de que uno de los cónyuges, después de manifestar su propósito de guardar castidad y haber obtenido de esa forma el divorcio, se case de nuevo o viva de forma poco casta, estableciéndose las siguientes sanciones:

- Pérdida, a favor de los hijos, no sólo de la dote y de la donación nupcial, sino también de todo el patrimonio. En caso de no haber hijos en el matrimonio, la pérdida patrimonial era a favor del fisco.
- Si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo guarda y custodia del cónyuge que no había actuado contrariamente a la ley, siendo a su cargo la obligación de alimentarlos.
- Si ambos progenitores eran responsables, se concedía a los hijos los bienes de aquellos, a la vez que se nombraba un administrador judicial.

Opinion personal sobre el divorcio

Creo que la mentalidad acerca del divorcio ha cambiado poco desde el Imperio Romano, si bien se ha conseguido una igualdad de condiciones para ambos sexos. El índice de rupturas matrimoniales en nuestro tiempo es muy alto, pues como si de la época de Augusto se tratase, hay muchas personas (generalmente famosos personajes) que manifiestan su caprichosa personalidad en asuntos como el vínculo nupcial y su disolución en repetidas ocasiones a lo largo de su vida, ya sea por encontrar otra persona más atractiva (física o económicamente), ya sea por las sustanciosas pagas que realiza la llamada prensa rosa para publicar las peripecias de estos personajes en el entorno afectivo, lo que nos recuerda vagamente a la codicia dotal del mundo romano. También hay numerosos divorcios por cuestiones de incomunicación entre ambos cónyuges, lo que les lleva a pensar que los problemas que puedan surgir en su hogar y vida conyugales no tienen solución (simplemente porque no los comentan entre ellos), por adulterio (más adúlteros que adúlteras), o por un matrimonio precipitado (como consecuencia de un embarazo no deseado o incluso a veces de creer poder y querer iniciar una vida conyugal a temprana edad).

Sin embargo, es bien cierto que el divorcio en ocasiones es necesario. Dos personas que ya no se quieren (no se quieren realmente, sin existir intereses de por medio o carácter soberbio) no deben tener la obligación de permanecer juntos, debiendo poder decidir cuando disolver el vínculo igual que decidieron cuando llevarlo a cabo. Muchas veces, se puede pensar que el divorcio de los padres será perjudicial para los hijos, por lo que se aguanta casado cuanto más mejor, pero la realidad es que en muchas ocasiones es mejor para los hijos que sus padres se divorcien, ya que si bien esto puede constituir un golpe más o menos duro para ellos, también ha de observarse que las situaciones conyugales conflictivas crean un ambiente en el hogar que no les hace bien, ni mucho menos; lo que quiero decir es que para los hijos suele ser mejor que sus padres se

divorcien a que continúen casados pero con continuas discusiones, malos gestos y frialdad el uno con el otro.

8