



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO
ROMANO: SU TRANSFORMACIÓN COMO RESULTADO DE LA
EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA**

DAVID JOSÉ MANCERA HERNÁNDEZ

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Departamento de Derecho
Bogotá D.C., Colombia

2017

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO
ROMANO: SU TRANSFORMACIÓN COMO RESULTADO DE LA
EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA**

DAVID JOSÉ MANCERA HERNÁNDEZ

Trabajo de investigación presentado para optar por el título de:

Magíster en Derecho

Director:

Dr. José Guillermo Castro Ayala

Línea de investigación:

Profundización en Derecho de Familia

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Departamento de Derecho

2017

“La familia es la escuela moral del individuo, de los esposos y de los hijos, y por eso mismo la fuente en la cual el espíritu y la fuerza moral del pueblo vienen a fortalecerse y a refrescarse”.

Rudolf von Ihering.

“Ser romanista en esta época en América Latina es, por cierto, una proeza; veo en ello una actitud que a la vez que tiene de autenticidad y de encuentro en la tradición cultural en la que han perseverado nuestros países, muestra un dejo de rebeldía, de contraposición con el paso que hoy todos marcan al compás de las fanfarrias de la posmodernidad”.

Fernando Hiestrosa.

“Los pueblos acostumbrados al esfuerzo son los grandes”.

Fernando González.

AGRADECIMIENTOS

Al doctor Guillermo Castro, quien creyó en este proyecto y asumió su guía.

Al profesor Julio César Garcés, quien me convenció, con su ejemplo, de seguir estudiando la historia y el Derecho.

A mis padres, a quienes debo todo lo que soy y llegaré a ser.

A Jéssica, quien me acompañó en esta aventura, mientras fue.

A Marcos: compañero, consejero, amigo.

A Andrés, amigo y compañero en el estudio del Derecho romano.

A la música, fiel acompañante en este proceso y en todos los momentos de mi vida.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis del matrimonio en el Derecho romano, con el fin de mostrar que su naturaleza jurídica cambió, a través de la historia, como resultado de la evolución de la familia, adaptándose a ella.

Para llevar a cabo este propósito, la investigación se desarrolló sobre la base de una metodología histórico-crítica, a partir de la cual, se realizó una primera caracterización del matrimonio romano, basado en la relación que guarda con la familia y su evolución histórica. En segundo lugar, se abordó el análisis de la naturaleza jurídica de la institución, partiendo de la base de los elementos que permiten su análisis en términos jurídicos y las posturas más importantes sobre aquélla. En tercer lugar, se justificó el estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio y se mostró, a partir de las consideraciones realizadas previamente, el carácter cambiante de ésta durante la historia, a manera de conclusión, validando la hipótesis trabajada.

Palabras clave:

Matrimonio.

Naturaleza jurídica.

Derecho romano.

Derecho de familia.

Familia.

Paterfamilias.

Mujer.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze marriage in Roman Law, in order to show that its legal nature changed, through history, as a result of the evolution of the family, adapting to it.

To carry out this purpose, the research was developed on the basis of a historical-critical methodology, from which, a first characterization of Roman marriage was made, based on the relationship it maintains with the family and its historical evolution. Secondly, the analysis of the legal nature of the institution was approached, starting from the basis of the elements that allow its analysis in legal terms and the most important positions on it. Thirdly, the study of the legal nature of marriage was justified and it was shown, from the considerations previously made, the changing nature of the latter during the history, as a conclusion, validating the work hypothesis.

Key words:

Marriage.

Legal structure.

Roman law.

Family law.

Family.

Paterfamilias.

Woman.

INTRODUCCIÓN	10
1. CARACTERIZACIÓN DEL MATRIMONIO ROMANO	12
1.1 CONEXIÓN ENTRE FAMILIA Y MATRIMONIO.....	12
1.1.1 La Familia romana.....	12
1.1.1.1 Concepto.....	12
1.1.1.2 Origen de la familia romana.....	14
1.1.1.3 El <i>paterfamilias</i>	15
1.1.1.4 Poderes del <i>paterfamilias</i>	16
1.1.1.4.1 <i>Patria Potestas</i>	17
1.1.1.4.2 <i>Manus</i>	19
1.1.1.4.3 <i>Dominica potestas</i>	21
1.1.1.4.4 <i>Mancipium</i>	22
1.1.2 El Matrimonio.....	23
1.1.2.1 Matrimonio y <i>Conventio in manum</i>	23
1.1.2.1.1 Doctrina afirmativa de la existencia de dos clases de matrimonio	
24	
1.1.2.1.2 Doctrina del matrimonio único: separación entre <i>conventio in manum</i> y <i>matrimonium</i>	26
1.1.2.2 Concepto.....	29
1.1.2.3. Elementos del Matrimonio	31
1.1.2.3.1 « <i>Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae</i> »	31
1.1.2.3.2 « <i>Consortium omnis vitae</i> »	33
1.1.2.3.3 « <i>Divini et humani iuris communicatio</i> »	34
1.2 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO ROMANOS	35
1.2.1 El papel del <i>paterfamilias</i> y sus poderes	35
1.2.2 La mujer	40
1.2.3 Los <i>filiusfamilias</i>	45
1.2.4 Legislación de Augusto	48
1.2.5 El Cristianismo	51
1.3 Conclusiones	57
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO: PERSPECTIVAS . 60	
2.1 JURIDICIDAD DE LAS RELACIONES DE PAREJA	60
2.1.1 Requisitos del Matrimonio	60
2.1.1.1 Consentimiento matrimonial (<i>Affectio maritalis</i>)	60
2.1.1.2 <i>Conubium</i>	61
2.1.1.3 Convivencia	63
2.1.1.4 Monogamia	64
2.1.1.5 Capacidad natural	64
2.1.2 Impedimentos	66
2.1.2.1 Ligamen.....	67
2.1.2.2 Exogamia	67
2.1.2.3 Legislación de Augusto	69

2.1.2.4 <i>Contra mandata</i>	69
2.1.2.5 Tutela	70
2.1.2.6 Luto.....	71
2.1.2.7 Rapto.....	72
2.1.2.8 Colonato.....	72
2.1.2.9 Impedimentos que surgen con el Cristianismo: Disparidad de religión, cognación espiritual, orden sagrada y voto de castidad	73
2.1.3 Efectos	74
2.1.3.1 Legitimidad de los hijos	74
2.1.3.2 Adquisición de la <i>auctoritas maritalis</i> por parte del marido.....	75
2.1.3.3 Obtención del <i>honor matrimonii</i>	75
2.1.3.4 <i>Beneficium competentiae</i>	76
2.1.3.5 Obtención del domicilio del marido por parte de la mujer	76
2.1.3.6 <i>Praesumptio murciana</i>	77
2.1.3.7 Obligación de reverencia mutua.....	77
2.1.3.8 Extensión al marido de la injuria realizada a la esposa.....	77
2.1.3.9 Nulidad de las donaciones entre cónyuges	77
2.2 El Contrato	78
2.3 El Hecho social.....	83
2.4 Conclusiones	84
3. TRANSFORMACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO ROMANO.....	86
3.1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO ROMANO	86
3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO: COMENTARIOS A LAS TESIS DOMINANTES. EL ACTO JURÍDICO.	87
3.3 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO ROMANO: SU CAMBIO A PARTIR DEL DESARROLLO DE LA FAMILIA.	91
3.4 CONCLUSIONES.....	93
4. EXCURSUS: REFLEXIONES ACERCA DEL ESTUDIO REALIZADO, EN EL DERECHO COLOMBIANO ACTUAL	95
4.1 INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL COLOMBIANO: APROXIMACIÓN DESDE EL CÓDIGO CIVIL	95
4.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA: EL CÓDIGO CIVIL, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA: APROXIMACIONES.....	99
4.2.1 La naturaleza jurídica del matrimonio en el Código Civil	99
4.2.2 La naturaleza jurídica del Matrimonio en la doctrina colombiana: aproximaciones	100
4.2.3 La naturaleza jurídica del matrimonio, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana	103
4.3 REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA, A PARTIR DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO	110

5. CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA	119
JURISPRUDENCIA.....	129

INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica del matrimonio ha suscitado gran controversia y debate que ha dado lugar a distintas posturas, basadas en ideologías y conceptos que han hecho necesario replantear las posiciones esbozadas por la doctrina, con miras a adecuar la institución al contexto contemporáneo.

Fue la ilustre profesora Eva Cantarella quien afirmó que fueron los romanos quienes hicieron del derecho un sistema articulado de principios extraídos de las normas que regulaban su vida social¹. Desde entonces, el derecho romano ha sido profundamente transformado y asimilado por más de veinte siglos, rigiendo la vida social y económica de los pueblos occidentales, sin dejar de ser, en todo caso, derecho romano².

Ha sido a partir de este sistema, precisamente, donde se han propuesto las primeras posiciones acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, que van desde su consideración como hecho social jurídicamente relevante, hasta proponer su carácter de negocio jurídico.

La idea de dar una mirada a la institución matrimonial, parte de la base de reconocer que se trata de un pilar esencial en el desarrollo y la comprensión de nuestro sistema jurídico, a partir de la connotación formal y religiosa que ha tenido y pervive en la actualidad³.

La necesidad de estudiar el matrimonio desde una perspectiva histórica, se asienta en el reconocimiento del Derecho romano como punto de referencia, como base dentro de sistemas de corte continental y en la aceptación de la importancia del matrimonio en nuestro contexto:

Se debe estudiar el *antes* pues sólo conociendo el *cómo* se conoce el *qué*, y su *después*, ya que el derecho romano continuó siendo punto de referencia, y lo sigue siendo hoy⁴.

Siendo el sistema jurídico colombiano significativamente tributario de la tradición del pueblo de Rómulo, es necesario ahondar en el estudio de este sistema desde una óptica histórica, en tanto fue la historia lo que permitió que aquel derecho adquiriera el carácter de universal⁵.

¹ CANTARELLA, Eva. El Peso de Roma en la Cultura Jurídica Europea. Madrid: Ediciones Akal, S.A. 1996, p. 27.

² VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil. 16^a edición. Bogotá. Editorial Temis S.A. 2010, p. 35.

³ MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil, Derecho de Familia. 2^a Edición. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2010, p. 53.

⁴ ESPITIA GARZÓN, Fabio. Historia del Derecho Romano. 3^a edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 19.

⁵ LAFONT PIANETTA, Pedro. Conferencias de Derecho Romano. 1971, p.6.

Considerando lo anterior y reconociendo la importancia que reviste el matrimonio dentro de nuestro contexto, resulta pertinente adelantar un estudio de esta clase, a fin de entender el tratamiento que se le ha dado durante la historia y la forma como ha influido en nuestro régimen actual⁶.

De esta manera, el objetivo de este trabajo es realizar un análisis del matrimonio en el Derecho romano, con el fin de mostrar que su naturaleza jurídica cambió, a través de la historia, como resultado de la evolución de la familia, adaptándose a ella.

Para llevar a cabo este propósito, el trabajo se desarrollará sobre la base de una metodología histórico-crítica, que ha sido reconocida como la más adecuada para la investigación científica del Derecho de Roma⁷.

Para esto, se hará una primera caracterización del matrimonio romano, a partir de la relación que guarda con la familia y su evolución histórica.

En segundo lugar, se abordará el análisis de la naturaleza jurídica de la institución, partiendo de la base de los elementos que permiten su análisis en términos jurídicos y las posturas más importantes sobre aquella.

En tercer lugar, se dará la justificación del estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio y se mostrará, a partir de las consideraciones realizadas previamente, el carácter cambiante de ésta durante la historia, a manera de conclusión.

Finalmente, se validará o falseará la hipótesis de trabajo propuesta, dentro de las conclusiones.

⁶ El cual se encuentra consagrado en el artículo 113 del Código Civil como un contrato solemne, pero ha sido estudiado por la doctrina y calificado de Negocio jurídico de carácter familiar (*vid.* LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia: Derecho de Familia Contemporáneo - Derechos Humanos - Derecho Matrimonial. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2010, p. 190) y como institución jurídica con origen en un contrato solemne (*cf.* MEDINA PABÓN, Op. Cit., p. 54, 59)

⁷ "El Derecho Romano ha de ser estudiado como un Derecho histórico, si bien ese estudio histórico nunca podrá ser correcto científicamente sin tener en cuenta todas las influencias, económicas, religiosas, etc., que inciden en la sociedad romana en un momento histórico determinado (...) sus fuentes de conocimiento tienen que ser sometidas a un análisis exhaustivo y cuidadoso para ir descubriendo los distintos estratos históricos que en las mismas se dan, comprobando las alteraciones que van experimentando las instituciones con el consiguiente desarrollo jurídico (...). (LÓPEZ-ROSA, R. Apuntes de Historia de la organización política romana y del sistema de fuentes de su derecho. Sevilla, p. 41-44. Citado por MUÑOZ CATALÁN, Elisa. Las Uniones Extramatrimoniales ante la Falta de Conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma Clásica [en línea]. Huelva, 2013, 854 p. Tesis (Doctor en Derecho). Universidad de Huelva. Facultad de Derecho. Departamento Theodor Mommsen. Área de Derecho Romano. Consultado el 15 de agosto de 2014. Disponible en: http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6457/Las_union_extramtrimoniales.pdf?sequence=2)

1. Caracterización del Matrimonio romano

1.1 Conexión entre familia y matrimonio

1.1.1 La Familia romana

1.1.1.1 Concepto

La palabra familia, en las fuentes romanas⁸, se presenta como polisémica, pues hace referencia a dos aspectos: uno económico y otro relacionado con los vínculos personales⁹.

En relación con estos últimos, la familia, igualmente, no presenta una concepción única. El jurista Ulpiano¹⁰, distingue, en este sentido, dos usos del término:

De un lado, se encuentra la *familia proprio iure*, que se muestra como un grupo de personas unidas entre sí por el hecho de estar sometidas a la potestad (*potestas*) de un único jefe, denominado *paterfamilias*¹¹.

Del otro, se presenta la *familia communi iure*, que hace referencia al conjunto de personas unidas por lazos de agnación (*agnatio*)¹², es decir, aquellas personas que estarían sujetos a una misma autoridad, si su *paterfamilias* no hubiese muerto¹³.

Se afirma que esta distinción surge de la suposición de que, en época precívica, la familia primitiva abrigaba en su regazo a todos los agnados y que razones de orden y defensa que le imponían la conservación de su unidad política a la muerte del *paterfamilias*¹⁴.

⁸ Atendiendo al carácter jurídico de esta investigación, sólo se analizará lo indicado en las fuentes romanas y la doctrina romanista. No se abordará, por tanto, el origen de la relación entre familia y matrimonio, ni la etimología de la palabra *familia*, pues corresponde a otras áreas el análisis de estas cuestiones. Para un acercamiento a la discusión etimológica *cfr.* GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida. La Institución de la Familia en Roma. En: CATALÁ RUBIO, Santiago. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca: 2006, p. 16.

⁹ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El concepto de familia en Roma arcaica. En: *Ars Boni et Aequi* (No. 1, 2005), p. 118.

¹⁰ D. 50, 16, 195, 2.

¹¹ Partiendo de la cita de Ulpiano, se han pronunciado Bonfante y Volterra. *Cfr.* BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. 5ª edición. Madrid: Editorial Reus. 2002, p. 143 y VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1986, p. 100.

¹² La agnación es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina. IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Instituciones de Derecho privado. 6ª Edición. Barcelona: Ediciones Ariel S.A. 1972, p. 542.

¹³ BONFANTE, Op. Cit., p. 144.

¹⁴ IGLESIAS, Op. Cit., p. 530.

Se debe destacar, entonces, que esta dualidad atiende a dos momentos diferentes: la vida y la muerte del *paterfamilias*.

Fuera de lo anterior, también se encuentra en Ulpiano¹⁵ la referencia a la familia, como un grupo de personas que tiene un ancestro común.

Algunos doctrinantes, a su vez, han propuesto sus propias definiciones de familia, a partir de estos textos. Así, cabe destacar a las siguientes:

Para Mommsen,

La familia comprendía todas las personas de uno y otro sexo que descendían, por línea de varón y por legítimo matrimonio, de un ascendiente común, o que se reputaban descender de él, bastando como prueba de esta descendencia, en el caso de que no se pudieran señalar determinadamente los ascendientes intermedios, la presunción jurídica derivada del hecho de llevar el mismo nombre patronímico¹⁶.

Sohm sostiene que:

“Familia”, en Derecho civil, es sinónimo de *familia agnaticia*, y significa el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de *patria potestad*. Llámense, pues, “agnados” todos los individuos que conviven bajo la misma *patria potestas* o, a lo menos, convivirían de perdurar su ascendiente común¹⁷.

Valencia Restrepo afirma que:

El vocablo ‘familia’ tiene varios significados. Mas en su sentido fundamental significa el conjunto de hombres libres sometidos a la patria potestad y a la potestad marital, ejercidas por un mismo *paterfamilias*¹⁸.

De esta forma, puede decirse que no existe dificultad en indicar que la familia, en relación con los vínculos personales, a pesar de los tres significados indicados en las fuentes, es una sola: el grupo basado en el vínculo de agnación.

Es claro, en todo caso, que la familia gira en torno a la figura del *paterfamilias*, lo cual indica la pertenencia étnica a la raza indoeuropea, en la cual los varones, al casarse, no abandonaban la unidad familiar¹⁹.

¹⁵ D. 50,16,195, 4.

¹⁶ MOMMSEN, Theodor. Compendio del Derecho público romano. 1ª edición. Buenos Aires: Editorial Impulso. 1942, p. 11.

¹⁷ SOHM, Rodolfo. Instituciones de Derecho privado romano: Historia y sistema. Colonia del Carmen: Ediciones Coyoacán. 2006, p. 279.

¹⁸ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho Privado Romano. 1ª edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1986, p. 181.

¹⁹ VILLAR, Francisco. Los Indoeuropeos y los orígenes de Europa: Lenguaje e historia. 2ª edición. Madrid: Editorial Gredos S.A. 1996, p. 129.

1.1.1.2 Origen de la familia romana

El origen de la familia romana ha sido ampliamente debatido por los doctrinantes, a raíz de lo cual se ha dado una serie de teorías que pretenden explicarlo y, también, mostrar su función en una primera época.

La pretensión de explicar dicho origen radica en el hecho de que estos grupos parecen haber sido autónomos y tener funciones propias en una primera época, pero que se presentan en época histórica dentro de un proceso de disgregación frente a la autoridad de la *civitas*²⁰.

Con base en lo anterior, se ha afirmado que la organización familiar precede al Estado²¹ y, a partir de esta suposición, se han dado los planteamientos de los autores, de los cuales vale la pena destacar los siguientes:

En primer lugar, se encuentra la teoría del grupo patriarcal basada sobre el vínculo de sangre, surgida durante el siglo XVIII, pero desarrollada por Mommsen y Summer Maine, posteriormente²².

En segundo lugar, cabe señalar la teoría de la religión como principio constitutivo de la familia, defendida durante el siglo XIX por Fustel de Coulanges y, posteriormente, por Guarino, Francisi, Godoffredi y Voci²³.

También, hay que hacer referencia a la teoría de la escisión de grupos mayores como origen de la familia, impulsada por Meyer y su desarrollo por parte de

²⁰ VOLTERRA, Op. Cit., p. 100. La *gens* era un grupo parental más amplio que la familia, que tenía un valor político y jurídico, en la medida en que podía reunir y motivar a personas que pertenecían a distintas familias y cuya consciencia se exterioriza en la afirmación de la existencia de un ascendiente común, ya mítico, ya real. En época histórica, ya ha perdido su importancia (GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo I. s.l.: Editorial Jurídica de Chile. 1996, p. 291-292).

²¹ Así Von Ihering ha manifestado que “el Estado antiguo echa sus raíces en la familia” y Mommsen afirmará que “la familia [...] tiene su base en la casa común y, a su vez, tanto en Grecia como en Italia, es el origen del Estado”. Cfr. VON IHERING, Rudolf. El Espíritu del Derecho Romano. Leyer, Bogotá: 2005, p. 101; MOMMSEN, Theodor. Historia de roma. Tomo I. Ed. Turner. Madrid. 2003, p. 49.

²² VOLTERRA, Op. Cit., p. 100. SUMMER MAINE, Henry. Las Instituciones Primitivas. La España Moderna. Madrid: 1880, p. 61-65. Bonfante, no obstante, discute que Summer Maine haya tomado esta posición. Cfr. BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 145.

²³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. La Ciudad Antigua: Estudio sobre el Culto, el Derecho, las Instituciones de Grecia y Roma. Madrid: Daniel Jorro. 1931, p. 47-50. GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida. La Institución de la Familia en Roma. En: CATALÁ RUBIO, Santiago. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca: 2006, p. 12. También en nuestro país se ha hecho eco de esta tesis. VOCI, Pasquale. Istituzioni di Diritto Romano. Terza Edizione. Dott A. Giuffrè Editore. Milano: 1954, p. 462. Cfr. ORTEGA MONTERO, Carlos Rodolfo; ORTEGA SAURITH, Carlos Rodolfo y ORTEGA SAURITH, María Isabel. Las Legislaciones del Mundo Antiguo: Historia del Derecho y de las instituciones políticas. Editorial Ibáñez. Bogotá: 2012, p. 173.

Arangio-Ruiz, para quien ésta es un organismo constituido con fines económicos, a partir de grupos escindidos²⁴.

Finalmente, hay que destacar la teoría defendida por Bonfante, que ha gozado de la mayor aceptación por parte de la doctrina romanista, a pesar de sus críticos²⁵, por cuanto ha sido la que ha permitido explicar la evolución histórica de los principales institutos romanos²⁶.

De conformidad con esta teoría, la familia es un organismo político-religioso nacido para el orden y la defensa, con una naturaleza no distinta a la del Estado²⁷.

1.1.1.3 El *paterfamilias*

El *paterfamilias* es la figura central al interior del esquema familiar romano, pues es en torno a su figura que se estructuran las relaciones agnaticias²⁸.

Fue la forma misma de organización del pueblo romano y la pertenencia a los diversos grupos familiares de sus componentes lo que determinó que todas las situaciones jurídicas se centraran en su figura²⁹.

Se designa con el nombre de *paterfamilias* a aquel varón³⁰ que no tiene ascendientes vivos por línea paterna, pues, derivando de una relación de agnación, sólo existe familia por esta vía³¹.

De conformidad con las fuentes romanas, es, además, el que tiene el dominio en la casa, aunque no tenga hijos, haya sido emancipado o sea protegido por medio de la institución de la tutela, pues se designa con la expresión, no a la persona, sino

²⁴ VOLTERRA, Op. Cit., p. 100.

²⁵ Han sido los doctrinantes marxistas quienes se han opuesto a esta tesis, afirmando que tanto el Estado como la familia son parte de la superestructura generada como apoyo ideológico a la estructura de producción de cada época y, en tal sentido, no podrá ser la segunda origen del primero, ni la ciudad una expresión agigantada de aquélla, pues la configuración de ambas está en íntima relación con los medios de producción en cada época. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. Origen de los Poderes del *Paterfamilias*: El *Paterfamilias* y la *Patria Potestas*. Editorial Dykinson S.L. Madrid: 2009, p. 27-28.

²⁶ VOLTERRA, Op. Cit., p. 101.

²⁷ BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho romano. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid: 1944, p. 83.

²⁸ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El origen de los poderes del “*Paterfamilias*”: I: El “*Paterfamilias*” y la “*Patria potestas*”. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XXVIII, 2006), p. 52.

²⁹ ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 93.

³⁰ La mujer en el Derecho romano no puede ser *paterfamilias*, debido a que, hasta el siglo I a.C., está sometida a la potestad de su padre, de su marido o, a falta de estos, de su tutor. IGLESIAS, Op. Cit., p. 151.

³¹ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 158.

también a su derecho³². De allí que sea denominado *sui iuris* (de su propio derecho)³³.

Derivado de este hecho Bonfante³⁴ afirmará que esta situación hace que la condición de *paterfamilias* se reduzca a una verdadera condición subjetiva que resulta ser la más importante para la capacidad jurídica, después de los requisitos de libertad y ciudadanía³⁵.

De esta forma, sólo el *paterfamilias* es plenamente capaz. Únicamente él es sujeto de derechos durante la primera etapa de la historia romana³⁶.

No es, por tanto, un padre de familia, en el sentido actual del término³⁷.

A partir de la teoría de Bonfante, que se expuso arriba, se puede afirmar que el *paterfamilias* es el “monarca doméstico”. Es, además, el sacerdote de la religión familiar y el juez dentro de la *domus*³⁸.

Su calidad de tal se pierde por la denominada *capitis deminutio*, esto es, la pérdida de cualquiera de los tres *status*, con excepción de la emancipación³⁹.

1.1.1.4 Poderes del *paterfamilias*

La posición preeminente del *paterfamilias* como soberano dentro de la familia romana se ve materializada en el poder unitario sobre aquellos que están sometidos a su autoridad⁴⁰.

Este poder unitario comprende distintas potestades, que están relacionadas con las personas a su cargo. El conjunto de dichas potestades se conocía en la edad antigua como *manus* y, más tarde, como *potestas*, términos que designan, a su vez, la

³² D. 50, 16, 195, 2.

³³ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 154.

³⁴ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 159.

³⁵ Se hace referencia aquí a los tres *status* que comporta la condición de persona en el Derecho romano: el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*, que determinan la situación de un individuo frente al ordenamiento jurídico. Vid., VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 152-153.

³⁶ Ibídem, p. 155. IGLESIAS, Op. Cit., p. 112.

³⁷ SANZ MARTÍN, Laura. Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la *familia* en el Derecho romano arcaico. En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense (No. XLIII, 2010), p. 199.

³⁸ MARGADANT, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Europea. 16ª edición. Naucalpan: Editorial Esfinge S.A. 1989 p. 196

³⁹ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 159.

⁴⁰ IGLESIAS, Op. Cit., p. 531.

autoridad de reyes y magistrados⁴¹. Su símbolo, en palabras de Kaser, es “la mano que domina y que protege”⁴².

Así, se afirma que estos poderes del *paterfamilias* refieren a sus hijos, a su esposa, a sus esclavos o a los hijos de otros entregados en venta a aquél, llevando la denominación de *patria potestas*, *maritalis potestas* o *manus maritalis*, *dominica potestas* y *mancipium*⁴³.

Es necesario señalar, además, que siendo el *paterfamilias* la única persona plenamente capaz en el Derecho romano, sólo él puede ser el titular de los derechos patrimoniales⁴⁴.

De lo anterior resulta que los bienes que sean adquiridos por cualquiera de los sometidos a su potestad, serán de propiedad de aquél, como regla general⁴⁵. He aquí los poderes del *paterfamilias*.

1.1.1.4.1 Patria Potestas

La patria potestad no es más que un caso de aplicación del poder unitario absoluto del *paterfamilias*⁴⁶. Dicha aplicación, en concreto, se da sobre las personas, los bienes y los ritos religiosos (*sacra privata*) de sus descendientes legítimos (*agnati*) y personas que se asimilan a estos, que se encuentran bajo su potestad⁴⁷.

Es, por demás, una potestad particular del Derecho romano, que el mismo pueblo enaltecía, lo cual se explica por el hecho de que no se conoce otra civilización que haya perpetuado y consolidado una organización primitiva de forma tan característica⁴⁸.

En principio, era un poder perpetuo, aun cuando el *paterfamilias* podía disponerlos mediante actos especiales que liberan de aquel⁴⁹. Nació de la

⁴¹ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 147.

⁴² KASER, Max. Derecho Romano Privado. 2ª edición. Reus S.A. Madrid: 1982, p. 67.

⁴³ IGLESIAS, Op. Cit., p. 531.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 543.

⁴⁵ VOLTERRA, Op. Cit., p. 103. Como excepción se presenta, principalmente, el peculio, consistente en una suma de dinero o una masa de bienes entregada por el *paterfamilias* a su hijo para su administración y goce. Se desarrollará principalmente en época imperial (IGLESIAS, Op. Cit., p. 544).

⁴⁶ JÖRS, Paul. Derecho Privado Romano. 2ª edición. Barcelona: Editorial Labor S.A. 1937, p. 410.

⁴⁷ MEDELLÍN ALDANA, Carlos; MEDELLÍN FORERO, Carlos y MEDELLÍN BECERRA, Carlos. Lecciones de Derecho Romano. 14ª edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000, p. 44-45.

⁴⁸ Gai, I. 7, 55. BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 160.

⁴⁹ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 200. Se incluyen, dentro de estos actos, la emancipación (*emancipatio*), elaboración de la jurisprudencia pontifical, amparada en las XII tablas; y otras reconocidas por las *mores*, como el caso de la hija convertida en vestal, el del hijo nombrado sacerdote de Júpiter (*flamen dialis*) (ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 96) y el del hijo nombrado

procreación en justas nupcias y termina con la muerte de aquél. También, puede terminar con la *capitis deminutio* de éste⁵⁰.

Pero no sólo se limitaba al nacimiento, pues también por medio de la adopción (*adoptio*) y la adrogación (*adrogatio*) podían entrar individuos bajo la potestad del *paterfamilias*⁵¹.

Esta potestad, además, se ve acompañada de amplios poderes que el *paterfamilias* detentaba y, que han recibido las siguientes denominaciones: derecho de reconocimiento (*ius tollendī*) derecho de exposición (*ius exponendī*), derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*), derecho de venta (*ius vendendī*), y derecho de abandono o entrega noxal (*ius noxae dandī*)⁵².

En primer lugar, el derecho de reconocimiento refiere a la potestad del padre de admitir al hijo dentro de su familia, esto es, a reconocer su filiación como miembro del clan familiar⁵³.

Derecho de exposición, por su parte, corresponde a la facultad de *paterfamilias* de rechazar dicha filiación⁵⁴. En este evento, se exponía a los hijos recién nacidos en un lugar público, abandonándolos a su destino⁵⁵.

cónsul o pretor (MARTÍN, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Privado Romano. Primera Edición. Editorial Universidad Nacional de La Plata. La Plata: 2011, p. 72).

⁵⁰ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, El Origen... Op. Cit., p. 53. GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p.348.

⁵¹ IGLESIAS, Op. Cit., p. 534. Se entiende por adopción el procedimiento por medio del cual el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano (MARGADANT, Op. Cit., p. 203). Por adrogación, el acto por medio del cual una persona *sui iuris* ingresa bajo la potestad de otro *paterfamilias*, con todos sus dependientes y adquiere la condición de *filiusfamilias* del adrogante (GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Diccionario de Jurisprudencia Romana. Ed. Dykinson. Madrid: 2006, p. 25).

⁵² AMUNÁTEGUI PERELLÓ, El Origen... Op. Cit., p. 52-53. El profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, aquí citado, realiza una interesante exposición sobre los casos documentados en las fuentes romanas sobre el Derecho de vida y muerte, evidenciando la dificultad de distinguir su aplicación de situaciones como los delitos de traición a la patria (*perduellio*) o de desobediencia en el entorno militar (Cfr. *Ibidem*, p. 59-100.).

⁵³ LÓPEZ HUGUET, María Luisa. Consideraciones generales sobre los conceptos de patria potestas, Filius-, pater-, y materfamilias: una aproximación al estudio de la Familia romana. En: REDUR. Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (No. 4, 2006), p.195. El reconocimiento se llevaba a cabo por medio de un ritual que tenía ocasión al noveno día del nacimiento. El *paterfamilias* reunía a la familia, convocaba testigos y hacía un sacrificio en su hogar. Se presentaba al hijo a los dioses domésticos y una mujer lo llevaba en brazos, dando varias vueltas alrededor del fuego sagrado, corriendo. Con esto se cumplía un doble propósito: purificar al niño de la mancha contraída por el hecho de la gestación e iniciarle en el culto doméstico (FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 66). Se afirma, además, que después de la primera purificación la primera comida del neonato, éste era depositado en el suelo y, posteriormente, el padre lo levantaba, dándose con esto el efectivo reconocimiento (BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. La filiación en el pensamiento jurídico romano: Ueritati locum superfore. En: RGDR. Revista General de Derecho Romano (No. 3, 2004), p. 3).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ MENTXACA ELEXPE, Rosa. Nota mínima sobre algunos modelos familiares en los tres primeros siglos del Imperio Romano. En: Iura Vasconiae (No. 10, 2013), p. 524.

El derecho de vida y muerte, como su nombre lo indica, señala la posibilidad que tiene el padre de dar muerte a su hijo. Sin embargo, desde muy temprano en la historia romana este derecho se vio limitado⁵⁶.

El derecho de venta, según Jörs, es una derivación de la limitación al *ius vitae necisque*, que otorgaba al *paterfamilias* la facultad de vender a su hijo como si se tratara de un esclavo⁵⁷.

El derecho de entrega noxal se presenta para los eventos de comisión de un delito privado por parte de una persona sometida a su potestad. Es la posibilidad del padre de entregarlo al ofendido con el ánimo de reparar el daño⁵⁸.

1.1.1.4.2 *Manus*

Se ha dado el nombre de *manus* propiamente dicha, de *manus maritalis* o de *potestas maritalis* al poder que ejerce el *paterfamilias* sobre su esposa *in manu*. Este poder, por demás, era semejante a la patria potestad⁵⁹.

En virtud de esta potestad, la mujer entra a formar parte de la familia de su marido⁶⁰. Esto implicaba para la mujer la renuncia a su culto familiar y la iniciación al de la familia de su marido y, adicionalmente, se entendía que entraba en el lugar de una hija (*filiae loco*), para efectos jurídicos⁶¹.

Tal y como en el caso de la *patria potestas*, la potestad marital concede al *paterfamilias* el *ius vitae et necis* sobre su esposa *in manu*, así como el control sobre la administración de sus bienes⁶².

⁵⁶ JÖRS, Op. Cit., p. 411. Afirma Espitia que Rómulo habría ordenado al padre criar a todos los hijos varones y a las mujeres primogénitas, así como habría prohibido la muerte de cualquier hijo menor de tres años, salvo que se tratase de monstruos (ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 95).

⁵⁷ JÖRS, Op. Cit., p. 411. En caso de que el sometido a la patria potestad fuera vendido más allá del Tíber (*trans Tiberim*), esto es, en el extranjero, se convertiría en esclavo efectivo. Esto significa que no recobraría su libertad en el caso de regresar a Roma. En caso contrario, la condición del hijo era la del *mancipium* que se explicará en el numeral 1.1.1.4.4 de este trabajo. Se señala como posible causa de esta situación la posibilidad de emplear al hijo antes del nacimiento del contrato consensual de servicios (*locatio conductio operarum*), así como también como un medio de asegurar a los hijos un cuidado que su *paterfamilias* no podía garantizar.

⁵⁸ MENTXACA ELEXPE, Op. Cit., p. 524.

⁵⁹ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 174. Para Savigny, es la reunión artificial de dos de las principales relaciones de la familia natural: el matrimonio y el poder paterno (SAVIGNY, M.F.C., Sistema del Derecho Romano Actual. Editorial Comares. Granada: 2005, p. 161).

⁶⁰ JÖRS, Op. Cit., p. 306.

⁶¹ IGLESIAS, Op. Cit., p. 539. FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 51-52.

⁶² VOLTERRA, Op. Cit., p. 102. ALARCÓN PALACIOS, Yadira. Régimen patrimonial del Matrimonio desde Roma hasta la Novísima recopilación. En: Revista de Derecho. Universidad del Norte (No. 24, 2005), p. 4-5. En opinión contraria se pronuncia Valencia Restrepo, quien afirma que el *paterfamilias* no tenía el *ius vitae necisque* ni el *ius vendendi* sobre su esposa *in manu* (VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 176). Resulta curiosa la afirmación del profesor Valencia ante

El acto por medio del cual una mujer entraba bajo la potestad del *paterfamilias* se denomina *conventio in manum*⁶³.

De conformidad con las fuentes, podía hacerse de tres formas: por el uso (*usus*), mediante ceremonia religiosa (*farreo, confarreatio*) o mediante *coemptio*⁶⁴.

La *confarreatio*, cuyo nombre y ritos provienen del cultivo de los cereales⁶⁵, consistía en una ceremonia religiosa celebrada en presencia de diez testigos y el sacerdote de Júpiter (*flamen dialis*) o el pontífice máximo (*pontifex maximus*)⁶⁶, con el pronunciamiento de palabras solemnes (*solemnia verba*) y la posterior ofrenda de un pan de trigo (*panis farreus*) a Júpiter⁶⁷, de donde viene el nombre del acto⁶⁸. Simboliza la perfecta comunidad de vida, material y religiosa entre los cónyuges⁶⁹.

La *coemptio*, por su parte, consistía en la *mancipatio*⁷⁰ de la mujer. Su efecto no era la transmisión de la propiedad de aquélla, sino simplemente la constitución de la *manus* y podía realizarse con aquel con quien la mujer se uniría o estaba unida en matrimonio o para efectos singulares y limitados (*fiduciae causa*), con el fin de

tal caso, pues von Ihering afirma que, en términos generales, la posición de la mujer *in manu* es similar a la que tienen los hijos y los esclavos, y se guarda de tomar posición en relación con el *ius vendendi* (IHERING, Op. Cit., 285).

⁶³ IGLESIAS, Op. Cit., p. 538.

⁶⁴ Gai. I, 7, 110 – 115b.

⁶⁵ MOMMSEN, Op. Cit., p. 46, nota 7.

⁶⁶ No obstante, Volterra discute la certeza de la participación de las autoridades religiosas, pues su base histórica es Boecio, autor del siglo V d.C. (VOLTERRA, Op. Cit., p. 108, nota 70). Por su parte, Treggiari lo atribuye a Servio (Cfr. TREGGIARI, Susan. Roman Marriage Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian. Clarendon Press. Midsomer Norton, Avon, Great Britain: 1993, p. 22-23).

⁶⁷ TALAMANCA, Mario. Instituzioni di Diritto Romano. Dott A. Giuffrè Editore. Milano: 1990, p. 133. Fustel de Coulanges, por su parte, señala que la ofrenda se hace a los antepasados (FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 59). Nos inclinamos por la postura de Talamanca, toda vez que sus estudios son más recientes, así como también explica la presencia del sacerdote de Júpiter y, además, es expresamente señalado por el Jurista Gayo (Cfr. Gai. I. 112).

⁶⁸ IGLESIAS, Op. Cit., p. 539. Infortunadamente, no está dentro del alcance de este texto explicar la ceremonia detalladamente. No obstante, para tener un acercamiento a la misma Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 51-59 y ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinatio y contubernium de Roma a la actualidad. En: RIDROM (No. 7, 2011), p. 286-293. Se discute, además, si en un principio era una ceremonia exclusiva de los patricios, lo cual sobrepasa la intención de este escrito (Cfr. ROBLEDA, Olís. El Matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Librería Editrice Università Gregoriana. Roma: 1970, p. 7-9). En todo caso, es clara su importancia a efectos religiosos, pues sólo podían ser nombrados sacerdotes de Júpiter (*flamen dialis*), Marte (*flamen martialis*) o Quirino (*flamen quirinalis*) los nacidos bajo este tipo de unión (Gai. I, 112).

⁶⁹ BIONDI, Biondo. Instituzioni di Diritto Romano. Terza Edizione. Dott A. Giuffrè Editore. Milano: 1956, p. 544.

⁷⁰La *mancipatio* es una especie de ceremonia de venta que se realizaba frente a cinco testigos y una sexta persona que sostiene una balanza de bronce, denominado *libripens* (Gai. I, 119). Para profundizar en el estudio de la figura y la discusión a su alrededor Cfr. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. Origen y función de la “mancipatio”. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XXXIII, 2011), pp. 37-63.

cambiar a su tutor, hacer testamento, o sustraerse a la carga de la religión familiar (*sacra familiaria*)⁷¹.

El *usus* ponía a la mujer bajo la potestad del marido por el simple transcurso de un año de convivencia ininterrumpida, como si se tratara de una usucapión (*usucapio*) sobre ella⁷².

1.1.1.4.3 *Dominica potestas*

Se entiende la potestad dominical como aquel poder que ejerce el *paterfamilias* sobre sus esclavos. Coloca al esclavo dentro de la familia y presenta gran analogía con el poder paterno que le sirve de base⁷³.

Refiere, entonces, a la supremacía del señor (*dominus*) sobre su siervo (*servus*, que también es traducido por esclavo), pues le permitía venderlo, legarlo o donarlo, entre otras posibilidades⁷⁴.

Sin embargo, es importante manifestar que, de conformidad con lo indicado por las fuentes, no era ésta un producto puramente romano, sino que provenía del derecho de gentes (*ius gentium*)⁷⁵.

Lo anterior, sobre la base de que, en ese momento, podía verse constantemente en las naciones del mundo conocido que los señores tienen el Derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*) sobre sus esclavos y que, además, todo cuanto estos adquieren pertenece a su señor⁷⁶.

⁷¹ VOLTERRA, Op. Cit., p. 108-109. Según Carcopino, era una ceremonia de los plebeyos (CARCOPINO, Jerome. La vida cotidiana en roma en el apogeo del Imperio. Ediciones Temas de hoy. Madrid: 1993, p. 114). Mucho se ha discutido acerca de distintos aspectos de la figura, como la realidad de la venta o su carácter simplemente formal y si la mujer también otorga su consentimiento para su realización, que excede los límites del presente trabajo. Cfr. ROBLEDA, Op. Cit., p. 10-17.

⁷² Gai. I, 111. Aul. Gel., III, 2, 12. Para Carcopino, esta figura se presenta en el matrimonio entre plebeyo y patricia (CARCOPINO, Op. Cit., p. 114). Recuérdese que la usucapión es la adquisición de la propiedad quiritaria de una cosa corporal mediante la posesión de ésta durante cierto tiempo (CASADIEGOS CÁCERES, Ferdinando. Curso de Derecho Romano. Editorial Ibáñez. Bogotá: 2003, p. 267).

⁷³ SAVIGNY, Op Cit, p. 161.

⁷⁴ MICIELI, Laura Liliana *et. al.* La dominica potestas en Roma y su proyección actual. En: In Iure. Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales (Vol. 2, año 2, 2013), p. 31. Sin embargo, para Savigny existe una distinción entre la *dominica potestas* y lo que denomina *dominium*. Este último, indica el autor, constituye un verdadero derecho de propiedad, que da lugar a la posibilidad de vender, dar en prenda, dar en uso o ser objeto de usufructo al esclavo. (SAVIGNY, Op. Cit, p 161).

⁷⁵ Gai. I, 52., D.1.5.1.4.

⁷⁶ *Ibidem*.

La esclavitud es, entonces, contracara de la *dominica potestas*, pues es el esclavo aquel sobre quien recae el poder del *paterfamilias* en su condición de señor⁷⁷.

Por demás, debe recordarse que la condición de esclavo implica, en Derecho romano, la carencia del *status libertatis* y, por ende, no puede ser considerado como persona, como sujeto de derechos, sino como una cosa⁷⁸.

Su destino es servir al hombre libre de un modo permanente, hasta que sea objeto de una declaración de libertad o hasta su muerte⁷⁹.

1.1.1.4.4 *Mancipium*

El *mancipium* es uno de los poderes derivados de la *manus* y, como ésta, remite a una época primitiva del Derecho romano⁸⁰.

En general, se refiere a la potestad de sometimiento material ejercido, sin distinción, sobre personas y cosas, el cual, con el paso del tiempo, se va diversificando⁸¹.

De esta forma, en el aspecto que se está estudiando, el *mancipium* se presenta como el poder que tiene un hombre libre sobre otro en la misma condición⁸², para distinguirlo de la potestad dominical.

Así, se muestra el *mancipium* como un poder similar al de la esclavitud, con la diferencia de que el sujeto pasivo, sobre quien recae la potestad, no es un esclavo, pero tampoco es totalmente libre⁸³.

Esta situación se presenta como consecuencia del ejercicio del denominado *ius noxae dandi*, consistente en la entrega del cuerpo del hijo que hace un *paterfamilias* por los delitos cometidos y las deudas que se contraen con terceros⁸⁴.

Igualmente, puede presentarse por el ejercicio del derecho de venta (*ius vendendi*) que tiene el *paterfamilias* sobre sus hijos y su esposa *in manu*⁸⁵.

⁷⁷ MICIELI, Op. Cit., p. 32.

⁷⁸ SOHM, Op. Cit., p. 91. No obstante, es necesario señalar que esta condición no priva al esclavo de la capacidad negocial y penal. Cfr. IGLESIAS, Op. Cit., p. 119.

⁷⁹ IGLESIAS, Op. Cit., p. 117. Recuérdese que, a diferencia de otros pueblos, en Roma el esclavo podía lograr su libertad por decisión de su dueño (*manumissio*) o por disposición legal (Ibíd., p. 124).

⁸⁰ La etimología de la palabra deriva de *manus – cupium*, que significa tomar con la mano. SUÁREZ BLÁSQUEZ, Guillermo. Origen del Derecho de propiedad en Roma: *Mancipium – Nexus*. En: *Passagens. Revista internacional de História Política e Cultura Jurídica* (Vol 8, No. 1, 2016), p. 155.

⁸¹ Ibíd. El análisis realizado por el profesor Suárez muestra la extensión del *mancipium*, su amplitud.

⁸² NIZAMA VALLADOLID, Medardo. La familia en el Derecho romano y en el ordenamiento normativo actual. En: *Revista Jurídica “Docentia et investigatio”* (Vol. 11, No. 2, 2009), p. 29.

⁸³ Ibíd.

⁸⁴ SUÁREZ BLÁSQUEZ, Op. Cit., p. 161.

En todo caso, el comprador o la persona que recibe al hijo o a la esposa, no adquiere con ello la *patria potestas* o la *manus* sobre la persona adquirida, ni tampoco la *dominicas potestas*⁸⁶.

Es más, con el paso del tiempo se marca una gran diferencia entre la esclavitud y el *mancipium*. Los dados en *mancipium* (*mancipio dati*) no pueden ser ultrajados impunemente por el patrón, pues les está permitido ejecutar la *actio iniurarum*⁸⁷.

Tampoco fueron extendidos a ellos los efectos de las leyes *Aelia Sentia* y *Fufia Caninia*⁸⁸.

Finalmente, le era posible al *mancipio datus* obtener su libertad mediante la inscripción en el censo, inclusive en contra de la voluntad del patrón, salvo que la mancipación hubiese tenido efecto *ex noxali causa*⁸⁹.

1.1.2 El Matrimonio

1.1.2.1 Matrimonio y *Conventio in manum*

Al tenor de las fuentes, las instituciones de la *manus* y el matrimonio constituyen soportes determinantes en la estructura familiar romana⁹⁰.

Tal es la importancia de la relación existente entre estos institutos, que en la doctrina ha surgido un debate en torno a dos posturas, a saber: la existencia de un matrimonio *cum manu* y otro *sine manu*, y, en la otra mano, la independencia entre el matrimonio y la *conventio in manum*⁹¹.

Más aún, es necesario indicar que, a partir del surgimiento de este debate, algunos autores han considerado preciso comenzar por abordar éste, antes de centrarse en el propio estudio de la institución matrimonial⁹².

⁸⁵ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 324.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 325.

⁸⁷ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 175.

⁸⁸ *Ibidem*. La *lex Fufia Caninia* imponía límites a las manumisiones testamentarias. La *lex Aelia Sentia*, a su vez, impuso límites a la manumisión, pero en tanto no fuese realizada mediante testamento. Cfr. VILLALOBOS SÁNCHEZ, Jorge. El Principio *Humanitas* en la derogación de la *Lex Fufia Caninia*. Antecedentes en la filosofía clásica y en el pensamiento cristiano. Valladolid, 2015, 432 p. Tesis (Doctor en Derecho). Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal e Historia y Filosofía del Derecho, p. 80 y ss.

⁸⁹ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 195.

⁹⁰ CERMEÑO TAPIA, Gelasio. *Manus y Matrimonio*. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida: 1988, p. 9.

⁹¹ *Ibidem*, p. 14.

⁹² Cfr. ROBLEDA, Op. Cit., p. 1; FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva. *Repudium-Divortium*: Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto. Granada, 1987, 619 p.

Así, se hace necesario hacer algunas anotaciones en torno a este debate, antes de entrar en el estudio del matrimonio.

1.1.2.1.1 Doctrina afirmativa de la existencia de dos clases de matrimonio

La primera tesis, denominada tradicional, admite la existencia de dos tipos de matrimonio en Roma, de forma sucesiva o simultánea, fue asumida por parte de la doctrina, desde mediados del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX⁹³.

Esta postura tiene su origen a principios del siglo XIX, con el descubrimiento del palimpsesto de Verona, que contenía las *Institutas* de Gayo, cuyo primer libro dio noticias importantes sobre la *conventio in manum*⁹⁴.

Su justificación, indica la profesora Fernández Baquero, se centra en dos puntos:

De un lado, se encuentra el hecho de que otros pueblos de la antigüedad habían conocido diversas formas de llevar a cabo el matrimonio (así en el Derecho indiano, el mosaico y el eslavo), razón por la cual no sería tampoco ajeno al Derecho romano, la existencia de distintas formas de perfeccionarlo⁹⁵.

Del otro, la reconstrucción doctrinal a partir de los distintos textos de las fuentes, que tratan de la *manus* en relación con el matrimonio⁹⁶.

Se añade otro argumento a los esbozados, si bien no con la contundencia de los anteriores, que consiste en la consideración social del matrimonio *cum manu*, que otorgaba a la mujer la distinción de *materfamilias* o matrona⁹⁷.

Así, existiendo dos tipos de matrimonio en Roma, es necesario anotar las diferencias existentes entre estos:

El matrimonio *cum manu* era entendido como aquel constituido por la unión permanente de un hombre y una mujer con el ánimo de procrear (*filiorum procreandorum causa*) y por cuya unión la mujer entraba a formar parte de la familia del marido⁹⁸.

Tesis (Doctor en Derecho). Universidad de Granada. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho romano y Derecho Mercantil. Área de Derecho romano, p. 14 y MUÑOZ CATALÁN, Las uniones... Op. Cit., p. 115

⁹³ ROBLEDA, Op. Cit., p. 1. MUÑOZ CATALÁN, Op. Cit., p. 115.

⁹⁴ FERNÁNDEZ BAQUERO, Repudium... Op. Cit., p. 15.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁹⁶ *Ibidem*. No siendo objeto de esta investigación ahondar sobre los fundamentos de esta teoría a partir de las fuentes, por lo cual remitimos a los textos, ya citados, de Olís Robleda (Op. Cit., p. 28-58) y María Eva Fernández Baquero (Repudium... Op. Cit., p. 16-19).

⁹⁷ FERNÁNDEZ BAQUERO, Repudium... Op. Cit., p. 19.

⁹⁸ MUÑOZ CATALÁN, Las Uniones... Op. Cit., p. 118.

Esta entrada en la familia conlleva algunos efectos que resultan de importancia, a efectos de hacer visible la diferencia entre esta especie de matrimonio y el denominado *sine manu*.

De esta forma, deben recordarse los efectos del sometimiento de la mujer a la *manus* del marido consistentes en el abandono de la religión familiar de la mujer para formar parte de la de su cónyuge, la administración de los bienes de ella por parte de aquél, el derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*) sobre ella y la entrada en la familia de su esposo en el lugar de una hija (*loco filiae*)⁹⁹.

En relación con los hijos, es necesario señalar que quedaban éstos sometidos a la *patria potestas* de su padre, siguiendo su condición, así como también el hecho de que, sólo los nacidos bajo el rito de la *confarreatio* podían acceder al sacerdocio¹⁰⁰.

También, debe añadirse a estos efectos el hecho de que, para llevar a cabo la separación, el divorcio, debía llevarse a cabo un ritual, que en el caso de la *confarreatio* era llamado *difarreatio*, en el de la *coemptio*, *remancipatio*, y, en el del *usus*, *usurpatio trinoctii*¹⁰¹.

Se fija su origen antes del año 451 a.C., en el cual se promulgan las XII tablas y, además, se considera que era el único existente hasta este momento, pues, a partir de esta regulación, empieza a hacer carrera el denominado matrimonio *sine manu*¹⁰².

El matrimonio *sine manu*, por otro lado, era aquel en el cual la mujer permanecía, legalmente, dentro de su familia de origen, esto es, bajo la potestad de su padre¹⁰³.

Tiene como consecuencia el hecho de que la administración de los bienes no estará ya en cabeza del esposo, sino que seguirá en cabeza del padre de la mujer, así como tampoco llevará el nombre de la familia de su esposo (*nomen*), ni le será otorgado el título honorífico de *materfamilias* o matrona¹⁰⁴.

Para un sector de la doctrina, el efecto más importante del matrimonio “libre” o *sine manu*, no estaba referido a la relación entre esposos, sino al *status* de los hijos,

⁹⁹ Ver numeral 1.1.1.4.2 de este trabajo.

¹⁰⁰ LIND, Op. Cit., p. 52. En relación con el sacerdocio, ver nota 66.

¹⁰¹ SUÁREZ BLÁSQUEZ, Guillermo. La Patria potestad en el Derecho romano y en el Derecho altomedieval visigodo. En: Revista de Estudios Histórico-jurídicos (No. XXXVI, 2014), p. 162. Cada una de estas formas representa el principio de Derecho que señala que las cosas se deshacen como se hacen. De esta forma, la *difarreatio* era una ceremonia religiosa (FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 59), la *remancipatio* una reivindicación de la mujer (AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El origen de los poderes del “Paterfamilias”: II: El “Paterfamilias” y la “Manus”. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XXIX, 2007), p. 58). La *usurpatio trinoctii*, por su parte, consistía en la ausencia de la mujer de la casa de su marido por tres noches seguidas, que tenían como consecuencia que no fuera sometida a la potestad del *paterfamilias*, su esposo (Gai. I, 111).

¹⁰² ROBLEDA, Op. Cit. p. 3. FERNÁNDEZ BAQUERO, Repudium... Op. Cit., p. 20.

¹⁰³ LIND, Göran. Common Law Marriage: A legal institution for cohabitation. Oxford University Press. Oxford: 2008, p. 34.

¹⁰⁴ LIND, Op. Cit., p. 52.

que seguían la condición de su padre y, además, estaban sometidos a su patria potestad, de donde deriva que pertenecían a una familia distinta de la de ella¹⁰⁵.

Von Ihering ha sostenido que esta forma de matrimonio surge con las aspiraciones de la mujer hacia una independencia más completa, lo cual hace suponer que gozó de una mayor libertad¹⁰⁶.

También, se ha afirmado que adquiere fisionomía legal a partir del momento en que se reconoce la posibilidad de obtener la *manus* mediante *usus*, pues, se indica, el matrimonio venía teniéndose desde antes de que se cumpliera el año para la adquisición de la *manus*, de donde deriva el hecho de que no requiere de una solemnidad determinada¹⁰⁷.

Finalmente, los autores sostienen que este tipo de matrimonio fue el más extendido en época de la República (509 a.C. – 27 d.C.), opacando a la unión *cum manu*¹⁰⁸, al punto de sostenerse que, para el siglo I d.C., ninguna de estas formas de matrimonio seguía vigente¹⁰⁹.

1.1.2.1.2 Doctrina del matrimonio único: separación entre *conventio in manum* y *matrimonium*

La segunda tesis, denominada moderna¹¹⁰, en cambio, indica que en momento alguno hubo dos formas de matrimonio en Roma; en cambio, matrimonio y *conventio in manum* son instituciones radicalmente distintas en su causa y en su función¹¹¹.

De esta forma, el Derecho romano no habría conocido dos formas de matrimonio, sino solamente una, cuya base era únicamente el consentimiento de los cónyuges, sin formalidad alguna¹¹².

La *conventio in manum*, por su parte, en tanto acto por medio del cual una mujer entra a formar parte de la familia de su marido y, adicionalmente, se ve sometida a

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ VON IHERING, Op. Cit., p 287.

¹⁰⁷ SOHM, Op. Cit., p. 283.

¹⁰⁸ Se dice que, en época del jurista Gayo,

¹⁰⁹ CARCOPINO, Op. Cit., p. 114. Gai. I, 111: “... *Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*”, que traduce “Pero todo este Derecho ha sido suprimido en parte por otras leyes y en parte el mismo desuso ha venido a abolirlo” (Cfr. GAYO, Instituciones. Editorial Civitas S.A., Madrid: 1990, p. 69).

¹¹⁰ CERMEÑO TAPIA, Op. Cit., p. 14.

¹¹¹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 25. TALAMANCA, Op. Cit., p. 132.

¹¹² CERMEÑO TAPIA, Op. Cit., p. 14.

la potestad de aquél, rompiendo todo lazo con su familia originaria; tendría su origen en las formas ya vistas¹¹³.

Fin del matrimonio será, entonces, la unión con ánimo de procrear (*filiorum quaerendorum causa*), mientras que el de la *conventio un manum* la simple incorporación de la mujer a un grupo agnaticio, independientemente de que esté unida en matrimonio¹¹⁴.

Esta postura se basa, especialmente, en los estudios adelantados por Di Marzo, Bonfante y Volterra, durante el siglo XIX, quienes han influido en el pensamiento de la doctrina romanista de los últimos tiempos¹¹⁵.

Con base en esta postura, inspirado principalmente por Volterra, Robleda ha realizado el análisis de las fuentes de que se dispone en relación con este asunto, afirmando que tanto Cicerón como Aulo Gelio y Gayo dan a entender la existencia de un matrimonio único, contrario a lo que indican los autores que defienden la doctrina tradicional¹¹⁶. Sus argumentos pueden resumirse de la siguiente forma:

En primer lugar, Boecio y Quintiliano, quienes afirman la existencia de dos tipos de matrimonio en Roma, han querido ver lo que no existe en el texto de Cicerón (*Top.* 3, 14), pues en momento alguno se hace referencia a dos clases de matrimonio, sino de dos formas de mujer casada (*uxor*):

De un lado, la mujer casada, simplemente, denominada *uxor* y, del otro, la que, a más de estar casada, ha entrado en la familia de su marido y por tal motivo es llamada *materfamilias*¹¹⁷. La razón de esto, indica, se debe a que ninguno de estos dos autores era jurista, con lo cual pudo haberse dado una confusión¹¹⁸.

En segundo lugar, Aulo Gelio (18, 6, 8-9) indica que se llama *matrona* a quien ha contraído matrimonio, pero no a quien, además, ha llevado a cabo la *conventio in manum*, pues a esta se llama *materfamilias*; indicando la diferencia en las finalidades de ambas instituciones: del matrimonio, los hijos y de la *conventio in manum*, la entrada de la esposa a la familia del marido¹¹⁹.

En tercer lugar, el jurista Gayo muestra las razones fundamentales que comprueban la tesis, que se materializan de la siguiente forma:

¹¹³ IGLESIAS, Op. Cit., p. 538. Recuérdese que las formas son *confarreatio*, *coemptio* y *usus* (Cfr. Numeral 1.1.1.4.2).

¹¹⁴ CERMEÑO TAPIA, Op. Cit., p. 15. VOLTERRA, Op. Cit., p. 638.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹¹⁶ ROBLEDA, Op. Cit., p. 25-42.

¹¹⁷ En este sentido, vale la pena destacar las palabras del profesor Yan Thomas, quien afirma que “... el título de “madre de familia”, correlativa de *materfamilias*, depende estrechamente del matrimonio” (THOMAS, YAN. La División de los Sexos en el Derecho Romano. *En*: DUBY, George y PERROT, Michelle. Historia de las Mujeres en Occidente. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones S.A. 2000, v. 1, p. 179).

¹¹⁸ ROBLEDA, Op. Cit., p. 27-29.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 29-30.

Existe un paralelismo entre la *conventio in manum* y las formas de adopción (*adoptio et adrogatio*), pero existe silencio del jurista en relación con el matrimonio, de donde deriva que la finalidad de estas instituciones es la misma: someter a una persona a la potestad del *paterfamilias*¹²⁰.

Al hablar del *usus*, afirma que ya existe matrimonio durante el año anterior a la constitución de la *manus* sobre la mujer. Adicionalmente, la referencia realizada por el jurista refiere a la época histórica, sin hacer alusión alguna a un derecho “prehistórico” que señale algo distinto.

Por demás, Gayo en ningún momento indica que la *coemptio* sea una forma de matrimonio. Lo anterior, debido a que su finalidad es similar a la de la *mancipatio* sobre las personas libres.

Así mismo, manifiesta que puede llevarse a cabo con su marido (*matrimonii causa*) o con un extraño (*fiduciae causa*), de donde se infiere que la mujer está casada antes de realizar la ceremonia en el primer caso y que, en el segundo, nada tiene que ver con el matrimonio.

Como último argumento en relación con la *coemptio*, señala que, en caso de que alguien adquiriera la *manus* sobre su mujer después de haber hecho testamento, o tome como mujer a quien ya estaba sometida a esta, el testamento se invalida.

De dicho pasaje se concluye que la mujer puede estar casada y después verse sometida a la *manus* y, viceversa, que una mujer bajo la *manus* puede casarse, mostrando el carácter independiente del matrimonio y la *conventio in manum*¹²¹.

Tampoco, Gayo hace referencia alguna a la *confarreatio* como forma de contraer matrimonio. Esto se afirma sobre la base del fragmento en el que se hace referencia al senado consulto de Máximo y Tuberón, por medio del cual se limita la *manus* adquirida por *confarreatio* a los efectos religiosos (*ad sacra*), de donde se infiere que su carácter jamás fue distinto a producir la *manus*¹²².

Finalmente, Volterra hace notar que la noción de *connubium*¹²³, requisito para la validez del matrimonio romano (*iustae nuptiae*), nunca aparece en las fuentes mencionada junto con la *conventio in manum*, de donde se concluye que no existe relación entre estas dos nociones ni, por tanto, entre *manus* y matrimonio¹²⁴.

¹²⁰ Ibídem, p. 30.

¹²¹ Ibídem, p. 30-36.

¹²² Ibídem, p. 36-40. No obstante, debe indicarse que la referencia a la *confarreatio* y al senado consulto es una de las integraciones realizadas por Kruger y que, en otras ediciones de las *Institutas*, no aparece. Cfr. GAYO, Op. Cit., p. 83, donde los traductores señalan la existencia de tres líneas ilegibles.

¹²³ Esto es, la capacidad para contraer tomar esposa legalmente (contraer matrimonio) según el derecho romano (*ius civile*). Cfr. *Tituli ex Corpore Ulpiani* 5, 3-5, 8-10, citado por FRIER, Bruce W. y MCGINN, Thomas A.J. A Casebook on Roman amily Law. Oxford University Press. Oxford: 2004, p. 31.

¹²⁴ ROBLEDA, Op. Cit., p. 40-42.

1.1.2.2 Concepto

Han sido muchas las palabras con las cuales las fuentes romanas han designado el matrimonio¹²⁵. Sin embargo, el concepto de esta institución ha llegado a nosotros gracias a las disposiciones contenidas en el *Corpus Iuris Civilis*, cuyo texto indica lo siguiente:

«*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*».¹²⁶

«*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*»¹²⁷.

Los textos citados, en opinión de algunos autores, no pueden considerarse como definiciones, pues, se indica, el matrimonio romano sólo fue un marco externo, modelado por la vida jurídica y práctica, con lo cual sus normas resultan insuficientes para dar una idea completa de lo que realmente era y representaba¹²⁸. Adicionalmente, se señala que los romanos huyeron, en general, de las definiciones¹²⁹.

Para otros, en cambio, el texto de Modestino constituye la definición más completa de la institución matrimonial en Roma, pues aporta la mayor cantidad de elementos para el estudio de la misma y, además, su autor fue el único discípulo conocido de Ulpiano, último jurisconsulto romano digno de llevar ese nombre, lo cual le da un mayor peso¹³⁰.

La definición contenida en la *Instituta*, en cambio, cuenta con el problema de que no es tan sencillo identificar a su autor, pues, si bien suele asignarse a Ulpiano, la

¹²⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Reflexiones a propósito de la Realidad Social, La Tradición Jurídica y la Moral Cristiana en el Matrimonio Romano. EN: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (10, 2006), p. 33. No es pretensión de este trabajo ahondar en la discusión etimológica y las diferencias existentes entre los términos utilizados para referirse a esta institución. *Cfr.* ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. Precisiones terminológicas: Nuptias y Matrimonium. EN: Revista General de Derecho Romano (No. 5, 2005) [En línea]. Consultado el 16 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=404690&

¹²⁶ Inst. 1, 9, 1. Unión del varón y de la hembra que implica plena comunidad de vida. Traducción realizada por VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 169.

¹²⁷ D. 23, 2. 1. Modest. El matrimonio es la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, y comunicación del derecho divino y humano. Traducción en HEINECCIO, J. Derecho Romano. Tercera Edición. Imprenta de don Eusebio Aguado, Madrid: 1836, p. 42.

¹²⁸ JÖRS, Op. Cit., p. 385-386.

¹²⁹ NÚÑEZ PAZ, María Isabel. Consentimiento Matrimonial y Divorcio en Roma. 1ª edición. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca: 1988, p. 25.

¹³⁰ MUÑOZ CATALÁN. Las Uniones Extramatrimoniales... Op. Cit., p. 52.

razón de esta postura radica en que existe similitud en las palabras que contiene este concepto de matrimonio y las utilizadas por el propio jurista¹³¹.

No obstante lo anterior, los autores han partido de dichas concepciones del matrimonio, para formar las suyas propias, de donde cabe destacar algunas de las definiciones que se han dado en torno a este instituto.

Así, para Volterra, el matrimonio se refiere a

A la unión entre dos seres humanos, de diferente sexo, dotada de estos elementos y requisitos¹³² se dan los nombres de *matrimonium* o de *nuptiae* a los que más tarde se añaden los adjetivos de *legitimum*, *legitimae*, *iustum*, *iustae*¹³³.

Para Sohm, “Matrimonio es la plena y legítima unión y convivencia de hombre y mujer”¹³⁴.

Bonfante, por su parte, indica que

Il matrimonio romano si può definiré: «la convivenza dell'uomo e della donna sotto l'autorità del marito con intenzione effettiva, continua di essere marito e moglie»¹³⁵.

En opinión de Iglesias,

Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y la *affectio maritalis*¹³⁶.

Guzmán Brito, a su vez, dirá que el matrimonio civil (*iustum matrimonium*) consiste

En la convivencia estable, incondicionada, indefinida y excluyente entre un hombre y una mujer con apariencia honorable (*honor matrimonii*), derivada, en especial, de su publicidad¹³⁷.

De las anteriores definiciones, puede verse que no existe un acuerdo en relación con los elementos que componen el matrimonio, a diferencia del que existe en relación con la definición de la familia.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Elementos y requisitos necesarios para que a dicha unión se puedan atribuir determinadas consecuencias jurídicas, tales como las relacionadas con la filiación y la llamada *patria potestas* sobre los hijos

¹³³ VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1986, p. 635.

¹³⁴ SOHM, Op. Cit., p. 281.

¹³⁵ BONFANTE, Pietro. Corso di Diritto Romano. Volume Primo: Diritto di Famiglia. Dott. A. Giufreè Editore. Milano: 1963, p.256. El matrimonio romano se puede definir como: «la convivencia del hombre y la mujer bajo la autoridad de su marido con intención efectiva, continua de ser marido y mujer» (traducción nuestra).

¹³⁶ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado. 6ª edición. Barcelona. Ediciones Ariel: 1972, p. 547.

¹³⁷ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 334.

Es por esta razón, que se hace necesario el estudio de los elementos que componen la definición que trae el *Corpus Iuris Civilis* y es atribuida a Modestino, pues de aquí surgen las discusiones entre los autores.

1.1.2.3. Elementos del Matrimonio

1.1.2.3.1 «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae*»

Con esta expresión se ha indicado que el matrimonio constituye la unión entre un hombre y una mujer. De dicho texto, la doctrina ha derivado algunos aspectos que son básicos para el entendimiento de la institución, como son su carácter heterosexual y monógamo, y la procreación, como fin del mismo¹³⁸.

En relación con el carácter heterosexual y la monogamia, los autores, en términos generales, se encuentran de acuerdo, pues, en relación con el primero, la definición misma lo hace expreso y, respecto del segundo, la historia misma lo ha dejado claro¹³⁹.

No obstante, se ha presentado discusión en relación con la procreación como finalidad del matrimonio, pues dentro de la definición del *Corpus Iuris Civilis* no se hace referencia a ella¹⁴⁰.

Autores como Mommsen y Fustel han justificado esta finalidad en el hecho de que que la esencia y finalidad del hombre antiguo es poseer una casa e hijos y, además, que resulta una desgracia que una familia termine con la descendencia¹⁴¹.

¹³⁸ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 172.

¹³⁹ A diferencia de otros pueblos de la antigüedad, donde la institución tuvo un carácter poligámico. Sobre la evolución del matrimonio poligámico al monogámico y el carácter del matrimonio en algunas civilizaciones, véanse los breves estudios realizados por Abundis y Ortega, y Muñoz Bonacic (Cfr. ABUNDIS ROSALES, María Antonia y ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y Divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Primera edición. Universidad de Guadalajara. Puerto Vallarta, Jalisco: 2010, p. 16-18. MUÑOZ BONACIC, Gabriel. Evolución del Concepto de Familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Santiago de Chile, 2014, 526 p. Tesis (Magíster en Derecho Privado). Universidad de Chile. Facultad de Derecho, p. 10-14). En punto a la posibilidad de un matrimonio homosexual en Roma, remitimos al interesante estudio realizado por la profesora Elisa Muñoz, quien, partiendo de la probada aceptación social de las relaciones homosexuales en Roma, analiza la homosexualidad dentro de las clases de relaciones existentes en el Derecho romano y sus efectos a la luz de la imposibilidad de procrear (*impotentia generandi*). Cfr. MUÑOZ CATALÁN, Elisa. La impotencia *Generandi* en el Matrimonio Romano Homosexual. En: Foro, Nueva Época, Volumen 16, Número 2 (2013) pp. 211-230. Igualmente, vale la pena ver el recorrido de fuentes realizado por David Magalhães, en el cual muestra la realización de ritos matrimoniales entre parejas del mismo sexo. Cfr. MAGALHÃES, David. Apontamento sobre o matrimónio de pessoas do mesmo sexo no Direito romano. En: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (LXXXV, 2009) pp. 811-823.

¹⁴⁰ MEDELLÍN ALDANA, *et al.*, Op. Cit., p. 49.

¹⁴¹ MOMMSEN, Op. Cit., p. 83. FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 62.

En la misma corriente se enmarcan varios autores¹⁴², indicando que, si bien para que se presente matrimonio no es necesaria la procreación, sí es un elemento socialmente relevante, en especial para lograr una finalidad ética y social¹⁴³.

Base de esta postura son algunos fragmentos de autores de la época, como Cicerón, Varrón y Suetonio, entre otros, quienes han mostrado la relación íntima existente entre el término *coniunctio* y otras, como *copulare*, que sí refieren directamente a la generación de vida¹⁴⁴.

Así mismo, esta postura ha sido justificada desde un punto de vista histórico, pues, afirma Yan Thomas, la unión del hombre y la mujer es el acto fundante de la sociedad, pues de ella nace la descendencia y se prolonga en múltiples generaciones, y, también, la que multiplica las relaciones de la sociedad a través de la alianza, la ciudadanía y la nacionalidad¹⁴⁵.

Por otro lado, la profesora Núñez Paz ha indicado que la idea de la procreación como fin del matrimonio se debe a una interpretación de los autores que se encuentra influenciada por la tradición canonista¹⁴⁶.

En relación con esto, afirma que no es posible sostener la idea de la procreación como finalidad del matrimonio debido a que, de un lado, la palabra *coniunctio* no puede entenderse tan sólo en el sentido de copular (*conmixtio*, *copulatio*) y, del otro, porque cabía la posibilidad de una persona estéril realizar un matrimonio¹⁴⁷.

De esta forma, se ve de una forma clara que, si bien el matrimonio, en términos formales, no requiere de procreación, los estudios realizados a partir de las fuentes y de la historia muestran que sí persigue esta finalidad, pues de ella depende la continuidad misma de la sociedad.

¹⁴² Cfr. ROBLEDA, Op. Cit., p. 63-66, donde el sacerdote jesuita realiza un breve recuento de los autores que han adherido a esta postura, dentro de los cuales se encuentran algunos de los más famosos romanistas en la historia, como Volterra, Kreller, Kunkel, Kaser y Savigny.

¹⁴³ ALBERTARIO, EMILIO. Corso di Diritto Romano: Matrimonio e Dote. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore. 1942, p.7.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Alfredo. “Ius” y “Matrimonium” en el Derecho Romano. En: Iushistoria, Número 5 (2012) p. 67-71. CICERÓN, Marco Tulio. Los Oficios. En: SÉNECA Y CICERÓN. Tratados Morales. Quinta Edición. W.M. Jackson Inc. USA: 1973, p. 181. SUETONIO, Vida de los doce césares. Ed. Austral. Madrid: 2007, p. 89., ROBLEDA, Op. Cit., p. 61-63.

¹⁴⁵ THOMAS, Op. Cit., p. 141.

¹⁴⁶ NUÑEZ PAZ, Op. Cit., p. 26.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

1.1.2.3.2 «*Consortium omnis vitae*»

De conformidad con esta expresión, se dice que el matrimonio es un consorcio, una comunidad para toda la vida¹⁴⁸.

Ahora bien, ha sido precisamente ésta la que ha generado un gran revuelo en la doctrina, pues, dependiendo del significado que se le otorgue, puede ser tenida como genuina de Modestino o como interpolada por los bizantinos, justinianeos o anteriores¹⁴⁹.

Los autores que se pronuncian a favor del carácter interpolado de la expresión, indican que tiene influencia del cristianismo, que se fue extendida en el período postclásico¹⁵⁰ y refiere al carácter indisoluble del matrimonio¹⁵¹.

En contraposición, la mayoría de los autores han adherido a la tesis que señala el carácter genuino de la expresión¹⁵².

Como base de esta interpretación, se afirma que no refiere ésta a un consorcio, una comunidad para toda la vida, haciendo referencia a la indisolubilidad del matrimonio, sino más bien a la participación común en todas las cosas de la vida, tanto prósperas, como adversas¹⁵³.

En este sentido, resulta reveladora la postura de Bonfante, al afirmar que no puede derivarse de la expresión en estudio una realidad objetiva, esto es, el carácter perpetuo del matrimonio, pues siempre debe existir la intención, entendida en el sentido de que no puede someterse éste a una condición resolutoria ni a plazo, siempre recordando que no es indisoluble¹⁵⁴.

Para finalizar, es necesario señalar que, parece más clara la segunda postura, al tenor de la expresión de Ulpiano, según la cual el matrimonio se constituye por el consentimiento y no por la relación sexual¹⁵⁵.

¹⁴⁸ MIQUEL, Juan. *Consortium omnis vitae*: Una reflexión sobre derecho matrimonial comparado. En: Anales de la Facultad de Derecho No. 20 (Diciembre, 2003), p. 85.

¹⁴⁹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 67.

¹⁵⁰ A partir del año 230 d.C. y hasta Justiniano. IGLESIAS, Op. Cit., p. 44.

¹⁵¹ *Ibidem*. Dentro de esta postura se encuentran Hruza, Solazzi y Longo. Este último afirma el carácter interpolado de la expresión, basado en el hecho de que no fue sino hasta después del siglo IV que se empezó a utilizar la palabra *consortium* en relación con el matrimonio (*Cfr.* ALBERTARIO. Op. Cit., p. 8). Por su parte, la profesora Elisa Muñoz indica que en el Derecho Justiniano se tomó el significado de la expresión en su tenor literal (MUÑOZ CATALÁN, Las uniones extramatrimoniales... Op. Cit., p. 59-61).

¹⁵² ROBLEDA, Op. Cit., p. 67.

¹⁵³ TÁCITO. Los Anales. W.M. Jackson Inc. México D.F: 1968, p. 128. MIQUEL, Joan. Derecho Privado Romano. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid: 1992, p. 353. Para Albertario, por demás, existe un ideal de considerar este consorcio como perpetuo, aunque no necesariamente lo represente (ALBERTARIO, Op. Cit., p. 10).

¹⁵⁴ BONFANTE, Corso... Op. Cit., p. 263.

¹⁵⁵ D. 35, 1, 15.

Lo anterior, debido a que la consagración de esta opinión en la fuente permite inferir que para los romanos, especialmente en época clásica¹⁵⁶, la unión conyugal no podía ser mantenida de forma artificial, lo cual no implica que se concibiera con bajo la idea de una probable ruptura, pues, incluso en la época de mayor corrupción de las costumbres en Roma, hubo matrimonios que duraban toda la vida¹⁵⁷.

1.1.2.3.3 «*Divini et humani iuris communicatio*»

Esta expresión indica la participación de cada cónyuge en la intimidad del otro y su comunicación en aspectos tan profundos como lo moral y lo religioso¹⁵⁸.

Así como el consorcio de derechos divinos y humanos, este elemento de la definición del matrimonio romano ha sido objeto controversia en la doctrina, debido a que se ha afirmado que tiene carácter interpolado, pues, se dice, obedece a la exigencia cristiana de la igualdad religiosa¹⁵⁹.

No obstante, la mayor parte de la doctrina, afirma el carácter genuino que tiene la definición¹⁶⁰.

La base de esta opinión radica en que la expresión estudiada refiere a que la mujer participa del culto de su marido, de donde se deriva la existencia de un culto común, precisando que esto sólo ocurre en el caso del matrimonio acompañado de *conventio in manum*, ya que, como se ha visto, sólo en este escenario se presenta la entrada de la mujer a la familia del esposo¹⁶¹.

Igualmente, se indica que, en un principio, el matrimonio cumplía una función religiosa, en tanto aseguraba la perpetuidad de la familia y su culto, ya que, según se ha visto, en aquella época, *manus* y matrimonio estaban fuertemente vinculados¹⁶².

¹⁵⁶ Esto es, a partir del año 130 a.C. hasta el año 230 d.C. MARGADANT, Op. Cit., p. 60.

¹⁵⁷ NUÑEZ PAZ, Op. Cit., p. 27. Esto hace que el matrimonio se pueda distanciar de uniones en las cuales no existía esa vocación de estar unidos solamente por un determinado tiempo, como el caso del *adulterium*, cuando existía un vínculo matrimonial vigente, o el el *concubinatum*, cuando no lo había.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 69.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 70.

¹⁶¹ ALBERTARIO, Op. Cit., p. 12.

¹⁶² VOCI, Op. Cit., p. 462.

También, se ha dicho que esta expresión, en el caso de matrimonio que no esté acompañado de *conventio in manum*, representa simplemente una acentuación adicional a la idea de comunidad de vida de la definición de Modestino¹⁶³.

En época clásica, se afirma, siguiendo la línea de pensamiento señalada en el párrafo anterior, que esta comunicación de derechos, refiere a la participación en la esfera más íntima de la persona, aun cuando el sustrato moral y religioso del matrimonio hubiese cambiado¹⁶⁴.

De lo anterior se deriva el hecho de que la expresión no pueda considerarse interpolada y de marcada influencia cristiana, sino que, ya desde la época arcaica, puede considerarse genuina.

1.2 Evolución de la familia y el matrimonio romanos

1.2.1 El papel del *paterfamilias* y sus poderes

El *paterfamilias*, como se ha visto, era la persona más importante en la familia romana arcaica. Tal era su importancia, que tenía los más amplios poderes sobre sus hijos y su esposa *in manu*, incluyendo el *ius vitae necisque*. Su poder era absoluto¹⁶⁵.

La autoridad del *paterfamilias*, cuya supervivencia se deba, quizás, a las necesidades militares, religiosas y políticas de la Roma naciente¹⁶⁶, se ejerce, no sólo en interés propio, sino también en el de sus subordinados y en el de la Ciudad; no es sólo un derecho, sino también un deber, pues, él debe ilustrar y mantener a los suyos en vía de la disciplina¹⁶⁷.

No obstante, desde antaño sus poderes se vieron limitados en virtud de distintas circunstancias. Así, ya en una primera época se habían visto limitados por la religión el derecho de exposición (*ius exponendi*) y el derecho de venta (*ius vendendi*) para el caso de los hijos (*filiifamilias*) casados y de su mujer, caso en el cual el padre era excomulgado¹⁶⁸.

¹⁶³ FELLHAUER, David E. *The Consortium Omnis Vitae as A Juridical Element of Marriage*. Ottawa. 1978, 258 p. Tesis (Doctor in Canon Law). Saint Paul University. Faculty of Canon Law, p. 13-15.

¹⁶⁴ NÚÑEZ PAZ, Op. Cit., p. 28.

¹⁶⁵ MOMMSEN, Op. Cit., p. 85.

¹⁶⁶ LAUNSPACH, Charles W.L. *State and Family in Early Rome*. George Bell & Sons London 1905, p. 205.

¹⁶⁷ VON IHERING, Op. Cit., p. 290.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Dionisio de Halicarnaso señala que desde la época de Rómulo (siglo VIII a.C.) se adoptaron ciertas medidas para aumentar la población de la ciudad (*civitas*), tales como obligar a los habitantes a criar a los varones y a las hijas primogénitas, limitar el derecho de vida y muerte frente a los hijos menores de tres años, salvo en el caso de alguna enfermedad o malformación de nacimiento, so pena de confiscación de la mitad de sus bienes¹⁶⁹.

Igualmente, las fuentes¹⁷⁰ señalan que ya desde los albores de la civilización romana se habría visto limitado el *ius vitae ac necis* por medio del obligatorio llamamiento al tribunal familiar (*iudicium domesticum*)¹⁷¹, compuesto por los parientes más próximos y, en el caso de la mujer, también por su familia consanguínea (*cognati*)¹⁷².

A medida que la sociedad romana fue evolucionando, el poder del *paterfamilias* decreció de forma considerable¹⁷³. Es así como, en época republicana, tras la derrota de Cartago en las guerras púnicas, resulta extraña la aparición de personajes como Catón el Censor, famoso por su austeridad y ejemplo del ciudadano romano a los ojos de sus contemporáneos y de la posteridad¹⁷⁴.

De igual forma, las nuevas costumbres fueron minando la autoridad familiar. En esta misma época, se generalizó el uso de emancipar a la mujer, para así escapar a la *manus* del *paterfamilias*, lo cual, a la larga, terminaría con la desaparición de este poder, hecho que los historiadores han señalado como causa del debilitamiento del poder de aquél¹⁷⁵.

¹⁶⁹ DIONISIO DE HALICARNASO. Historia Antigua de Roma. Libros I-III. Editorial Gredos. Madrid: 1984, p. 175-176.

¹⁷⁰ Cfr. BRAVO BOSCH, María José. El Iudicium Domesticum. En: Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense (No. 1, 2011) pp. 15-34. Existen distintos pasajes que muestran la existencia de este tribunal, teniendo como el más antiguo el tristemente célebre caso de Lucrecia en el año 509 a.C., quien, tras ser violada por Tarquino, dio su versión ante el tribunal doméstico, antes de suicidarse, según Valerio Máximo. Igualmente, se encuentra el caso de Pomponia Graecina, quien fue sometida a dicho tribunal, acusada de religión extranjera, y fue absuelta (Cfr. TÁCITO, Op. Cit., p. 332-333). Para el estudio de las distintas fuentes, remitimos al texto, ya citado, de la profesora María José Bravo.

¹⁷¹ Este tribunal familiar, denominado también *concilium domesticum*, se presenta como un mecanismo de carácter procesal cuya función se discute, pues hay autores que defienden la postura de que ordena y limita el derecho de vida y muerte, mientras otros señalan simplemente su carácter consultivo. (Cfr. BRAVO BOSCH, Op. Cit.).

¹⁷² VON IHERING, Op. Cit., p. 298. MOMMSEN, Op. Cit., p. 85. Se encuentran diferencias de opinión en relación a la fuente de esta obligación, pues mientras Mommsen afirma que se debe a la Ley, von Ihering señala que se debe a la costumbre.

¹⁷³ MOUSARAKIS, George. Fundamentals of Roman Private Law [eBook]. Springer. S.L., p. 90.

¹⁷⁴ MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma. Tomo II. Editorial Turner. Madrid: 2003, p. 420. Afirma el Nobel de literatura que Catón era tan severo con sus esclavos como con sus hijos y que, a diferencia de lo que era usual en aquel momento, decidió, como los antiguos padres de familia romanos, prescindir de esclavos griegos para educar a sus hijos y asumir su guía él mismo. De igual modo, no se permitía lujos excesivos y guardaba una vida sencilla y frugal. Solía decir que prefería ser un buen padre de familia antes que un famoso senador.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 423. KOVALIOV, S.I. Historia de Roma. Editorial Akal. Madrid: 2007, p. 344-345.

Sin embargo, no es únicamente el papel del mujer, que se estudiará en el siguiente acápite, la causa única de esta situación, también, es necesario ver que, en virtud del cambio de costumbres, la postura misma de los *paterfamilias* en relación con sus hijos muestra la forma como se da esta paulatina desaparición del poder paterno.

Como muestra de esto, vale la pena traer a colación la comedia Los Hermanos (*Adelphoe*), de Terencio, donde se muestra a Mición, un *paterfamilias* que no se ha casado, ha llevado una vida de holgazanería y placer en la ciudad, a diferencia de su hermano, quien ha permanecido en el campo y se ha casado, llevando una vida de esfuerzo¹⁷⁶.

En la comedia, Mición ha adoptado al hijo mayor de su hermano Demeas y, al referir a aquél, indica que no ve con él la necesidad de hacer todo conforme a sus derechos, esto es, a la *patria potestas*, permitiéndole actos que otros hijos hacen a escondidas de sus padres, lo cual enfurece a Demeas¹⁷⁷.

Al final, Mición logra convencerlo de que la amabilidad y la condescendencia son mejores para recuperar a un hijo, que la severidad y la dureza¹⁷⁸.

Para Amunátegui, esta obra muestra la actitud de la Roma del siglo II a.C., sobre la base del contraste entre la tradición (representada por Demeas) y las nuevas costumbres (representadas por Mición) y el desenlace, como muestra del cambio¹⁷⁹.

Adicionalmente, se encuentran en la obra de Plauto otros fragmentos de la comedia de este siglo que sirven para ejemplificar el cambio en las costumbres y la disminución de la potestad paternal, inclusive con una importancia adicional a la de Terencio, por el público al que estaban dirigidas¹⁸⁰.

Se destaca de su obra la Comedia de los asnos (*Asinaria*), en la cual el anciano Deméneto manifiesta que los otros padres deberían ser tolerantes con sus hijos, ya que esta es la única forma de granjearse su afecto y simpatía¹⁸¹.

De esta forma, es claro que la Roma de este siglo no está dispuesta a permitir el uso arbitrario de los poderes derivados de la *manus* y la *patria potestas*¹⁸².

Para la época de Julio César (siglo I a.C.), ya el cambio en las costumbres se veía claramente en relación con los poderes del *paterfamilias*. Muchas son las razones de estos cambios, pero vale la pena precisar algunas, al tenor de la historia.

¹⁷⁶ TERCENCIO. Comedias II. Editorial Gredos. Barcelona: 2009, p. 247-248.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 299.

¹⁷⁹ AMUNÁTEGUI, El Origen de los poderes... Op. Cit., p. 91.

¹⁸⁰ La obra de Terencio se enmarca en el círculo de los Escipiones, un público más sofisticado, con mayor influencia griega que la de aquel a quien se dirigía Plauto, su predecesor (KOVALIOV, Op. Cit., p. 340).

¹⁸¹ PLAUTO. Comedias. I. Editorial Gredos. Madrid: 1992, p. 116.

¹⁸² AMUNÁTEGUI, El Origen de los poderes... Op. Cit., p. 92.

Así, para este momento, última época de la República, Roma construye la imagen de una sociedad compacta de millonarios y mendigos, sin una clase media real, pues en ella sólo encuadran mercaderes y propietarios ricos que saben encerrarse en su esfera y se mantienen alejados de los negocios públicos¹⁸³.

Aun cuando hay propietarios rurales que conservan la disciplina y las costumbres de los antiguos romanos, se ven eclipsados por las dos clases ya mencionadas. Mommsen afirma que el contraste de riquezas exorbitantes con la pobreza extrema de la ciudad engendró un mal económico y moral que condujo a la decadencia¹⁸⁴.

Este mal se vio reflejado en la dependencia económica de la clase baja, que sólo podía sustraerse al hambre recibiendo pan del Estado, en la mendicidad, efecto y causa de la miseria, que sumergió al pueblo en la holgazanería y la corrupción. Se ve, en esta época, que el plebeyo romano no trabaja, sino que frecuenta el teatro, los lupanares y las tabernas¹⁸⁵.

En la otra mano, la alta sociedad ha entrado también en decadencia, con gastos innecesarios, indignos de los romanos que lucharon contra Aníbal. La aristocracia ha dejado de lado las labores tradicionales, para convertirse en terrateniente esclavista y se ha dedicado a buscar la comodidad y los lujos, sin mayor consideración por el resto del pueblo¹⁸⁶.

Derivado de estos gastos, las grandes fortunas van desapareciendo y, en consecuencia, la situación del pueblo romano, en general, se vio envuelta en caos. Las costumbres, por tanto, no eran más que cosas despreciables, al igual que la vida honrada de familia, que caracterizaron la primera etapa de la historia de Roma¹⁸⁷.

Sin un respeto por las costumbres, nada podía hacer el *paterfamilias* con sus poderes, pues, además, sus preocupaciones estaban en la holgazanería y la corrupción, ya siendo aristócrata, ya perteneciendo al pueblo llano¹⁸⁸.

¹⁸³ MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma. Tomo IV. Editorial Turner. Madrid: 2003, p. 528.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 530. Indica el historiador y jurista que, junto a la mendicidad, se veían fortunas tan opulentas como la de Marco Craso, miembro del primer triunvirato, quien inició su carrera con siete millones de sestercios y, a su muerte, luego de repartir cantidades fabulosas al pueblo, restaban aún ciento setenta millones de sestercios.

¹⁸⁵ *Ibidem*. Añade Mommsen, además, que como consecuencia del malestar social que aquejaba a Roma en aquel entonces, ya la muerte del gladiador en los combates no corresponde a la ley del duelo o a la libre voluntad del vencedor, sino al capricho de los espectadores.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 532-533. Critica el Nobel toda la pomposidad de la gastronomía de la época, así como también se escandaliza por las transacciones realizadas y los objetos comprados por personajes de la época.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 534-535.

¹⁸⁸ Sobre este momento histórico, dirá Mommsen que “asistimos a la muerte de la República romana. Durante quinientos años la hemos visto dominar la Italia y la región mediterránea y precipitarse a su ruina, no bajo el rudo golpe de derrotas de los bárbaros, sino por el vicio interior de su decadencia política y moral, religiosa y literaria, para dejar el campo a la nueva monarquía. En este mundo romano, tal como César lo encontró, sobrevivían aún muchas cosas veneradas, leyes de los siglos pasados, infinito cúmulo de grandezas y esplendores; pero casi no había alma, y menos aún gusto, y solo se pensaba en los goces de la vida.” (*Ibidem*, p. 638).

En época del principado, la situación no era mejor. Kovaliov afirma que el cuadro de la vida de la alta sociedad en esta época en lo referente a usos y costumbres no cambió mucho en relación con el fin de la República y, si lo hizo, fue para peor, pues, con la paz (*pax*) de Augusto y la decadencia de la vida política, se difundió un ideal de vida de placer y despreocupación, a pesar de la lucha de aquél por evitarlo¹⁸⁹.

Las grandes masas, el pueblo llano, por su parte, no tuvieron un gran cambio en su forma de vida con la instauración del sistema imperial. La atracción y distracción de esta parte de la ciudad fue un asunto políticamente importante que llevó al sostenimiento de su estilo de vida holgazán, lo cual sólo perpetuó la decadencia existente¹⁹⁰.

Con la decadencia de las costumbres, el poder del *paterfamilias* sólo siguió viéndose menguado, sin necesidad de norma alguna.

Cabe añadir como ejemplo de la decadencia del derecho de vida y muerte el hecho de que, en época de Adriano, el padre que diera muerte a su hijo perdía la ciudadanía, sus bienes eran confiscados y era exiliado de la *civitas*¹⁹¹.

Fuera de lo anterior, también se ve menguada la autoridad del *paterfamilias* en el testimonio reseñado por Carcopino, en el cual un padre fue obligado a emancipar a su hijo y renunciar a cualquier herencia que pudiera recibir de él, por haberle maltratado¹⁹².

Para el siglo II d.C., la *potestas maritalis* y la *patria potestas* prácticamente habían desaparecido, llevándose consigo el *ius vitae necisque*, y quedando al *paterfamilias* el derecho de exposición, como muestra de su antiguo poder sobre sus familiares, hasta el advenimiento del Cristianismo, que, en el año 374, fue abolido¹⁹³.

En relación con el derecho de venta, último resquicio del poder paterno, cuyo auge se vio a partir del siglo IV d.C., con causa en la crisis económica de tal momento, el emperador Constantino, sin poder suprimirlo, contempló la posibilidad de que el padre rescatara al hijo vendido¹⁹⁴.

Justiniano, finalmente, confirmó dicha regla, pero limitando la posibilidad de venta sólo en casos de extrema pobreza¹⁹⁵.

¹⁸⁹ KOVALIOV, Op Cit, p 671. Augusto llevó a cabo algunas reformas tendientes a volver a las antiguas costumbres y combatir la decadencia. Fruto de este esfuerzo es su legislación en materia matrimonial, que se estudiará más adelante.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 672-673.

¹⁹¹ MOUSARAKIS, Op. Cit., p. 90.

¹⁹² CARCOPINO, Op. Cit., p. 112.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p 189.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

Así, despojado de sus elementos más importantes, el poder del *paterfamilias* romano desaparece, quedando sólo algunas referencias de su antiguo esplendor en las fuentes posteriores.

1.2.2 La mujer

Como ya se ha visto, la familia romana se presenta como una estructura eminentemente patriarcal, que, en una primera época, exigía que la mujer se integrase en dicha comunidad. Su posición, por ende, requería de la sumisión al poder del *paterfamilias* y la participación en su culto doméstico¹⁹⁶.

Su papel, en palabras de la historiadora Mary Beard, era dedicarse a su marido, procrear la siguiente generación¹⁹⁷, ser un adorno, ser la administradora del hogar y contribuir a la economía doméstica hilando y tejiendo¹⁹⁸.

Su destino estaba marcado por la sujeción a la potestad de un *paterfamilias*, ya en virtud de la patria potestad, ya por medio de la *manus*. Cuando no era expuesta después de su nacimiento, cosa que ocurría con relativa frecuencia, estaba destinada a un matrimonio precoz¹⁹⁹.

De no tener padre ni esposo, se encontraba sujeta a la tutela del agnado más próximo, como estaba dispuesto en la Tabla V²⁰⁰.

¹⁹⁶ KASER, Op. Cit., p. 258. Es necesario indicar que el alcance del presente trabajo no permite realizar una profundización completa sobre los distintos aspectos relacionados con la posición de la mujer en la sociedad y el Derecho romano, razón por la cual sólo se limitará a señalar algunos aspectos generales, con el fin de mostrar el cambio en el papel de la mujer, en relación con algunos puntos en específico. No obstante lo anterior, existe variada bibliografía que puede consultarse en relación con la mujer en el Derecho romano, parte de la cual será citada dentro de este acápite, dentro de la cual destacamos el trabajo del profesor Gabriel Buigues, en punto a la condición jurídica de la mujer romana (Cfr. BUIGUES OLIVER, Javier. La posición jurídica de la mujer en Roma: Presupuestos para un estudio de la Capacidad negocial de la mujer. Editorial Dykinson S.L. Madrid: 2014).

¹⁹⁷ En relación con la función procreadora de la mujer, vale la pena destacar la postura sentada por la profesora italiana Eva Cantarella, quien afirma que a partir de los ritos de la antigua religión romana, como el culto al dios *Tutunos Mutunus* o las *Lupercalias*, así como la frecuente representación de las divinidades femeninas en el acto de amamantar, ésta se hace evidente (Cfr. CANTARELLA, EVA. La Calamidad Ambigua: Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana. Ediciones Clásicas Madrid. Madrid: 1991, p.194).

¹⁹⁸ BEARD, Mary. SPQR: Una historia de la antigua Roma [eBook]. Titivillus. S.l.: 2015, p. 236.

¹⁹⁹ CANTARELLA, Op. Cit., p. 193-194.

²⁰⁰ ESCOBAR GIL, Federico. Práctica de Derecho romano: Personas y bienes. 1º edición. ICESI. Cali, 2010, p. 256. La doctrina tradicional describe el origen de la tutela como una *potestas*, sustancialmente asimilable a la que tiene el padre o el marido que tiene la *manus*, ejercida por el tutor de la mujer y de los impúberes (MEDICI, Chiara. Ricerche sulla *tutela mulierum*. Milan, 2013, 363p. Tesis (Doctor en Ciencias Jurídicas). Università degli Studi di Milano-Bicocca. Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche. Curriculum in Diritto romano e diritti della antichità, p. 26).

No obstante lo anterior, en su condición de esposa *in manu*, la mujer era admirada y respetada. Así, Savigny afirma que “en ningún pueblo de la antigüedad ha sido la madre de familia más respetada que en Roma”²⁰¹.

En la casa, la mujer, lejos de ser esclava, como se ha pretendido, es dueña. La mujer, madre de familia, ejercía una alta vigilancia y, además, tenía el huso, equivalente al arado en las manos del *paterfamilias* de donde se deriva la existencia de cierta igualdad²⁰². Su labor, además, tiene una gran connotación, pues es la encargada de la educación de los hijos, hasta que visten la *toga praetexta*²⁰³.

La mujer es, en este sentido, la transmisora de los valores de los padres, la encargada de formar la personalidad y carácter de sus hijos, de infundir las virtudes que contribuyeron a la formación de los ciudadanos romanos y que sirvieron de impronta destacada a su pueblo²⁰⁴.

Ahora bien, la situación de la mujer no fue estática, sino que fue cambiando con el pasar del tiempo.

De esta forma, hacia el siglo II a.C., se generalizó el hábito de emancipar a las mujeres, con el correlativo debilitamiento de la potestad marital y, con la decadencia de las costumbres (las antiguas “bases morales” a que refiere Kovaliov), también el aumento en los divorcios²⁰⁵.

Derivado de esta situación, en este momento de la historia se ve a la mujer buscando la independencia de su persona y de sus bienes, liberándose de la tutela

²⁰¹ SAVIGNY, Op. Cit., p. 158.

²⁰² MOMMSEN, Tomo I, Op. Cit., p. 84. Opinión contraria a esta es la de la historiadora inglesa Mary Beard, para quien el papel de la mujer es ser adorno, procrear a la siguiente generación y contribuir a la economía doméstica tejiendo e hilando, restando importancia a la administración del hogar (BEARD, Op. Cit., p. 158). No obstante, Rudolf von Ihering afirma que “ningún pueblo del mundo antiguo, sin exceptuar a los griegos, ha dado a la mujer lugar tan honroso en la sociedad como los romanos” y que fruto de esta posición se manifiesta en el hecho de que la leyenda e historia romanas muestran predilección por atribuir a las mujeres los sucesos más importantes (VON IHERING, Op. Cit., p. 294). Para una recopilación de dichos eventos, remitimos al estudio realizado por Rosario Delicado Méndez (Cfr. DELICADO MÉNDEZ, Rosario. La mujer en Tito Livio. En: Estudios Clásicos (Tomo 40, No. 113, 1998) pp. 37-46).

²⁰³ BUIGUES OLIVER, Op. Cit., p. 13. La *toga praetexta* era vestida por los niños romanos, antes de los catorce años, y por los magistrados y sacerdotes. Tenía la particularidad de contar con una franja púrpura en el borde (BERGER, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. En: Transactions of the American Philosophical Society (Vol. 43, No. 2, 1953) p. 738).

²⁰⁴ SENÉS, Gema. La Matrona Romana: Consideraciones sobre la situación de la mujer en Roma. EN: VALLEJO SÁNCHEZ, Ma. Dolores (Coord.). Comportamientos antagónicos de las mujeres en el mundo Antiguo. Ed. Atenea. Málaga: 1995, p. 69. Afirma la profesora Eva Cantarella que ““Encargadas como por delegación de educar a los hijos para hacer de ellos «ciudadanos» y ligadas a éstos por una relación muy fuerte, las mujeres romanas desarrollaban un papel cultural de primera importancia [...] y comportaba el reconocimiento de una dignidad que jamás se tributó a la mujer griega” (CANTARELLA, Op. Cit., p. 304).

²⁰⁵ MOMMSEN, Tomo I, Op. Cit., p. 423. KOVALIOV, Op. Cit., p. 344.

que sobre ellas pesa, mediante artificios tales como matrimonios aparentes, cuando no lo hacían por medios menos tristes, encontrándose, incluso, en estado conyugal.

A raíz de esta situación, afirma Mommsen, la preocupación que hubo en los hombres de Estado por los caudales de dinero administrados por las mujeres, daría lugar a la famosa *Lex Voconia*, que prohibió instituir como heredero testamentario a las mujeres²⁰⁶.

Es así como en torno al siglo II a.C., la situación de las mujeres vieron empeorar sus condiciones de vida²⁰⁷. Esta situación, empero, sólo fue transitoria, pues en este momento aparece una nueva imagen de la mujer romana: aumenta su influencia política en la ciudad, pues se da su participación en acciones individuales y colectivas para proteger algunos de los privilegios que habían logrado hasta ese momento²⁰⁸.

Lentamente se va transformando la posición de la mujer romana, al punto de que, para finales de la República, había logrado reconocimiento sobre sus hijos, a semejanza del padre, gracias a la labor de los pretores, que concedieron el derecho a la custodia de su primogenitura, tanto en caso de tutela, como en el de mala conducta del cónyuge²⁰⁹.

Hacia el fin de la República, las mujeres romanas se muestran más libres y con conocimientos, no sólo socialmente, sino también jurídicamente, puesto que el ordenamiento, gracias al reconocimiento de derechos de los que, hasta entonces, carecían, como se ha señalado²¹⁰.

Con el advenimiento de Augusto, durante el Siglo I a.C., las mujeres ganan un mayor protagonismo, tanto en asuntos sociales, como en asuntos domésticos²¹¹.

²⁰⁶ MOMMSEN, Tomo I, Op. Cit., p. 423.

²⁰⁷ CANTARELLA, Op. Cit., p. 217.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ ALLER, Marta. Oviedo. 2016. 96 pp. Homoerotismo femenino en la antigua Roma: Sexualidad, cuerpo y espacio. Tesis (Maestría *Erasmus Mundus* en estudios de las mujeres y del género). Universidad de Oviedo. Facultad de Filosofía y letras, Máster *Erasmus Mundus* en estudios de las mujeres y del género.

p. 10. Valga señalar, por ejemplo, la manifestación de las mujeres en las calles, que conllevó a la abolición de la *Lex Oppia*, antecesora de la *Lex Voconia*, en el año 195 s.C.

²⁰⁹ CARCOPINO, Op. Cit., p. 110.

²¹⁰ CANTARELLA, Op. Cit., p. 235. Como ejemplo de esto baste citar la denominada *coemptio fiducia causa*, antes reseñada y consistente en la posibilidad de la mujer de sustituir a su tutor legítimo por una persona de confianza, que, en palabras de la profesora Eva Cantarella, se convertía en “prácticamente un testaferrero”, pues no intervenía en sus decisiones (p. 240).

²¹¹ HERREROS GONZÁLEZ, Carmen y SANTAPAU PASTOR, María Carmen. Prostitución y Matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de derecho? En: IBERIA (No. 8, 2005), p. 96. Tal es el cambio en la sociedad, que se ve, para esta época, junto a las formas masculinas de determinados oficios, las femeninas, como en el caso de la expresión *domina*, femenino de *dominus*, esto es, amo, señor, dueño (VOX, Diccionario Ilustrado Latín. Vigésimo primera edición. SPES Editorial. Barcelona, 2014, p. 149). *Cfr.* CAMPOS VARGAS, Henry. La mujer y la economía romana: Una aproximación desde la lengua del lacio. En: Ciencias económicas 28 (No. 2, 2010), p. 290. Valerio Máximo habla de una C. Afrania, que ya en el siglo I. a.C. interponía demandas ante los tribunales, de Maesia, quien llevó a cabo su defensa judicial tras ser acusada de un crimen y de Hortensia,

Ya para este momento, la mujer había adquirido la libre facultad de sus bienes y se ve que los procuradores especiales ponen todo el celo en servir a las damas ricas de la ciudad, que viven de forma independiente²¹².

A partir del siglo primero de nuestra era, las mujeres tienen la posibilidad de instruirse y cultivarse en el campo intelectual²¹³ y gozan de libertades hasta ese momento reservadas únicamente a algunas familias de clase alta²¹⁴.

La *conventio in manum* ha caído en desuso y la mujer no está sometida a la *potestas* de su marido. Consecuencia de ello, se ve liberada de sus tutores y, así mismo, se convierte en dueña de sus decisiones, de donde deriva una situación de igualdad en el matrimonio²¹⁵.

En época del emperador Claudio, se da un cambio en la función de los agnados, quitándoles su papel de guardianes de la mujer y, posteriormente, queda abolida la toda tutela legítima, salvo la del patrón sobre la liberta, que terminará desapareciendo con Constantino²¹⁶.

En época de Adriano, la capacidad sucesoral de la mujer cambia. Por medio del senadoconsulto Tertuliano, la madre ingenua que haya tenido tres hijos y la madre liberta que haya tenido cuatro, fuese admitida en la sucesión intestada de sus hijos, siempre y cuando aquellos no dejaran descendencia²¹⁷.

quien defendió una causa ante los segundos triunviros: Marco Antonio, Octavio y Lépido. (Cfr. HÖBENREICH, Evelyn. Andróginas y Monstruos: Mujeres que hablan en la antigua Roma. En: VELEIA (No. 22, 2005) pp. 173-182).

²¹² MOMMSEN, Tomo IV. Op. Cit., p. 536.

²¹³ MAÑAS NÚÑEZ, Manuel. Mujer y sociedad en la Roma Imperial del Siglo I. En: Norba Revista de Historia (No. 16, Vol. 1, 1996-2006) p. 191. El autor muestra algunos casos emblemáticos del papel de las mujeres en este momento histórico, tales como el de Livia Drusila, esposa del emperador Augusto y Mesalina, famosa esposa del emperador Claudio, cuyo influjo en la política imperial fue de suma importancia (cfr. Pp. 200 y ss.).

²¹⁴ Aun cuando el autor citado anteriormente indica que a partir de este momento la mujer se rebela contra su marido, contrayendo sucesivas nupcias, lo cierto es que esto se presentaba desde mucho antes y, así mismo, ya había mujeres que contaban con un gran nivel cultural, que permitía que figuraran en la vida pública. Así, por ejemplo, Cornelia, madre de los Gracos, hija de Escipión el Africano, cuya notoriedad y respeto trascendieron en su época, a punto de que Tolomeo IV pidió su mano, y de quien Plutarco afirma que no sólo se dedicó a la educación de sus hijos, sino a manejar la hacienda familiar (KOVALIOV, Op. Cit., p. 388. MEDINA QUINTANA, Silvia. Mujer y *economía* en la Hispania romana. Oficios, riqueza y promoción social. Tesis (Doctorado en Historia). Oviedo. 2012. 361 pp. Universidad de Oviedo. Facultad de Filosofía y letras. Departamento de Historia, p. 95).

²¹⁵ CARCOPINO, Op. Cit., p. 114.

²¹⁶ MEDICI, Op. Cit., p. 293. CANTARELLA, Op. Cit., p. 240.

²¹⁷ HEINECCIO, J. Elementos de Derecho Romano. Imprenta y Librería de D. Manuel Sanz. Granada: 1839, p. 238. En todo caso, el estudio realizado por la profesora Aurora López permite tener un acercamiento desde la óptica de las fuentes, más completo y que excede el alcance de este trabajo (Cfr. LÓPEZ GÜETO, Aurora. Los Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano: Antecedentes y régimen jurídico del tratamiento de la relación materno filial en la sucesión intestada. Tesis (Doctorado en Derecho). Sevilla. 2016. 492 p.p. Universidad de Sevilla. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, p. 129-237).

Con posterioridad, durante el Imperio de Marco Aurelio, hacia el año 178 d.C., por medio del senadoconsulto Orficiano, se permite que los hijos puedan heredar a la madre, en sucesión sin testamento (*ab intestato*)²¹⁸.

También, con el paso del tiempo las mujeres accederán a otros derechos, como el de obtener la tutela sobre sus hijos, que fue admitida durante el siglo II d.C. por obra del jurista Neracio, prohibida en el año 224 por Alejandro Severo y vuelta a permitir en el año 390 d.C., a condición de que la mujer fuera viuda y faltasen tutores legítimos y testamentarios, con la condición de declarar solemnemente no volver a casarse; para finalmente ser extendida a la madre natural por Justiniano, en el año 530²¹⁹.

De esta forma, se ve, desde la época de la República, una progresiva emancipación de la mujer en la sociedad romana, que se consolidará hacia el siglo I a.C. y que permanecerá durante la época imperial²²⁰, hasta la consolidación del Cristianismo como religión oficial del Imperio y, posteriormente, la retoma de algunas disposiciones en su favor con el trabajo realizado por Justiniano.

Estos cambios en la posición de la mujer en la sociedad romana hicieron que la configuración de la familia cambiara, puesto que, como se ha visto, ha sido puesta en pie de igualdad, por lo menos socialmente, con el hombre, cambiando la configuración de autoridad de la familia antigua.

Así mismo, se presenta una reducción, generada por cuestiones que, si bien pueden ser ajenas al querer de las mujeres, se compaginaron con la postura de aquellas y llevaron a las bajas tasas de natalidad, con lo cual la familia se empezó a ver reducida en su número, en contraste con el modelo familiar anterior.

Finalmente, la configuración jurídica de la familia también cambia con la postura de la mujer, por cuanto la situación patrimonial de la mujer también cambia, igualándose, en alguna forma, a la del hombre.

Con el Cristianismo, no obstante, existe un “retroceso” en relación con la igualdad del hombre y la mujer, puesto que predicaba la superioridad del marido, si bien, al mismo tiempo, enseñaba la misma dignidad existente entre ambos en el matrimonio²²¹, situaciones que tendrán su repercusión en la familia y el matrimonio.

²¹⁸ HEINECCION, Elementos... Op. Cit., p. 238. Para un análisis del estado de la cuestión, a partir de la doctrina y las fuentes, remitimos al estudio citado anteriormente de la profesora López Güeto (Cfr. LÓPEZ GÜETO, Op. Cit., p. 291-363).

²¹⁹ CANTARELLA, Op. Cit., p. 241.

²²⁰ IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. La Mujer romana a través de fuentes literarias y jurídicas. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Estudios jurídicos en homenaje a Martha Morineau. Tomo I. Derecho romano, Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F.: 2006, p. 258.

²²¹ LÓPEZ ABELAIRA, Elena. Mujer Pagana / Mujer Cristiana en *ad uxorem* de Tertuliano. Tesis (Doctor en Filología). Málaga. 2016, 344 pp. Universidad de Málaga. Facultad de Filosofía y Letras.

1.2.3 Los *filiusfamilias*

Como se ha visto atrás, los hijos, en la más antigua época de Roma, estaban sometidos al *paterfamilias* en virtud de la *patria potestas*, de donde resulta el hecho de que el padre, tiene un derecho absoluto sobre todos los aspectos de su vida.

Como ejemplos de este derecho absoluto, cabe señalar, entre otros, la posibilidad del *paterfamilias* de azotar, encerrar, mantener encadenado al trabajo agrícola²²², desposar y dar en matrimonio a su hijo, aún contra su voluntad y, de igual forma, el de disolver su matrimonio²²³.

Empero, con el desvanecimiento de los poderes del *paterfamilias*, se dio un correlativo desarrollo de la independencia del hijo, que se fue desarrollando con el tiempo, hasta el punto de que la *patria potestas* terminó siendo sólo un recuerdo²²⁴.

Parte importante de este proceso es el cambio en el papel de la mujer romana durante la historia, ya estudiado. Así mismo, es necesario hacer estudio de la mayor capacidad patrimonial de los *alieni iuris*, a través de los peculios, pues también representan un factor de su independencia²²⁵.

El poder paterno, dice Savigny, ejerce su influencia sobre los bienes, en cuanto el hijo de familia no puede adquirir por sí mismo, ni, en consecuencia, tener propiedad²²⁶. Es necesario recordar, entonces, que, en virtud de la *patria potestas*, todo lo que sea adquirido por el hijo beneficia al padre, sea por negocios que lleve a cabo, o por disposiciones de terceros, como disposiciones testamentarias o donaciones²²⁷.

Ahora bien, desde la época arcaica, era común que el *paterfamilias* otorgara a sus hijos (y también a sus esclavos) una suma de dinero denominada *peculium*, que, aun cuando realmente pertenecía a aquél, era reconocido por la sociedad como de propiedad del *filius* o del *servus*²²⁸.

Departamento de Filología griega, estudios árabes, lingüística general, documentación y filología latina, p. 63.

²²² DIONISIO DE HALICARNASO, Op. Cit., p. 190.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ CARCOPINO, Op. Cit., p. 114.

²²⁵ LÓPEZ HUGUET, Op. Cit., p. 200.

²²⁶ SAVIGNY, Op. Cit., p. 159.

²²⁷ IGLESIAS, Op. Cit., p. 544.

²²⁸ CANTARELLA, Eva. Fathers and sons in Rome. *En*: The Classical World (Vol. 96, No. 3, 2003) p. 288.

No obstante, de las deudas adquiridas por el hijo, el padre no respondía en absoluto en época arcaica y, fue solamente con algunas disposiciones pretorianas que se hizo responsable, si bien en casos muy concretos²²⁹.

En términos generales, esta situación se mantuvo de la misma forma, hasta el principado de Augusto, momento en el cual se otorgó a los soldados que todavía se hallaran bajo la potestad de su *paterfamilias* la posibilidad de disponer mediante testamento lo que hubiesen adquirido durante el servicio (por ejemplo, sueldo, botín, etc.). Este conjunto de bienes fue denominado peculio castrense (*peculium castrense*)²³⁰.

Este privilegio fue, posteriormente, confirmado por los emperadores Nerva y Trajano y extendido por el emperador Adriano, a los veteranos o licenciados²³¹.

Más adelante, a través de la extensión progresiva del peculio, cambia radicalmente, afirma Volterra, la situación jurídica del *filiusfamilias*, al serle reconocida una mayor capacidad patrimonial. Así, Constantino, introdujo una serie de cambios, limitando el poder patrimonial del *paterfamilias* sobre los bienes de sus hijos²³².

En primer lugar, limitó al padre la libre disposición de los bienes que el hijo adquiriera de su madre (*bona materna*), conservando únicamente el usufructo de los mismos, prohibiendo su enajenación²³³.

Esta disposición, por demás, fue extendida por emperadores posteriores a los bienes adquiridos a título gratuito de los ascendientes maternos (en el Imperio de Arcadio y Honorio)²³⁴ y por ganancias nupciales o provenientes de esponsales (en el de Teodosio y Valentiniano)²³⁵.

En el año 326 d.C., dispuso que los bienes constituidos por los servicios prestados al Estado o a su corte, como dignatario, con ahorros o donativos, fueran considerados como peculio castrense²³⁶.

Los sucesores de Constantino equipararon al peculio castrense los honorarios recibidos por los abogados de las prefecturas, los funcionarios estatales, los servicios sacerdotales, los médicos, etc. y, también, las donaciones recibidas del emperador o la emperatriz. Al conjunto de estos bienes se le conoce con el nombre de *peculium quasi castrense*, en el Derecho justiniano²³⁷.

²²⁹ D. 50, 17, 133. JÖRS, Op. Cit., p. 92.

²³⁰ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 166.

²³¹ VOLTERRA, Op. Cit., p. 104.

²³² Ibídem, p. 105.

²³³ JÖRS, Op. Cit., p. 414

²³⁴ ORTOLÁN, M. Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano. Tomo Primero. La Ilustración, Sociedad Tipográfica-Literaria Universal. Madrid: 1847, p. 184.

²³⁵ VOLTERRA, Op. Cit., p. 105. ORTOLÁN, Op. Cit., p. 184.

²³⁶ JÖRS, Op. Cit., p. 414.

²³⁷ VOLTERRA, Op. Cit., p. 105.

En el año 472 d.C., León y Antemio reconocen una posición singular a los *filiifamilias* eclesiásticos (presbíteros, obispos y diáconos ortodoxos)²³⁸, concediéndoles poder hacer testamento y disponer en vida de todos los bienes que consigan, privando al *paterfamilias* de la propiedad de aquellos²³⁹.

De esta forma, para cuando Justiniano asciende el Imperio en oriente, la posición de los *filiifamilias*, en cuanto a los bienes, dista mucho de ser lo que fuera otrora, pues cuentan con los bienes que otorga el padre y a él pertenecen (peculio profecticio), aquellos que ganan en razón a su actividad profesional (peculio *castrense* y *quasi castrense*) de los que el *paterfamilias* no tiene poder alguno y, finalmente, los demás que provienen de cualquier causa distinta a las mencionadas (peculio adventicio) cuya propiedad está en cabeza de los hijos y cuya disposición es completamente libre, por acto entre vivos o por causa de muerte, quedando el padre sólo con el usufructo²⁴⁰.

Fuera de lo anterior, es necesario ver la forma en que continuó creciendo la independencia del *filiusfamilias* en otros aspectos. Así, en época de Antonino Pío (siglo II d.C.), se dio la prohibición al *paterfamilias* de disolver los matrimonios “felices” de sus hijos²⁴¹.

De igual manera, a partir del análisis de algunas fuentes, puede afirmarse que, en el Principado y, quizás, desde la última época de la República, el hijo tendría cierta paridad con el *paterfamilias* en asuntos de carácter público, de donde resulta el hecho de que, en este ámbito, se encontraría por fuera de la patria potestad²⁴².

Antecedente de esta paridad, quizás, sea el testimonio mencionado por Dionisio de Halicarnaso, en el siglo I a.C., quien afirma que, en época de la reforma de Servio Tulio, en el siglo VI a.C., ya se había dado el mando militar, en calidad de centurión, a algunos *filiifamilias*²⁴³.

En el mismo sentido, cabe señalar el testimonio recogido por Aulo Gelio, en el cual se muestra que Quinto Fabio Máximo, habiendo sido elegido cónsul en el año 213 a.C., junto a Tiberio Graco, se encontró con su padre, quien había sido cónsul en año anterior. El padre, quien iba montado a caballo, decide no apearse, en virtud de su condición de tal y, los lictores que le acompañan, ni siquiera intentan ordenarle que baje. El cónsul, al llegar junto a él, pregunta: “¿Y luego?” (*Quid postea?*), tras lo

²³⁸ ORTOLÁN, Op. Cit., p. 184.

²³⁹ VOLTERRA, Op. Cit., p 105002E

²⁴⁰ ORTOLÁN, Op. Cit., p. 184-185.

²⁴¹ CANTARELLA. Fathers... Op. Cit., p. 291.

²⁴² RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. Usos sociales y regulación jurídica de la capacidad patrimonial de los *filiifamilias*: puntos de referencia del desarrollo estructural y funcional del *peculium a patre profectum, castrense y quasi castrense* en Roma. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (No. 2, 1998), pp. 419-430.

²⁴³ *Ibidem*, p. 420.

cual el lictor²⁴⁴, comprendiendo la situación, ordena al padre apearse de su montura, quien, no sólo obedece, sino que alaba a su hijo, por preservar la autoridad²⁴⁵.

Historia similar nos muestra el mismo autor al hablar de la anécdota del Padre y el hijo, gobernador de la provincia de Creta, que llegaron a Atenas a visitar al filósofo Tauro. Al acercarse a los invitados la única silla disponible, el filósofo ofrece la silla al padre, quien le indica que ha de ofrecerla a su hijo, quien es magistrado romano. Con posterioridad, tras alcanzar otra silla al hijo, Tauro manifiesta que en los lugares, funciones y actos públicos, los derechos de los padres se ven interrumpidos por los poderes que confiere la magistratura de un hijo²⁴⁶.

De esta forma, queda clara la forma en que la condición del *filiusfamilias* fue evolucionando, de una sujeción total al padre, hasta una cierta independencia económica y política, al punto de pasar por encima, incluso, de los deberes y modales, en algunos casos.

1.2.4 Legislación de Augusto

Surgida con ocasión del imperio de Octavio Augusto²⁴⁷, se compone de dos leyes, a saber, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* del año 18 a.C. y la *Lex Papia Poppea* del año 9 a.C., representa la injerencia del Estado en las relaciones interpersonales que, hasta ese momento, pertenecían al ámbito familiar privado²⁴⁸.

Enmarcada dentro de la política general del primer emperador, que estuvo influenciada por la idea de restauración de lo antiguo²⁴⁹, nace como respuesta a dos hechos que azotaban el imperio en su primera etapa: de un lado, las malas

²⁴⁴ Recuérdese que el lictor era un funcionario que asistía al magistrado en sus funciones. MORINEAU IDUARTE, Martha. Diccionario de Derecho Romano. Segunda Edición. Oxford University Press. México D.F.: 2006, p. 90.

²⁴⁵ AULO GELIO. Noches Áticas. I. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.: 2000p. 103.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 102.

²⁴⁷ Del año 27 a.C. al año 14 d.C.

²⁴⁸ MALDONADO DE LIZALDE, Eugenia. *Lex Iulia de maritandis ordinibus*. Leyes de Familia del Emperador César Augusto. *En*: Anuario Mexicano de Historia del Derecho (No. 14, 2002), p. 535. VOICI, Op. Cit., p. 473. No obstante, es necesario hacer referencia en este punto a una Ley anterior, la *Lex Canuleia* que, si bien no implicó la intromisión estatal en el ámbito familiar, sí tuvo un fuerte impacto, puesto que permitió el matrimonio entre patricios y plebeyos, que estaba prohibido en virtud de la tabla XI (remitimos al texto del profesor Escobar Gil, en su reconstrucción del texto de las XII tablas. *Cfr.* ESCOBAR GIL, Op. Cit., p. 257.). Debe destacarse, igualmente, que ya en época de Tiberio Graco (133 a.C.), por medio de su reforma se daba un premio a los matrimonios que no eran estériles (MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma. Tomo III. Editorial Turner. Madrid: 2003, p. 97 y 428).

²⁴⁹ KOVALIOV, Op. Cit., p. 552.

costumbres, que requerían de un freno. Del otro, la despoblación generalizada existente para el momento histórico, especialmente en la clase dirigente²⁵⁰.

Para la consecución de dicho fin, se propone sanear la sociedad, por medio de su base, que es la familia, constituida mediante matrimonio, haciendo uso de todos los medios a su alcance y a pesar de una fuerte oposición por parte de la sociedad misma²⁵¹.

En desarrollo de esta pretensión, el conjunto de leyes, que, por demás, suelen ser tratadas como una sola, denominada *Lex Iulia et Papia*, considera la modificación radical de algunos aspectos: la reforma del derecho a casarse, manipulación de la libertad para disponer de la propiedad y fortalecimiento del matrimonio y la reproducción por medio de recompensas (*praemia*) y castigos (*poenae*)²⁵².

Así, en referencia al matrimonio, los hombres entre los 25 y 60 años de edad, y las mujeres entre los 20 y 50 que contaran con el *connubium*²⁵³, estaban en la obligación de contraer matrimonio bajo estas leyes²⁵⁴.

Adicionalmente, las personas viudas o divorciadas debían contraer segundas nupcias, si bien se concedieron a la mujer plazos intermedios de entre seis meses y dos años, entre un casamiento y otro²⁵⁵.

De conformidad con la *Lex Papia Poppea*, además, los romanos de estas edades debían procrear, determinando de forma diversa el número de hijos según el caso caso, si bien no se exigía que fueran más de tres, si el matrimonio era entre ingenuos (*ingenui*) o más de cuatro, si era entre libertos²⁵⁶. Como premio, las mujeres recibían el llamado *ius liberorum*, que las liberaba de la tutela²⁵⁷.

Adicionalmente, se estableció una serie de impedimentos para llevar a cabo el matrimonio, dependiendo de la clase social.

²⁵⁰ ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Depalma. Buenos Aires: 1952, p. 497. Resulta interesante la posición de la profesora Eva Cantarella, quien indica que la disminución de la natalidad en la Roma del Principado se debía, en parte, a motivos ajenos a la voluntad de las mujeres – como por ejemplo las molestias derivadas de la ausencia de los hombres por las continuas guerras – y, en parte, a la propia elección de las mujeres de un modo de vida, que varió con la clase social: en las clases bajas, se debió a razones económicas, mientras que en las esferas más privilegiadas, al deseo de gozar más libremente de las ventajas que permitían las nuevas condiciones de vida, así como también la esperanza de encontrar una identidad en algo distinto a la maternidad (CANTARELLA, EVA. Op. Cit., p. 220).

²⁵¹ Remitimos al análisis realizado por la profesora Maldonado, quien, desde una perspectiva histórica y un estudio de los textos, muestra las circunstancias que rodearon la promulgación de dichas leyes y su recepción. Cfr. MALDONADO DE LIZALDE, Op. Cit.

²⁵² TREGGIARI, Op. Cit., p. 60.

²⁵³ Derecho a casarse bajo las leyes romanas. Cfr. Nota 122.

²⁵⁴ MALDONADO DE LIZALDE, Op. Cit., p. 546-547.

²⁵⁵ JÖRS, Op. Cit., p. 391

²⁵⁶ Ibídem.

²⁵⁷ MALDONADO DE LIZALDE, Op. Cit., p. 549.

De esta forma, los senadores y miembros del orden senatorial (senadores, sus hijos y nietos) no podían casarse con libertos, actores, actrices e hijos de estos últimos. En cuanto al resto del pueblo, prohibió su matrimonio con meretrices, proxenetas y personas condenadas por adulterio, o atrapadas en tal acto²⁵⁸.

Igualmente, se sabe que por medio de estas leyes incidieron en la capacidad en materia de sucesiones, pues la *Lex Iulia* determinó que caducaban a favor del fisco los legados y herencias correspondientes a célibes, mientras que la *Lex Papia Poppea* reducía a la mitad su derecho, en el caso en que estuviesen casados, pero no tuviesen hijos²⁵⁹.

En relación con las recompensas, que premiaban más la fecundidad que el matrimonio, deben señalarse las siguientes: a efectos de la elección de los cónsules, se da preferencia al que esté casado, sobre el que permanece soltero²⁶⁰; a los libertos que tuviesen un determinado número de hijos, se les eximía de los deberes que tenían con su antiguo amo (*iura patronatus*) y, finalmente, se favorecía al hombre casado y con hijos en la elección para los cargos públicos²⁶¹. Adicionalmente, al pueblo llano se le permitió casarse con libertas, estableciendo que la descendencia sería legítima²⁶².

Con respecto a los castigos, además de la caducidad y el límite a las herencias y legados, debe señalarse la prohibición a los incapaces²⁶³ de adquirir por testamento de una persona que no fuera pariente consanguíneo de hasta el sexto grado²⁶⁴.

En el caso de testamento de un cónyuge a favor del otro²⁶⁵, no podía el sobreviviente adquirir más de la décima parte de toda la herencia y el usufructo de la tercera parte de la misma²⁶⁶.

²⁵⁸ MCGINN, Thomas A. J. *Prostitution, sexuality and the Law in Ancient Rome*. Oxford University Press. Oxford: 2003, p. 72. Más adelante, en el numeral 2.1.2 del presente trabajo, se ahondará en el análisis de dichos impedimentos.

²⁵⁹ ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 212.

²⁶⁰ En relación con este punto, resulta interesante la referencia realizada por Aulo Gelio, al señalar que en el séptimo capítulo de la *Lex Iulia* se consagra esta norma, inclusive por encima de la vieja tradición de honrar al que tiene más edad (Cfr. AULO GELIO. Op. Cit., p. 120).

²⁶¹ MALDONADO DE LIZALDE, Op. Cit., p. 552-553. La profesora Maldonado menciona como algunas de las ventajas la preferencia del varón casado con hijos frente al que no los tiene en el caso de la elección de cónsules; el hecho de que se cuenta a cada hijo del solicitante a un cargo público como un año para alcanzar el límite mínimo de acceso al cargo o como un año de experiencia en el cargo, para ser promovido a otro mejor; la liberación de los procónsules casados y con hijos de echar suertes para asignarles la provincia a su cargo en el año 27 a.C.; y, finalmente, algunas posibilidades respecto de dichas preferencias.

²⁶² DION CASIO COCEYANO. *Historia Romana*. Libros L-LX. Editorial Gredos. Madrid: 2011, p. 251.

²⁶³ Personas célibes, casados sin hijos, impotentes, castrados, hijos de culpables de alta traición, apóstatas, herejes, personas de mala reputación, entre otros. *Ibidem*, p. 550.

²⁶⁴ MCGINN, Op. Cit., p. 73.

²⁶⁵ No obstante, si el sobreviviente tenía hijos de otro matrimonio, podía adquirir una décima parte adicional por cada hijo que tuviera o, si había hijos comunes que hubiesen muerto antes que el

Para asegurar el cumplimiento de dichas restricciones, se instauró un sistema de delaciones, que premiaba a quienes denunciaban al heredero o legatario incapaz en virtud de la ley para adquirir²⁶⁷.

Para finalizar, es necesario señalar que, al tenor de las fuentes, Augusto hubo de suprimir o suavizar la parte referente a las penas, conceder un aplazamiento de tres años y aumentar los premios²⁶⁸.

Es difícil, según McGinn, conocer el alcance real de los efectos de la Legislación de Augusto, debido a la falta de información demográfica²⁶⁹, si bien Plinio manifiesta que tuvo efecto solamente en las clases altas²⁷⁰.

En todo caso, lo cierto es que, independientemente de los beneficios fiscales y demográficos, estas leyes contribuyeron a la construcción de una ideología moral, pues obligó a quienes quisieran participar de la administración del naciente Imperio a actuar bajo los valores y preferencias allí contenidas²⁷¹.

1.2.5 El Cristianismo

No se sabe aún, con precisión, dónde y cómo surge el Cristianismo, al igual que sucede con las demás religiones históricas. Pareciera, como afirma Kovaliov, que la religión aparece como un movimiento natural cuyas raíces se encuentran entre la bruma de la psicología social de una determinada época²⁷².

Sin embargo, se sabe con certeza que su nacimiento se da, en un principio, entre comunidades hebreas²⁷³. De allí su fuerte vínculo con el judaísmo, del cual, con

cónyuge, que hubiesen vivido al menos nueve días, tenía derecho a un tercio más de la herencia, por cada hijo premuerto. MALDONADO DE LIZALDE, p. 551.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 551-552.

²⁶⁸ SUETONIO, *Op. Cit.*, p. 141.

²⁶⁹ Recuérdese que, parte de la intención de Augusto era combatir la despoblación que azotaba al naciente Imperio en ese momento.

²⁷⁰ MCGINN, *Op. Cit.*, p. 83. Resulta interesante, no obstante, que Augusto se haya sentido dolido por la minoría de personas casadas para el año 9 d.C., momento en el cual Dión Casio narra el discurso a solteros y casados, antes de la promulgación de la *Lex Papia Poppea*. *Cfr.* DION CASIO, *Op. Cit.*, p. 346-356.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 84.

²⁷² KOVALIOV, *Op. Cit.*, p. 793. Afirma el autor, por demás, la dificultad existente en el estudio de las religiones, especialmente en lo que refiere a sus fuentes, pues, siendo estas posteriores al fenómeno religioso del que hablan, ya tienen fijadas las líneas esenciales de la religión, pues recogen material mitológico-legendario en forma elaborada y, además, compuestas por interesados en la religión, con lo cual dicho material se encuentra seleccionado, mostrando algunos hechos y evitando otros. (*Ibidem*, p. 793-794).

²⁷³ En relación con el surgimiento del Cristianismo y su relación con algunas comunidades, hay quienes han señalado como a la primera comunidad cristiana a los esenios, especialmente, a partir del descubrimiento y estudio de los manuscritos del Mar Muerto, postura que ha generado

posterioridad, se distancia, para convertirse en una religión completamente nueva²⁷⁴.

En todo caso, se cuenta con algunos testimonios fiables de su existencia a partir de los siglos I y II d.C., especialmente con los relatos de autores como Suetonio²⁷⁵, Tácito²⁷⁶ y Flavio Josefo²⁷⁷, entre otros, si bien se sabe que ya se había introducido durante el siglo I²⁷⁸, al mundo romano, y que su expansión se dará a partir del siglo III²⁷⁹.

Tras los acontecimientos de los siglos II y I a.C., la población romana, en especial la pertenecientes a las clases más bajas, estaba sumida en profunda desesperación y apatía; el estado de depresión social y decadencia fue extremadamente favorable para el desarrollo de tendencias religiosas²⁸⁰.

Adicionado a esto, cabe señalar, con Gibbon, que hubo una serie de factores que permitieron la expansión de la doctrina cristiana, a saber: el inflexible celo de los primeros cristianos, heredado de los judíos, purificado del espíritu estrecho de tal religión; la doctrina de la vida venidera, mejorada con circunstancias que dieran peso y eficacia a esta verdad; el poder milagroso atribuido a la Iglesia primitiva; la moralidad pura y austera de los cristianos y la unión y disciplina de estas primeras comunidades, que posteriormente formaría un Estado próspero e independiente en el corazón del Imperio²⁸¹.

Pero, a más de esto, es necesario señalar que el ambiente social en que se encontraba la Roma de estos primeros siglos después de Cristo tiene un trasfondo

controversia. Al respecto, los escritos de Puech y García Arévalo, que analizan los escritos encontrados a la luz de las similitudes existentes con el Cristianismo (*Cfr.* PUECH, Émile. Los Manuscritos del Mar Muerto y el Nuevo Testamento. El nuevo Moisés: algunas prácticas de la ley. *En:* Antiquo Oriente: Cuadernos del Centro de Estudios de Historia del Antiquo Oriente (Vol. 7, 2009) pp. 219-254 y GARCÍA ARÉVALO, Tania María. 'Recristianización' de los manuscritos del Mar Muerto: elementos comunes entre los textos de Qumrān y el Cristianismo primitivo (una revisión) *En:* Collectanea Christiana Orientalia (No. 7, 2010), pp. 23-39).

²⁷⁴ *Ibíd.*, p. 804.g

²⁷⁵ *Cfr.* SÜTONIO, Op. Cit., p. 319, en especial la Nota 40, de la edición citada.

²⁷⁶ *Cfr.* TÁCITO, Op. Cit., p. 423-425.

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 795.

²⁷⁸ Resulta interesante ver el análisis que realiza Troplong, quien afirma la existencia de comunidades cristianas en Roma, a partir de las epístolas de Pablo de Tarso y, adicionalmente, del conocimiento de su doctrina por parte del filósofo Séneca, mentor del Emperador Nerón, sobre la base de un episodio concreto: Gallion, hermano del estoico, figuró como juez, en su calidad de procónsul, de la causa elevada por un grupo de judíos en contra del apóstol grande y lo absolvió, sin escuchar su defensa, cosa que no debió pasar desapercibida, pues existía gran unión entre el filósofo del pórtico y su hermano. Adicionalmente, indica, que el libro de Séneca sobre la providencia, en el que habla de Dios con un lenguaje Cristiano (TROPLONG, Raymond-Théodore. *Influencia del Cristianismo en el Derecho romano.* Imprenta del Gobierno por S.M. Habana: 1847, p. 49-52).

²⁷⁹ GUIGNEBERT, Charles. *El Cristianismo Antiguo.* Fondo de Cultura Económica. México: 1956, p. 103.

²⁸⁰ KOVALIOV, Op. Cit., p. 799

²⁸¹ GIBBON, Edward. *Historia de la Decadencia y Caída del Imperio Romano.* Tomo I [Ebook]. Liete Editor Digital. S.l.: 2006, p. 408.

que permitió el arraigamiento del cristianismo en la sociedad de la época, que exceden al análisis del historiador británico:

Las religiones de oriente contaban con la tendencia al mesianismo y al monoteísmo, común al judaísmo y el mitraísmo, que ya contaban con seguidores en aquel momento²⁸².

Así mismo, debe señalarse que la facilidad en las comunicaciones y rutas comerciales, así como el poco interés en el desarrollo de las religiones que hubo por parte de los primeros emperadores, permitió una primera etapa de florecimiento del Cristianismo²⁸³, si bien hubo algunos acontecimientos particulares, ajenos a esta situación general²⁸⁴.

La expansión del Cristianismo durante el siglo II y principios del siglo III fue lenta, pero sin sobresaltos, pues, si bien no era reconocida por el Imperio, tampoco fue perseguida en forma sistemática²⁸⁵.

No obstante, a partir del siglo III d.C., quizás con motivo de la negativa a aceptar el carácter divino del Emperador, que inician las persecuciones a los cristianos, por parte de la administración imperial²⁸⁶.

Fue en el Imperio de Decio que se inició la que ha sido llamada la primera persecución sistemática a los cristianos, por medio del edicto del año 249, al parecer²⁸⁷.

En todo caso, el fin de las persecuciones se inició con el edicto de tolerancia de Galerio, suscrito en Nicomedia en el año 311 d.C., momento a partir del cual se

²⁸² KOVALIOV, Op. Cit., p. 801. Remitimos al estudio realizado por Luther H. Martin, quien muestra la estadística de los creyentes durante el Imperio. *Cfr.* MARTIN, Luther H., Roman Mithraism and Christianity. En: Numen (Vol. 36, Fasc. 1, 1989), p. 3-6.

²⁸³ ROSTOVTZEFF, Michael. Roma, De los Orígenes a la última crisis. Cuarta Edición. Oxford University Press. Nueva York: 1977, p. 266.

²⁸⁴ Por ejemplo, la expulsión de los judíos de Roma de la que habla Suetonio (Nota 256) y la famosa persecución a los cristianos por parte de Nerón (Nota 257). Sin embargo, Kovaliov duda de la veracidad de dichas persecuciones antes del siglo III d.C. (KOVALIOV, Op. Cit., p. 809).

²⁸⁵ ROSTOVTZEFF, Op. Cit., p. 269.

²⁸⁶ GRIMAL, Pierre. La Civilización romana: Vida, costumbres, leyes, artes [Ebook]. Mezki, S.l.: 2000, p. 81. Kovaliov destaca como la más importante la persecución que se dio en época de Diocleciano, entre los años 303 y 304 d.C. (KOVALIOV, Op. Cit., p. 809-810). En todo caso, este período estuvo caracterizado por una serie de persecuciones, de las cuales Gibbon hace un recuento detallado (*Cfr.* GIBBON. Op. Cit., Capítulo XVI p. 461-510). Destacamos la tristemente célebre historia de Vibia Perpetua, quien fue condenada a ser devorada por las fieras en el anfiteatro de Cartago en el año 203 d.C., al negarse a “hacer un sacrificio por el bienestar del Emperador” y siendo madre lactante (*Cfr.* BEARD, Op. Cit., p. 409).

²⁸⁷ SANTOS YANGUAS, Narciso. Decio y la Persecución anticristiana. En: Memorias de Historia antigua. (No. XV-XVI, 1994), p. 143. Afirma el autor que la decisión del emperador se manifestaba inesperada y repentina, sorprendiendo a paganos y cristianos, y, también, que ocultaba su verdadero fin (p. 145). Remitimos a su estudio para el recuento de testimonios sobre la persecución.

estableció la libertad de cultos en todo el Imperio y la devolución de bienes expropiados a la Iglesia²⁸⁸.

Para el año 313 d.C., el rescripto de Licinio hizo que la lucha contra el cristianismo cesara, con lo cual, terminó, según Grimal, la sangrienta historia de la persecución a esta religión²⁸⁹.

Posteriormente, con Constantino como emperador, se empieza a dar una serie de circunstancias que hacen que la postura oficial del Imperio se vaya inclinando gradualmente hacia el Cristianismo²⁹⁰, pues se interesó activamente en los asuntos de la Iglesia, diseñando una estructura que garantizaba su disciplina e importancia, pero guardando siempre el equilibrio político a fin de evitar la confrontación con el paganismo²⁹¹.

Sin embargo, su legislación muestra un claro interés que muestra la importancia otorgada a la religión cristiana²⁹². Así, en el año 318 se expidió una Ley que prohibía la práctica de los *haruspicina*, si bien no tuvo mayor aplicación, y, en el año 323 se dio la prohibición de los sacrificios paganos²⁹³.

Como parte de su idea de consolidación de la Iglesia cristiana, Constantino convocó al concilio de Nicea, en el año 325 d.C. A partir de este momento, se define solemnemente el Credo de la doctrina cristiana²⁹⁴.

Con posterioridad, se dieron algunas leyes, promulgadas por los sucesores de Constantino, que variaban en uno y otro sentido en relación con el Cristianismo. Así, por ejemplo, mientras Constancio II (337-361) trató de arrancar de raíz la religión pagana, Magencio (350-353) abolió estas disposiciones; Constancio intentó

²⁸⁸ ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 327.

²⁸⁹ GRIMAL, Op. Cit., p. 81. Anota el célebre profesor que este rescripto estuvo orientado bajo el mismo principio que animó a los redactores del senado consulto sobre las bacanales. Señala el rescripto: “Hemos decidido que convenía colocar por encima de todas las cosas lo que se refiere al culto de la divinidad, y, por esto, conceder a los cristianos, como a todo el mundo, la libre facultad de seguir la religión que quieran, a fin de que todo lo que hay de divinidades en la estancia celeste, pueda sernos favorable y propicio, a nosotros y a todos los que están colocados bajo nuestra autoridad”.

²⁹⁰ HOMO, León Pol. Nueva Historia de Roma. Quinta Edición. Editorial Iberia S.A. Barcelona: 1965, p. 396.

²⁹¹ ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 328.

²⁹² Ejemplos de este tipo de leyes son las promulgadas en el período comprendido entre los años 316 a 320 d.C., que permiten a la Iglesia recibir donaciones, liberar a los esclavos con la mediación de un obispo y otorgarles jurisdicción, reduciendo el poder estatal. Cfr. BLÁSQUEZ MARTÍNEZ, José María. El Cristianismo, religión oficial [en línea]. En: Historia 16 (año XXI, 1997) p. 57. Consultado el 20 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-cristianismo-religin-oficial-o/>

²⁹³ *Ibidem* p. 57-58. La práctica de los *haruspicina* consistía en la lectura de las entrañas de la víctima.

²⁹⁴ HOMO, Op. Cit., p. 396-397.

prohibirlas y, posteriormente, con Juliano “el apóstata”, se intenta, sin éxito una vuelta al paganismo²⁹⁵.

Es necesario señalar, igualmente, que, razón del fracaso de la política de Juliano, es que para el siglo IV, la Iglesia tenía una participación preeminente dentro del Imperio y, en consecuencia, su aceptación dentro del mismo representaba encontrar una nueva base social²⁹⁶.

Finalmente, con el edicto de Tesalónica, del año 380 d.C. (durante el Imperio de Teodosio I), se adopta la religión cristiana como la oficial del Imperio, a la que siguió una serie de disposiciones que fueron menguando la fuerza de los cultos paganos²⁹⁷, consolidando al Cristianismo y permitiendo su fortalecimiento y expansión, creando las condiciones para que haya perdurado hasta el día de hoy.

Ahora bien, esta expansión e inserción de la religión cristiana en la sociedad y gobierno romanos, generó una serie de cambios que afectaron algunos aspectos del Derecho, especialmente en relación con la familia²⁹⁸.

De esta forma, lo primero que debe mencionarse es que el cristianismo marcó, definitivamente, el paso de la familia agnaticia a la cognaticia, esto es, a la que está unida por los vínculos de sangre, exclusivamente²⁹⁹, si bien ya antiguamente se habían dado pasos, con el Derecho pretoriano, para este proceso³⁰⁰.

Igualmente, en materia de matrimonio, se exigirá la fidelidad conyugal y la indisolubilidad del mismo³⁰¹. Es necesario señalar, no obstante, que ya el antiguo Derecho romano ya contaba con cierta regulación sobre el adulterio; y que, como se estudió atrás, el matrimonio no era indisoluble³⁰².

²⁹⁵ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ. El Cristianismo... Op. Cit. p. 59-60.

²⁹⁶ KOVALIOV, Op. Cit., p.810. La decisión de Constantino ha dado lugar a que se piense que el carácter de su decisión fue más político que religioso. Así BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María. Constantino el Grande y la Iglesia. En: Jano 109 (1974), p. 83.

²⁹⁷ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, El Cristianismo... Op. Cit., p. 63 y ss. No obstante, hay autores que niegan que el alcance del Concilio haya sido para la totalidad del Imperio y que, en cambio, se limita a Constantinopla. Así MAR, Marcos. Ley y Religión en el Imperio Cristiano (s. IV y V). En: Illu (No. IX, 2004), p. 63.

²⁹⁸ VON MAYR. Robert. Historia del Derecho Romano. 2ª Edición. Tomo II. Editorial Labor S.A. Barcelona: 1930, p. 388.

²⁹⁹ GARCÉ GARCÍA Y SANTOS, Álvaro. El jus puniendi en el hogar romano: la humanización de las relaciones familiares. En: Revista de la Facultad de Derecho (No. 36, 2014), p. 72.

³⁰⁰ Parte de estos antecedentes han sido estudiados en el acápite dedicado a la mujer en el Derecho romano. No obstante, gran parte de esta cuestión se dio en relación con las sucesiones, para lo cual remitimos al estudio realizado por el profesor Yan Thomas: THOMAS, Op. Cit., pp. 146-165.

³⁰¹ CORREA BASCUÑÁN, Mario. Influencia del Cristianismo en la Evolución del Derecho Romano hacia el Derecho natural, en materia de relaciones de Familia. En: Revista Chilena de Derecho (Vol. 7, No. 1-6, 1980), p 508.

³⁰² En opinión de Mommsen, la mujer romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual antes del matrimonio y, tras este, solamente podría tenerlo con su marido, mientras que la exigencia al hombre refiere únicamente a no causar ofensa a la honestidad de las doncellas y a las esposas de otros hombres, lo cual se fue desarrollando a medida que fue pasando el tiempo (*Cfr.*

También, en materia civil, se dio el principio de la jurisdicción eclesiástica, al conceder a los obispos la posibilidad de conocer de algunos procesos, lo cual tendrá gran importancia durante la Edad Media³⁰³.

Finalmente, el Cristianismo muestra su influjo y reconocimiento legal con la gran obra de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, tal y como se muestra en el proemio a la Instituta, en el cual se hacen invocaciones a Jesucristo³⁰⁴.

Con el *Corpus Iuris Civilis*, se fijarán grandes cambios, gestados antaño, que representan la victoria del pensamiento cristiano sobre el romano antiguo: la desaparición de la diferenciación entre cosas mancipables (*mancipi*)³⁰⁵ y no mancipables (*nec mancipi*), así como también la distinción entre la propiedad civil y la propiedad natural, la usucapión y la prescripción³⁰⁶.

En relación con la familia, se afianzaron algunas cuestiones desarrolladas por Constantino, como el aumento de los derechos de los hijos de familia, se igualaron las hijas y los nietos a los hijos, a efectos de las condiciones para heredar; la emancipación dejó de romper el vínculo familiar y la familia civil se confundió con la natural (quedando legalmente instituida la familia cognaticia)³⁰⁷.

Fuera de lo anterior, se generarán algunos impedimentos para celebrar el matrimonio, que serán estudiados más adelante.

Con esto, se da paso a una nueva forma de familia, que definirá el devenir legal de la institución, junto con todas aquellas que de ella dependen, como el matrimonio, la adopción y el régimen de guardas: la denominada familia tradicional o consanguínea³⁰⁸.

MOMMSEN, Theodor. Derecho Penal Romano. La España Moderna. Madrid: 1898, p. 431 y ss.). Sobre la disolubilidad del matrimonio, véase el numeral 1.1.2.3.2 de este trabajo.

³⁰³ TROPLONG, Op. Cit., p. 73-74.

³⁰⁴ Cfr. ORTOLÁN, M. Instituciones de Justiniano. Editorial Facultad de Derecho. Bogotá: 2006, p. 23-26.

³⁰⁵ Esto es, aquellas cuya propiedad sólo puede ser transferida mediante el modo de la *mancipatio*, propia del derecho romano antiguo (VOLTERRA, Op. Cit., p. 298).

³⁰⁶ TROPLONG, Op. Cit., p. 88.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ Al respecto, Valencia Zea dirá que para la época de Justiniano, habiendo desaparecido el poder del *paterfamilias*, acentuándose el vínculo de consanguinidad y desapareciendo el agnaticio; habiendo desaparecido las religiones domésticas y habiéndose acentuado la idea de que el hijo, al casarse, forma una familia diferente a aquella de donde viene, se desarrolla la familia consanguínea, en la cual cuenta el parentesco paterno y el materno. De esta forma de familia, afirma, nace la familia actual (VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V: Derecho de Familia. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá: 1985, p. 8-9).

1.3 Conclusiones

En primer lugar, los autores se encuentran de acuerdo en relación con los aspectos básicos relacionados con la definición de la familia en el Derecho romano, con lo cual puede decirse que se refiere a un grupo de personas que están sometidas a la potestad del *paterfamilias*, mediante el vínculo de agnación.

A partir de dicho estudio, adicionalmente, se ha planteado una serie de teorías en relación con el origen y función de la familia romana, más allá de la evidente ascendencia indoeuropea.

La tesis más aceptada, dentro del estudio del Derecho romano, ha sido la expuesta por Bonfante, que entiende a la familia como un grupo político y religioso, nacido para el orden y la defensa, de naturaleza similar a la del Estado. Lo anterior, en razón a que ha permitido explicar la evolución histórica de las principales instituciones romanas.

Partiendo de lo anterior, es necesario señalar que la base de la familia romana se encuentra en el *paterfamilias*, quien, siendo jefe del hogar, cuenta con una serie de potestades, fruto de su poder absoluto sobre sus súbditos, denominado inicialmente *manus* y, posteriormente, llamado *potestas*.

Estos poderes adquieren su denominación dependiendo de aquellos sujetos que están bajo su poder. Así, la *patria potestas* recae sobre los hijos; la *manus* en estricto sentido o *potestas maritalis*, sobre la esposa; la *dominica potestas* sobre los esclavos; y el *mancipium*, sobre terceros, personas libres.

Derivado de estos poderes del *paterfamilias*, surge una serie de poderes que se ven en mayor o menor medida en cada una de estas ramificaciones del poder paterno. Tales son: el *ius vitaenecisque*, el *ius vendendi*, el *ius exponendi*, el *ius tollendi* y el *ius noxae dandi*, que refieren a las posibilidades existentes para el ejercicio de dichas potestades.

Estos aspectos, muestran la estructura inicial de la familia romana.

En segundo lugar, para Bonfante, la *manus* y el matrimonio constituyen los soportes de la familia romana, razón por la cual se hace necesario su estudio.

La doctrina ha discutido la relación entre estos dos institutos, desarrollando dos posturas básicas:

De un lado, la existencia de dos tipos de matrimonio en Roma, denominados *cum manu* y *sine manu*, dependiendo de la existencia de potestad marital sobre la mujer. Del otro, la existencia de un único matrimonio y, por consiguiente, la distinción entre matrimonio y potestad marital (*manus*).

No obstante lo anterior, se puede concluir, siguiendo a Cermeño, que estas posiciones no son excluyentes, sino complementarias, ya que refieren a realidades

histórico-jurídicas diferentes: de un lado, la doctrina tradicional explica el período más antiguo del Derecho romano, mientras que la segunda explica la situación existente a partir de las XII tablas³⁰⁹.

Sentada la postura sobre la relación entre estos institutos, es necesario señalar que los autores no se han puesto de acuerdo en la definición del matrimonio en el Derecho romano, a diferencia de lo que sucede con la familia, razón por la cual se hace necesario estudiar lo señalado por los autores romanos, que se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis*.

De esta forma, se tienen dos definiciones, de las cuales la que ha sido atribuida al jurista Modestino, que indica que el matrimonio es la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida y comunicación de derechos divinos y humanos; es la que más ha sido estudiada y considerada por la doctrina.

A partir de esta definición, la doctrina ha estudiado los distintos elementos allí contenidos, generando distintos debates que resultan importantes a la hora de estudiar la naturaleza jurídica del matrimonio.

La posición sentada en relación con estos, a efectos de este trabajo, consiste en que el matrimonio tiene un carácter disoluble, tiene como finalidad la procreación como finalidad y la concepción religiosa existente en la definición de Modestino no es producto del influjo del Cristianismo, sino que atiende al espíritu religioso que ya existía en la sociedad romana anterior a dicha religión.

En tercer lugar, la familia romana no es un ente estático, sino que va cambiando a través de la historia, lo cual ha sido estudiado a partir de los miembros de la familia (*paterfamilias*, *filiifamilias* y las mujeres), la legislación de Augusto y el Cristianismo.

En relación con lo primero, se ve que la autoridad del *paterfamilias* mengua con el pasar del tiempo, pues sus poderes, desde una época temprana, se van limitando, hasta casi desaparecer o, cuando menos, tener grandes impedimentos.

En contraste, los hijos y las mujeres ven su posición mejorada con el pasar del tiempo, toda vez que alcanzan libertades antes inimaginables que les permiten acceder a una serie de derechos que antes no les eran concedidos, como la posibilidad de contar con su propio patrimonio y poder participar en la vida pública de una forma más activa e independiente del *paterfamilias*.

Adicionalmente, se ve que, aun cuando existía legislación relacionada con el matrimonio y la familia, la reforma de Augusto representó un intento de volver a los principios de la primera época romana, en una tentativa por recuperar la tradición y, de esa forma, recuperar a una sociedad en decadencia, fomentando los casamientos y la procreación.

³⁰⁹ CERMEÑO, Op. Cit., p. 23-25. En el mismo sentido Biondi, al afirmar que en época antigua “*il matrimonio praticamente si identifica con la conventio in manum*” (BIONDI, Op. Cit., p. 557).

No obstante, no es posible conocer el efecto demográfico, lo cual no quiere decir que la legislación no haya tenido un efecto, pues, de hecho, contribuyó a la construcción de una ideología moral en la sociedad, al establecer los valores y preferencias sobre las cuales la administración había de actuar.

También, el Cristianismo representó un gran cambio, en general, en el Derecho y la sociedad romana, pero en particular respecto del matrimonio y de la Familia, pues a partir de su expansión y acogida por el Imperio se genera un nuevo modelo de familia, del cual evoluciona la familia moderna.

Finalmente, se presentará una serie de cambios en el matrimonio, los cuales perduran hasta hoy, como los impedimentos matrimoniales, que se mantienen en algunas legislaciones³¹⁰ y la posición de la mujer dentro de la sociedad y la familia.

³¹⁰ *Cfr.* Artículos 140 y siguientes del Código Civil Colombiano, así como también los artículo 22-3, 144 y siguientes del Código Civil Francés.

2. Naturaleza jurídica del Matrimonio: Perspectivas

2.1 Juridicidad de las relaciones de pareja

2.1.1 Requisitos del Matrimonio

La “proverbial indiferencia romana por las elaboraciones abstractas”³¹¹ permite explicar la razón por la cual los romanos no plantearon un estudio sistemático de los requisitos de validez del matrimonio, según el derecho civil de su ciudad³¹².

Sin embargo, no quiere decir esto que no exista dentro de la legislación romana, especialmente del *Corpus Iuris Civilis*, aspectos que permitan una aproximación a los elementos necesarios para contraerlo.

Es más, en la época clásica, puede afirmarse que los requisitos han sido dados por la costumbre y por la misma naturaleza de la unión³¹³.

Estos elementos, por demás, han sido estudiados por la doctrina romanista, con lo cual se ha podido dar una aproximación sistemática al aspecto jurídico de los elementos del matrimonio, que se recogen y explican a continuación:

2.1.1.1 Consentimiento matrimonial (*Affectio maritalis*)

Es la declaración de voluntad, la intención de ser marido y mujer, llamada también *affectio maritalis*³¹⁴, que emana del *paterfamilias* o quien tenga la potestad sobre el *alieni iuris* (el hijo, ya sea varón o mujer) o del *sui iuris*³¹⁵.

Esta voluntad, además, consiste en el acuerdo de los cónyuges en la realización del matrimonio, siendo libres de cualquier presión³¹⁶.

Por tal razón, se ha dicho que el elemento subjetivo del matrimonio se encuentra en esta *affectio maritalis*³¹⁷.

³¹¹ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 311.

³¹² TALAMANCA, Op. Cit., p. 138.

³¹³ BOINDI, Op. Cit., p. 562.

³¹⁴ VOCI, Op. Cit., p. 467. Al tenor del presente trabajo, se habla indistintamente de consentimiento y *affectio maritalis*, en el entendido de que refieren a un elemento del matrimonio. No obstante, es necesario dejar en claro que, si bien se asemejan, ambas expresiones tienen significados distintos, matizados. Así, el profesor Antonio Sánchez indica que la *affectio maritalis* refiere a la situación de confianza y amor sobre la que ha de sustentarse el matrimonio y los sentimientos mutuos de los cónyuges, sin la cual no puede existir el matrimonio (SILVA SÁNCHEZ, Antonio. El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío. *En: Pensamiento Jurídico*. No. 42 (2015), p. 191).

³¹⁵ ROBLEDA, Op. Cit., p. 155 y ss.

³¹⁶ PADILLA SAHAGÚN, Gumersindo. Derecho Romano. 4ª edición. Mc Graw-Hill. México D.F.: 2008, p. 64.

Se discute dentro de la doctrina si este consentimiento es continuado o si, por el contrario o sólo inicial.

Que el consentimiento sea inicial refiere a que la declaración de voluntad es dada en el primer momento, con lo cual dicho consentimiento adquiere un carácter contractual, pues a partir de la manifestación de la voluntad es que se origina el vínculo jurídico³¹⁸.

Cuando se hace referencia al consentimiento continuado, se indica, por oposición, que éste no se presenta en un único momento, sino que se debe manifestarse en todo momento, debe ser persistente³¹⁹.

En todo caso, ha sido esta distinción en relación con el momento en que se manifiesta el consentimiento la que ha dado lugar a este trabajo, pues, derivado de la postura que se tome se entenderá la naturaleza jurídica que tiene el matrimonio.

Por esta razón, la postura que se asume en relación con este punto será expuesta más adelante.

2.1.1.2 Conubium

Voz de origen etimológico incierto, puede tenerse como punto de partida la expresión *nubere* (*nubo, nopti, nuptum*), que significa casarse la mujer o unirse en matrimonio³²⁰, como origen probable. Proviene, por demás, del antiguo vocablo *connubium*, cuya raíz conserva en un primer término la doble “n”, que desaparece en épocas subsiguientes³²¹.

Se entiende como tal la capacidad específica de contraer matrimonio según el Derecho romano (*ius civile*)³²². Es, pues, un requisito positivo del mismo, cuando menos en época clásica³²³.

³¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 190.

³¹⁸ ROBLEDA, Op. Cit., p. 72.

³¹⁹ El origen de la distinción está en la teoría de Manenti y ha sido aceptada y adoptada por diversos romanistas, siendo, hoy en día la teoría más difundida. NÚÑEZ PAZ, Op. Cit., p. 56. SILVA SÁNCHEZ, Antonio. Notas sobre el Consentimiento como Requisito Matrimonial en el Derecho Español y Comparado desde su origen en el Derecho romano. En: Anuario de la Facultad de Derecho. Vol. XXII (2004), p. 209. Denuncia Robleda el hecho de que los autores se han limitado a repetir esta posición, sin detenerse en sus razones, pues se da por “evidente e incuestionable” (ROBLEDA, Op. Cit., p.111). No siendo objeto del presente trabajo mostrar en profundidad estas razones, remitimos al estudio realizado por el sacerdote jesuita (*Cfr.* ROBLEDA, Op. Cit., p. 113-130).

³²⁰ VOX, Op. Cit., p. 326.

³²¹ MUÑOZ CATALÁN, Las Uniones... Op. Cit., p. 192.

³²² TALAMANCA, Op. Cit., p. 138. GUZMÁN BRITO, Op. Cit. Tomo I, p. 338.

³²³ ROBLEDA, Op. Cit., p. 169. Señala el autor que en época postclásica, el significado cambia y menciona el hecho de que en las Instituciones de Justiniano, ya no aparece.

Dicha capacidad supone cierto *status* de ciudadanía³²⁴, de donde se infiere su existencia entre ciudadanos romanos³²⁵. Sin embargo, a partir de un texto de Ulpiano³²⁶, es claro que se presentan casos en los cuales existe, en consideración a concesiones otorgadas a los latinos y a los peregrinos³²⁷, así como también, en época imperial, por medio de autorización especial del Emperador³²⁸.

En relación con lo anterior, puede decirse que, en todo caso, el *conubium* fue suprimido tácitamente, en virtud del famoso Edicto de Caracalla³²⁹, del año 212 d.C., mediante el cual se extendió la ciudadanía romana a los habitantes del Imperio, quedando eliminadas del Derecho romano las categorías de latino y peregrino, y, en esta medida, suprimido el *conubium*, en relación con estos individuos, pero manteniéndose en el caso de los impedimentos señalados en las

³²⁴ TREGGIARI, Op. Cit., p. 43.

³²⁵ No obstante lo indicado, es necesario señalar que, hasta el año 445 a.C., los plebeyos no tenían el *ius conubii* y, por tanto, no podían casarse conforme con el Derecho civil romano, siendo cuestión exclusiva de los patricios. Fue la *Lex Canuleia* la que permitió el matrimonio entre las dos clases sociales (VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 173).

³²⁶ Ulp. 5, 3,5: «*Conubium est uxoris iure ducendae facultas. Conubium habent cives romani cum civibus romanis: cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est conubium*», que puede traducirse así: “El *conubium* es la capacidad de tomar esposa en matrimonio. Los ciudadanos romanos tienen *conubium* con ciudadanos romanos: en cambio, con los latinos, así como con los peregrinos, sólo cuando hay concesión. No hay *conubium* con los esclavos”.

³²⁷ Aun cuando latinos y peregrinos son, en esencia, extranjeros, la distinción existente en Derecho romano radica en el origen de unos y otros. Así, debe recordarse que Roma tiene su origen en las aldeas latinas que poblaron el Palatino y las otras colinas circundantes, que se fue ampliando en cuatro etapas sucesivas, hasta dar lugar a la ciudad del *septimontium* que se conoce históricamente (KOVALIOV, Op. Cit., p. 45-46) y que formará parte de la liga latina (MOMMSEN, Compendio... Op. Cit., p. 81). Derivado de este hecho, es clara la existencia de una lengua y religión y costumbres comunes, que explica la razón por la cual fue posible otorgar derechos, incluido el *conubium* a los habitantes de estas ciudades pues, como indica Mommsen, eran considerados de igual nacionalidad que los romanos (Ibídem, p. 83, 86). Por otro lado, eran conocidos como peregrinos, en general, a aquellos que tenían el derecho de vivir en Roma y podían acudir al *praetor peregrinus* (MARGADANT, Op. Cit., p. 132).

³²⁸ MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho Romano. Cuarta edición. Oxford University Press. México D.F.: 2000, p. 65.

³²⁹ Señala este edicto lo siguiente: “El emperador César Marco Aurelio Severo Antonino Augusto declara: [...] puedo manifestar mi agradecimiento a los dioses inmortales que me protegen [...] considero, pues, que puedo [...] servir a su grandeza [...] haciendo participar conmigo en el culto de los dioses a todos los que pertenecen a mi pueblo. Por ello concedo a todos los peregrinos (?) que están sobre la tierra la ciudadanía romana [salvaguardando los derechos de las ciudades] con la excepción de los dediticios. Pues es legítimo que el mayor número no sólo esté sometido a todas las cargas, sino que también esté asociado a mi victoria. Este edicto será [...] la dignidad del pueblo romano”. Traducción de sus Textos, II: Roma. Madrid: 1999. Citado por ANDRADES RIVAS, Eduardo. La ciudadanía Romana Bajo los Severos. EN: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano] (XXXI, 2009), p. 105. Adicionalmente, el texto recuperado que se cita tiene concordancia con lo afirmado por Fustel, a saber, “el extranjero es el que no tiene acceso al culto, al que los dioses de la ciudad no protegen...” (Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 279 y ss).

leyes julias, que ya han sido estudiadas y sobre las que se volverá, en todo caso, más adelante³³⁰.

No obstante, algunos autores indican que el concepto de *conubium* se transformó en época postclásica, para significar, ya no lo indicado arriba, sino que pasó a ser sinónimo del mismo matrimonio, equivaliendo a la formación negativa de prohibiciones o impedimentos para contraer *iustae nuptiae*³³¹.

2.1.1.3 Convivencia

La cohabitación o convivencia de los cónyuges ha sido entendida como el elemento objetivo del matrimonio romano³³², en contraposición al consentimiento que, como se vio, es el elemento subjetivo.

A partir de las fuentes y, especialmente, de las definiciones de matrimonio que trae el *Corpus Iuris Civilis*, se ha entendido que es un requisito de la institución matrimonial.

No obstante, la doctrina ha debatido si efectivamente se requiere la existencia de convivencia entre cónyuges para la existencia del matrimonio. De aquí han surgido básicamente dos posiciones, a saber, si es necesaria su existencia o si no lo es, como se expone a continuación:

Una primera postura indica que la convivencia forma parte esencial del matrimonio y, además, debe ser materialmente efectiva, esto es, exige que efectivamente marido y mujer compartan un espacio determinado³³³.

Una segunda postura, señala que la convivencia es esencial a la institución matrimonial, pero que su carácter no es material, sino simplemente ético, esto es, que lo importante es el acto de entrada de la mujer en la casa del marido (*deductio in domum mariti*), pero no la cohabitación efectiva de los cónyuges³³⁴.

³³⁰ Cfr. Numerales 1.2.4 y 2.1.2.5.

³³¹ Así lo entiende Elisa Muñoz a partir de textos justinianos, lo cual, justifica su aparición en el *Corpus Iuris Civilis* (MUÑOZ CATALÁN, Las Uniones... Op. Cit., p. 204-210). Robleda realiza de forma concreta la explicación de este cambio y analiza los textos, tanto de época clásica como postclásica, razón por la cual remitimos a su estudio (Cfr. Robleda, Op. Cit., p. 169-178).

³³² *Ibidem*, p. 156.

³³³ Esta postura se sostuvo con base en la denominada teoría posesoria, que identifica al matrimonio con la posesión. No obstante, las fuentes no señalan la terminación del matrimonio, ni como causa de divorcio, el incumplimiento de dicho requisito (*Ibidem*, p. 158, 160).

³³⁴ Así lo sostiene, entre otros, Bonfante, a partir de la consideración de ciertos ciudadanos romanos, como los que ocupaban cargos consulares y solían permanecer largos periodos de tiempo ausentes de su hogar (BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 182); e Iglesias, quien parte de la base de que es posible la celebración del matrimonio en ausencia del marido, siempre y cuando la mujer entre en su casa (IGLESIAS, Op. Cit., p. 547-548).

La tercera postura señala que la cohabitación no es, en absoluto, necesaria para la celebración y existencia del matrimonio, con lo cual no hay razón a que sea considerada como requisito del matrimonio, pues el simple consentimiento basta³³⁵.

2.1.1.4 Monogamia

El derecho romano no contempló la posibilidad de coexistencia de dos matrimonios simultáneos de una misma persona, antes bien, en el evento de un nuevo matrimonio, el anterior queda disuelto, toda vez que no existe el consentimiento, requisito necesario para la existencia del mismo³³⁶.

Las fuentes señalan esta condición de una forma expresa, pues el jurista Gayo se expresa de la siguiente forma: “*quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere*”³³⁷.

Cabe añadir, en todo caso, que la bigamia fue fuertemente castigada, pues, como señala Bonfante, el bigamo era contado entre los infames y, en virtud de la Ley, su condena era la del adúltero o la del que comete estupro. Esta situación se mantuvo hasta el Derecho cristiano, que no toleró la poligamia³³⁸.

2.1.1.5 Capacidad natural

Con esta expresión, se hace referencia a la madurez sexual, que presupone haber alcanzado la pubertad, entendida como aquella fase de la adolescencia en que se manifiesta la aptitud para la reproducción³³⁹.

La forma de entender esta capacidad ha dado lugar a posturas en relación con la forma de probar el cumplimiento de ese requisito. Así, es necesario realizar una serie de distinciones, en orden a dilucidar éstas.

En primer lugar, del estudio de las fuentes parece deducirse que la pubertad de las mujeres fue señalada, desde antaño, a los doce años³⁴⁰.

³³⁵ Esta postura ha sido defendida por Olís Robleda, quien parte de las ideas de Volterra y Orestano, al manifestar que los textos romanos sientan el principio de que el matrimonio sólo se funda en el consentimiento (ROBLEDA, Op. Cit., p. 82-110).

³³⁶ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 338.

³³⁷ “Una misma mujer no puede estar casada al mismo tiempo con dos, como tampoco un mismo hombre puede tener dos mujeres” Gai, I, 63. Traducción en GAYO, Instituciones. Editorial Civitas S.A., Madrid: 1990, p. 53.

³³⁸ BONFANTE, Corso... Op. Cit., p. 268.

³³⁹ MIQUEL, Derecho Privado... Op. Cit., p. 355. PADILLA SAHAGÚN, Op. Cit., p. 64.

En segundo lugar, existe discusión desde antiguo en relación con los hombres. Así, se destaca, en la histórica rivalidad de sabinianos y proculeyanos³⁴¹, una dualidad en la manera de comprobar la llegada a la pubertad:

De un lado, los sabinianos afirmaban que debía ser establecida mediante el examen físico (*inspectio corporum*). Del otro, los proculeyanos consideraron que podía entenderse que los hombres se encontraban en edad púber a partir de los catorce años, edad a partir de la cual debía ser liberado de la tutela y, además, debía entenderse la capacidad para procrear (*capacitas generandi*)³⁴².

En época de Justiniano, triunfa la postura proculeyana, por medio de su consagración en el *Codex*, dirimiendo la centenaria disputa en relación con este asunto³⁴³.

Queda, no obstante, una cuestión que ha de abordarse en este punto: la posibilidad o imposibilidad de llevar a cabo el matrimonio en el caso de impotencia por parte de alguno de los contrayentes.

A este respecto, es necesario señalar que si el hombre sufre de esta condición, sea por haber sido castrado (*castrati*), o si es estéril por razones naturales (*spadones*), no puede, en principio, contraer matrimonio, pues no se da el fin de la institución que se anotó atrás: la reproducción.

³⁴⁰ ROBLEDA, Op. Cit., p. 146. No obstante, Treggiari indica que en época romana, como en tiempos más cercanos, la teoría médica, guiada por la presión social, aconsejaba que el matrimonio se celebrara tan pronto como se produjera la menarquia, esto es, la primera menstruación, para garantizar la preservación de la virginidad hasta la unión matrimonial, de donde deriva el hecho de que no fuese a los doce años, sino poco después, debido a que en época romana ésta se presentaba, regularmente, poco después de los trece años (TREGGIARI, OP. Cit., p. 40). Destacan en las fuentes romanas las siguientes: D. 21, 1, 65; D. 23, 3, 68; D., 48, 5, 14, 8 y D. 24, 1, 65, en los cuales se estudian algunas situaciones relacionadas con la menor de doce años, destacando el hecho de que, aunque mantenga convivencia con hombre distinto de su padre y sus familiares, el matrimonio se entenderá existente a partir del momento en que cumpla esta edad. Las fuentes realizan el estudio a partir de casos concretos, como el momento en que se puede exigir la dote.

³⁴¹ Escuelas de juristas del período Clásico del Derecho romano. La escuela proculeyana fue fundada por el jurista Labeón, pero toma su nombre de un discípulo suyo, Próculo; la escuela sabiniana, por su parte, tuvo a Capitón, rival de Labeón, como fundador, si bien toma su nombre del jurista Sabino (MARGADANT, Op. Cit., p. 62. Resulta sumamente útil el esquema que presenta el profesor mexicano en la p. 63).

³⁴² TREGGIARI, Op. Cit., p. 42.

³⁴³ C. 5, 4, 24: “El Emperador Justiniano, Augusto al Senado.- Mandamos, que si alguno hubiere hecho mención de nupcias en un pacto cualquiera, que se formula para dar, o para hacer, o para no dar, o para no hacer, y ó hubiere expresado el tiempo de las nupcias, o hubiere nombrado las nupcias, entiéndase que no de otro modo se ha de cumplir o de extinguir la condición, sino si se verificara la misma festividad de las nupcias, y que no se ha de atender al tiempo en que hubiere llegado a la edad de las nupcias para las mujeres después del duodécimo año, o para los varones después del décimo cuarto año cumplido, sino al tiempo desde el cual se hubieren cumplido realmente las aspiraciones de las nupcias. Porque así se dirimirá también la contienda del antiguo derecho y al fin se reducirán a moderada proporción los innumerables volúmenes de libros” (subrayas fuera de texto) (Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Jaime Molinas Editor. Barcelona: 1889. Tomo IV, p. 566.).

No obstante, en relación con los naturalmente impotentes, el matrimonio que contraigan es válido, puesto que su imposibilidad de procrear puede ser sustituida por medio de la adopción, que sí le es permitida a los *spadones*, o por la sustitución del marido por un familiar, para el coito³⁴⁴.

En cuanto a los *castrati*, la situación es más difícil, puesto que, a diferencia de los *spadones*, existe certeza de su incapacidad para procrear, lo cual no sucede con los últimos. Así, hay certeza de que en época de Justiniano, aquéllos (los *castrati*) no podían contraer matrimonio³⁴⁵.

2.1.2 Impedimentos

La palabra impedimento, en su etimología (*impedimentum*, -i), traduce estorbo³⁴⁶, limitación o prohibición para realizar algo, lo cual, aplicado al campo del Derecho, alude a la limitación para realizar un determinado acto que tenga consecuencias jurídicas³⁴⁷.

Para el caso del matrimonio, estos impedimentos refieren a circunstancias determinadas por diferentes factores, como los físicos, legales o espirituales, que hacen imposibles las *iustae nuptiae* entre dos personas³⁴⁸.

Considerando esto, se hace necesario recordar que, en época postclásica, especialmente, el *conubium* pasó de ser un requisito positivo para la celebración del matrimonio, a significar la ausencia de impedimentos para realizarlo³⁴⁹.

No obstante, es necesario indicar, igualmente, que no significa esto que no existieran prohibiciones en época anterior, antes bien, la mayoría de los impedimentos provienen tanto del Derecho romano clásico como, inclusive, del preclásico³⁵⁰.

³⁴⁴ FUSTEL DE COULANGES, Op. Cit., p. 67. BLANCH NOUGUÉS, Op. Cit., p. 11. Opina Olís Robleda que, si bien el matrimonio es válido para los estériles e impotentes, en el caso de estos últimos, existía una justa causa para el divorcio en razón a su incapacidad para llevar a cabo el acto sexual (ROBLEDA, Op. Cit., p. 151, nota 14).

³⁴⁵ D. 23, 3, 39, 1, al señalar que el eunuco no tiene acción de dote, de donde deriva que no puede contraer matrimonio, pues uno y otro se encuentran íntimamente ligados, pues, como indica Bonfante, “la dote es una causa general de adquisición, que a su vez, necesariamente presupone el matrimonio” (BONFANTE, Op. Cit., p. 202. Sobre la dote, en general, Cfr. SOHM, Op. Cit., p. 288-293; BONFANTE, Op. Cit., p. 202-2012).

³⁴⁶ VOX, Op. Cit., p. 234.

³⁴⁷ MUÑOZ CATALÁN, Elisa. Controversias jurídicas en torno a los impedimentos romanos y la intersexualidad. En: RJUAM (No. 29, 2014), p. 195. Iglesias afirma que esta palabra no tiene origen en el Derecho romano, sino en el canónico (IGLESIAS, Op. Cit., p. 552, nota 32).

³⁴⁸ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 185. MUÑOZ CATALÁN, Controversias... Op. Cit., p. 195.

³⁴⁹ Numeral 2.1.1.2.

³⁵⁰ ROBLEDA, Op. Cit., p. 179.

Sin embargo, puede afirmarse que es a partir de este momento que empiezan a tener una consideración jurídica importante, en virtud de la transformación del concepto de *conubium*.

Dicho lo anterior, a continuación se estudian los impedimentos más relevantes para la celebración del matrimonio romano³⁵¹:

2.1.2.1 Ligamen

El denominado impedimento de ligamen hace referencia a la existencia de un matrimonio previo por parte de alguno de los contrayentes³⁵².

Es claro, gracias a los textos que han llegado a nosotros, que este impedimento existía en época postclásica³⁵³. No así en tiempo anterior.

De aquí se deriva solución a esta inquietud, que radica en el hecho de que el matrimonio romano siempre tuvo carácter monogámico³⁵⁴, de donde resulta que, en principio, no podría llevarse a cabo un nuevo matrimonio, si no se disolvía el anterior.

Al respecto, si se toma como postura el consentimiento continuo, del que ya se ha hablado³⁵⁵, podría afirmarse la disolución del vínculo anterior, sobre la base de que la inexistencia de *affectio maritalis* conlleva a un divorcio tácito, con lo cual, si bien existe el impedimento, lo cierto es que puede sortearse de una forma sencilla³⁵⁶.

2.1.2.2 Exogamia

Refiere este impedimento a que los contrayentes deben provenir de familias distintas, ya sea desde el punto de vista de la agnación (*agnatio*)³⁵⁷, como de la cognación (*cognatio*) o consanguinidad y de la afinidad (*ad finitas*)³⁵⁸.

³⁵¹ Es necesario hacer la aclaración de que algunos autores han establecido una clasificación de los impedimentos, partiendo de la base canónica que los separa en absolutos y relativos (MUÑOZ CATALÁN, *Controversias...* Op. Cit., p.203). Sin embargo, no siendo esta clasificación objeto de estudio para los romanos, así como teniendo su origen en distintas causas (costumbre, religión, ley, etc.), se considera preferible tomar distancia de la clasificación y simplemente presentar los impedimentos.

³⁵² *Ibidem*. IGLESIAS, Op. Cit., p. 553.

³⁵³ C. 1, 9, 7., I. 1, 10, 6 y C. 5, 5, 2, entre otros textos relacionados con el período postclásico.

³⁵⁴ Numeral 2.1.1.4.

³⁵⁵ Numeral 2.1.1.1.

³⁵⁶ Sin embargo, Volterra afirma que este impedimento sólo se presenta en el período postclásico (VOLTERRA, Op. Cit., p. 650).

³⁵⁷ *Cfr.* Nota 12.

El origen de esta prohibición no se encuentra en la Ley, esto es, la norma escrita, sino en la costumbre³⁵⁹ y, dependiendo del parentesco de que se trate, se desarrolló en forma distinta.

De esta forma, en relación con la consanguinidad y la agnación, se prohibió el matrimonio en línea recta³⁶⁰, hasta el infinito, así como en línea colateral, es decir, entre hermanos y hermanas, tíos y sobrinos, si bien estas últimas, con el tiempo, fueron permitidas y acabaron por desaparecer³⁶¹. Razón de esto, el hecho de que biológicamente, estas uniones van en contra de la naturaleza³⁶².

En el caso de la afinidad, en cambio, la razón de ser del impedimento no se encuentra en la naturaleza, sino en la moral, siendo éste un comportamiento reprochable; en efecto, en un principio, no está prohibido por la Ley; pero lo estará en época de Augusto³⁶³.

La prohibición, por su parte era idéntica si se presentaba en línea recta, pero no era así en el caso de la línea colateral, donde solamente alcanzaba el impedimento hasta el segundo grado, esto es, entre cuñados, inclusive después de la disolución del matrimonio, sin importar su causa³⁶⁴.

En el caso de la adopción (*adoptiva cognatio*), también se presenta el impedimento, pues el adoptado es un agnado más. Sin embargo, si el vínculo se ha disuelto por emancipación, el impedimento cesa³⁶⁵.

³⁵⁸ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 172. No sobra recordar que la cognación refiere al parentesco natural, basado en la relación derivada de la procreación, sin importar la existencia de matrimonio, de modo que se da entre personas que provienen genéticamente una de otra, o de un tronco común, de manera tal que se da por vía masculina y femenina, y no se extingue (GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 293-294). La afinidad, por su parte, no es propiamente un parentesco y refiere a los cognados del marido y la mujer que están casados, su nombre indica que la cognación de una persona se aproxima “al fin” de la otra (D. 38, 10, 4, 3). Los afines son: los suegros, el yerno, la nuera, los padrastros y los hijastros (D. 38, 10, 4, 4).

³⁵⁹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 181.

³⁶⁰ Es decir, entre ascendientes y descendientes (GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 294). Una ilustración bastante ilustrativa sobre los grados, es presentada por el jurista Paulo, en D. 38, 10, 9-10.

³⁶¹ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 185. MORINEAU IDUARTE E IGLESIAS GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 65. Muestra de esto es la admisión del matrimonio entre el Emperador Claudio y su sobrina Agripina, permitido por medio de un senadoconsulto del año 49 d.C. que, por demás, hizo extensiva dicha autorización a todos los habitantes del Imperio (TÁCITO, Op. Cit., p. 273-274 y SUTTONIO, Op. Cit., p. 320). Afirma Bonfante que, antaño, el impedimento se extendía hasta el séptimo grado de consanguinidad en línea colateral, a partir de un fragmento de Tito Livio, que se redujo, durante la segunda guerra púnica, al cuarto grado y descendiendo, finalmente, al tercero, esto es, sobrinos y tíos (BONFANTE, Corso... Op. Cit., p. 274).

³⁶² MORINEAU IDUARTE E IGLESIAS GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 65.

³⁶³ ROBLEDA, Op. Cit., p. 189. Así, destaca el sacerdote jesuita, en época de Cicerón no se encuentra prohibido, aunque no esté bien visto.

³⁶⁴ MORINEAU IDUARTE E IGLESIAS GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 65. BONFANTE, Op. Cit., p. 185. Indica el profesor italiano que esta prohibición se presenta a partir del Derecho Cristiano.

³⁶⁵ IGLESIAS, Op. Cit., p. 553. Bonfante anota que la regulación de este tipo de parentesco es irregular, pues se mantiene aún después de la emancipación, si se trata de ascendientes, pero no es

2.1.2.3 Legislación de Augusto

Tal y como se ha mencionado dentro de este escrito, la legislación de Augusto se compone de un cuerpo de leyes encaminadas a devolver el antiguo esplendor romano a una sociedad en decadencia³⁶⁶.

Estas leyes introdujeron una serie de prohibiciones para la celebración del matrimonio, que pueden dividirse en dos categorías en las que se muestra la tendencia romana a unir categorías sociales (libertos) y morales (prostitutas)³⁶⁷.

De esta forma, es necesario indicar que la primera categoría de prohibiciones refiere a la imposibilidad de llevar a cabo las *iustae nuptiae* entre los miembros de la clase senatorial, sus hijos y descendientes hasta el tercer grado, y los libertos, actores de teatro, sus hijos y prostitutas³⁶⁸. A estos se sumarían, con posterioridad, personas condenadas a pena infamante, es decir, condenados por el Senado³⁶⁹.

La segunda categoría de prohibiciones, refiere, ya no al orden senatorial, sino al común de los ciudadanos del naciente Imperio. A este respecto, está proscrito el matrimonio entre ingenuos y las personas que practican el lenocinio o sus libertos, las mujeres de teatro y las condenadas por adulterio³⁷⁰.

2.1.2.4 *Contra mandata*

Con este nombre, que indica que se actúa contra lo mandado³⁷¹, se conocen aquellos impedimentos que refieren a los magistrados o a otros funcionarios que ejercen su oficio en las provincias³⁷².

así con los hermanos, donde el impedimento desaparece después de ésta (BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 185-186, nota 1).

³⁶⁶ Cfr. Numeral 1.2.4.

³⁶⁷ MCGUINN, Op. Cit., p. 72.

³⁶⁸ ROBLEDA, Op. Cit., p. 192.

³⁶⁹ MCGUINN, Op. Cit., p. 72.

³⁷⁰ ROBLEDA, Op. Cit., p. 192-193. En opinión de Volterra, esta prohibición está limitada teóricamente a la adúltera y su cómplice en época de Justiniano, si bien, en razón a la dureza de las penas establecidas contra la mujer culpable, ésta sólo puede ser tomada en matrimonio, nuevamente, por el propio marido (VOLTERRA, Op. Cit., p. 650). Es claro, en todo caso, el hecho de que la mujer se veía en situación dispar con el hombre, pues las fuentes no indican que fuese castigado por este hecho. Sin embargo, para Rouselle, los hombres podían ser fustigados hasta la muerte e, inclusive, ser castrados (ROUSSELLE, Aline. La Política de los Cuerpos: Entre Procreación y Continencia en Roma. EN: DUBY, Georges y PERROT, Michele. Historia de las Mujeres en Occidente. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones S.A. 2000, v. 1 p. 364).

³⁷¹ D. 23, 2, 65, 1.

³⁷² ROBLEDA, Op. Cit., p. 201. Dentro de este concepto se incluye a los soldados, sobre quienes existe una discusión en relación con la posibilidad de que contrajeran matrimonio mientras se encontraban en servicio. Al respecto, Volterra señala que hay inseguridad en las fuentes literarias, epigráficas y papirológicas y que lo más probable haya sido que la limitación fuera para residir en

Así, los funcionarios no pueden contraer matrimonio con mujer oriunda o residente en la provincia en la que ejerce su cargo, salvo en el caso de que hayan hecho esponsales antes de iniciar en el ejercicio del cargo³⁷³. También se exceptúa el caso de los militares que combaten su tierra de origen³⁷⁴.

Adicionalmente, es necesario indicar que el impedimento se extiende a los hijos del funcionario, aunque no a sus hijas³⁷⁵.

Finalmente, es necesario señalar que, a pesar de la prohibición, el matrimonio celebrado entre un funcionario y una mujer oriunda o habitante de la provincia a su cargo es posible, pero sólo *post depositum officium*, esto es, después de haber entregado el cargo³⁷⁶.

2.1.2.5 Tutela

Con el fin de entender la función de este impedimento, es necesario recordar que la tutela es la potestad que se ejerce sobre una persona libre para proteger a aquel que, por su edad, no puede defenderse por sí mismo³⁷⁷.

Derivado de esta relación, y considerando que la etimología de la palabra indica protección, se da el nombre de tutor a quien ejerce la potestad y de pupilo (diminutivo de niño, que en latín se escribe *pupus*, -i) a quien está sometido a ella³⁷⁸.

En virtud de este poder, que, además, se extendía a las mujeres sin importar su edad, surge una prohibición, por medio de un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Cómodo, que deriva de la posición de poder en que se encuentra el tutor sobre el pupilo. De esta forma, no es permitido el matrimonio entre ellos³⁷⁹.

los campamentos con sus compañeras, unidas en matrimonio o no, así como también para hacerse acompañar por ellas en las expediciones (VOLTERRA, Op. Cit., p. 650-651).

³⁷³ IGLESIAS, Op. Cit., p. 554. Sin embargo, Volterra considera que la expresión es interpolada y, en tal sentido, su origen sería postclásico o justiniano (ROBLEDA, Op. Cit., p. 202).

³⁷⁴ D. 23, 2, 65.

³⁷⁵ ROBLEDA, Op. Cit., p. 201-202. D. 26, 2, 38, 1.

³⁷⁶ BIONDI, Op. Cit., p. 565. D. 26, 2, 65, 1, que indica lo siguiente: “El mismo respondió en el propio libro: me parece *bien*, que, aunque contra lo mandado se haya contraído el matrimonio en la provincia, se hagan, sin embargo, legítimas las nupcias después de resignado el cargo, si persevera en la misma voluntad, y que por lo tanto, los hijos nacidos después, de legítimo matrimonio, sean legítimos.” GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo II. Jaime Molinas Editor. Barcelona: 1889.

³⁷⁷ D. 26, 1, 1

³⁷⁸ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 371.

³⁷⁹ IGLESIAS, Op. Cit., p. 554. La reconstrucción, en todo caso, se ha hecho a partir de textos justinianos, como lo indica Robleda (ROBLEDA, Op. Cit., p. 204).

La prohibición, por demás, se extiende a los descendientes del tutor, incluso adoptivos, siempre que se hallen bajo su potestad; el padre del tutor y los herederos, aún extraños de aquél³⁸⁰.

Consecuencia de infringir dicha prohibición era la pena de infamia³⁸¹. En todo caso, se presentaban algunas excepciones a este impedimento, dentro de las cuales cabe destacar el hecho de que el padre de la pupila la hubiese prometido en matrimonio al tutor³⁸².

Finalmente, es necesario indicar que el impedimento cesaba cuando se rendían cuentas de la misma, hasta el término de ésta y, en todo caso, hasta los veinticinco años de edad de la pupila³⁸³.

2.1.2.6 Luto

La muerte del marido generaba una ilicitud del matrimonio, si bien la doctrina ha admitido que no por ello el matrimonio era considerado inválido³⁸⁴.

En época clásica del Derecho romano, el luto se extendía por diez meses, en los cuales no era posible que la mujer contrajera nuevas nupcias³⁸⁵. Con la llegada de los emperadores cristianos, el término se eleva a un año³⁸⁶.

Como castigo al hombre que desobedezca la prohibición, en el Derecho clásico, tomando en matrimonio a la viuda, se da la pena de infamia. En el período justiniano, esta pena se extiende a la viuda³⁸⁷.

Fuera de lo anterior, se consagraron, también, una serie de sanciones de carácter patrimonial en época de Graciano, Valentiniano y Teodosio (hacia el año 380 d.C.). Estas consistían en que prohibir dar a su marido más de la tercera parte de sus bienes en dote, impedir que le dejase por vía testamentaria más de una tercera

³⁸⁰ ROBLEDA, Op. Cit., p. 204.

³⁸¹ BONFANTE, Corso... Op. Cit., p. 279.

³⁸² ROBLEDA, Op. Cit., p. 205. Bonfante considera interpolados los fragmentos que señalan esta posibilidad.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 205.

³⁸⁵ IGLESIAS, Op. Cit., p. 554. Razón de este período de tiempo, parece ser, evitar dudas con respecto a la paternidad del concebido en el primer matrimonio (*turbatio sanguinis*) y cesa antes de este término, si el hijo nace. Bonfante señala, a su vez, que la razón inicial del luto era de índole religiosa y, en caso de que la viuda lo infringía, había de expiar su culpa con un sacrificio (BONFANTE, Corso... Op. Cit., p. 268).

³⁸⁶ BONFANTE, Corso..., Op. Cit., p. 268. Para Robleda, el aumento en el término se da a partir del año 382 d.C. (ROBLEDA, Op. Cit., p. 207).

³⁸⁷ BONFANTE, Corso... Op. Cit., p. 268.

parte de éstos, privaba a la mujer de toda herencia, legado y fideicomiso dejados por última voluntad y de las donaciones por causa de muerte³⁸⁸.

2.1.2.7 Rapto

El rapto puede definirse como la sustracción de una mujer de su hogar para vivir con ella, sin el consentimiento de su padre y para llevar a cabo fines libidinosos, independientemente de que a dicha sustracción siguiera el matrimonio³⁸⁹.

En un principio, no era considerado como un impedimento matrimonial, si bien tenía como pena la muerte para el raptor, salvo en el caso de que se casara con la raptada, con su consentimiento, el del padre de ella y el del suyo propio³⁹⁰.

Se configura como prohibición en el período postclásico y se cree que fue en el año 320 d.C., con una Constitución del emperador Constantino. Con Justiniano, la invalidez del matrimonio entre raptor y raptada se consagra como eterna³⁹¹.

2.1.2.8 Colonato

Colonus es una palabra de aparición tardía y con muchos sentidos dentro de la historia romana, si bien, con el tiempo, se fue ciñendo a su origen: el cultivo de la tierra³⁹².

³⁸⁸ C. 9, 1, 1-2. Estas penas se extendían, también, a la mujer que daba a luz dentro de período de luto, en caso de que resultara indudable que los hijos nacidos en este tiempo no fueran del difunto y, de igual manera, la que habiendo aceptado la tutela de sus hijos, se casara por segunda vez, en contra de su juramento, sin pedir antes de las nupcias tutor para ellos, sin rendir cuentas y sin pagar lo que adeude.

³⁸⁹ VALENCIA ZEA, Tomo IV Op. Cit., p. 454. ROBLEDA, Op. Cit., p. 209.

³⁹⁰ ROBLEDA, Op. Cit., p. 209. Resultaría contradictorio, en todo caso, que antaño hubiese sido considerado como impedimento, pues ya la leyenda señala que los romanos raptaron a las sabinas, para poder continuar con su legado, ante la negativa de los pueblos vecinos a dejar que sus mujeres contrajeran matrimonio con los nacientes romanos (Cfr. TITO LIVIO. Historia de Roma desde su Fundación. Libros I-III. Primera edición. Editorial Gredos. Madrid: 1990, p. 180-188). Así, el filósofo Fernando González recuerda que “La grandeza de Roma se explica porque ese puñado de Rómulos eran hombres desesperados que tuvieron que robar sus mujeres y sus tierras. Fue el mejor, entre ellos, quien cargó y corrió más briosamente con su joven sabina; quien mejores músculos y atrevimiento tuvo para la lucha” (GONZÁLEZ, Fernando. Viaje a Pie. Editorial «Le Livre Libre». París: 1929, p. 17).

³⁹¹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 211.

³⁹²FATÁS CABEZA, Guillermo y MARCO, F. Consideraciones sobre el colonato. En: Memorias de Historia Antigua (No. 2, 1978), p. 182. Realiza el autor un estudio de los distintos significados que aparecen en las fuentes literarias, jurídicas y agrarias sobre el término en distintos momentos de la historia, a partir de fines de la república y hasta la primera época del Imperio, esto es, la Dinastía Julio-claudia.

Se denomina colono a aquella persona que, a pesar de tener personalidad jurídica, esto es, tener capacidad patrimonial, matrimonial y procesal, se hallan adscritos, junto con sus familiares, a la tierra³⁹³, aunque cambiara de propietario³⁹⁴.

A partir de una *novella* de Justiniano, del año 536 d.C., se introduce la prohibición de contraer matrimonio entre una mujer libre y un colono. No sucede así en el caso de un hombre libre y una colona³⁹⁵.

2.1.2.9 Impedimentos que surgen con el Cristianismo: Disparidad de religión, cognación espiritual, orden sagrada y voto de castidad

En virtud de la adopción del Cristianismo como religión oficial del Imperio, surgen algunos impedimentos para la celebración del matrimonio, que resultan sumamente específicos y, de hecho, son novedosos en comparación con los indicados anteriormente.

Es primer lugar, se presenta el impedimento de disparidad de religión, consistente en la imposibilidad de celebrar el matrimonio entre cristianos y hebreos³⁹⁶.

Nace por medio de una Constitución del emperador Constancio y, para ese momento, se daba entre un judío y una cristiana, no viceversa. Con posterioridad, en el Imperio de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (en el año 388 d.C.), se amplía la prohibición al matrimonio entre judía y cristiano³⁹⁷.

Igualmente, se extendería después el impedimento a los herejes y tendría como consecuencia la consideración de adúltero para quien no la acatara. La pena a que se sometían los que la desconocieran era la muerte, hasta la época de Justiniano, quien, en el año 556 d.C., sustituye la pena capital de la mujer por la reclusión en un convento³⁹⁸.

³⁹³ IGLESIAS, Op. Cit., p. 134.

³⁹⁴ VOLTERRA, Op. Cit., p. 114. Indica el romanista que la condición para permanecer en el terreno era la de cultivarlo y, en algunos casos, además, estaban obligados a pagar un canon y realizar trabajos agrícolas en otros campos. En un primer momento, los colonos podían abandonar la tierra, pues se trataba de un vínculo contractual; sin embargo, a partir del siglo IV, se les prohibió abandonar la tierra en la que habían nacido, al parecer por cuestiones fiscales, so pena de esclavitud. También eran conocidos como *servii glebae*, de donde proviene la institución que se hizo famosa en la Edad Media (MARGADANT, Op. Cit., p. 124-125).

³⁹⁵ ROBLEDA, Op. Cit., p. 212.

³⁹⁶ BIONDI, Op. Cit., p. 565.

³⁹⁷ ROBLEDA, Op. Cit., p. 212.

³⁹⁸ VOLTERA, Op. Cit., p. 651; ROBLEDA, Op. Cit., p. 213. Nov. 134, c. 10, 1.

En segundo lugar, Justiniano, atendiendo al texto del Concilio de Nicea, prohibió el matrimonio entre el padrino y la ahijada, sobre la base de que existe un vínculo sagrado, el bautismo, que hace presumir el afecto paternal³⁹⁹.

Finalmente, en relación con el orden sagrado y el voto de castidad, esto es, con la participación dentro del clero, Justiniano, haciendo de los cánones de la Iglesia ley civil, los consagra, teniendo como consecuencia la expulsión del clero y la imposibilidad de acceder a otro oficio, como la milicia⁴⁰⁰.

2.1.3 Efectos

De la celebración del matrimonio derivará una serie de derechos y deberes entre los cónyuges, pues éste es fuente de aquéllos⁴⁰¹. Estos efectos pueden ser sociales, jurídicos y patrimoniales⁴⁰², como se verá a medida que se realice el estudio de cada uno de ellos:

2.1.3.1 Legitimidad de los hijos

La expresión *legitimatio* no tiene un origen romano, sino medieval, si bien ya en un texto del Jurista Marciano, en el período clásico del Derecho romano, había sido utilizada la voz *legitime concepti* (concebido legítimamente), para referir a aquellos que fueron concebidos como fruto de un matrimonio justo (*iustae nuptiae*)⁴⁰³, en contraposición con los denominados espurios (*spurii, vulgo concepti*), esto es, de los nacidos de relaciones esporádicas o no legítimas⁴⁰⁴.

Esta situación implica para el hijo seguir la condición del padre, esto es, obtener el *status civitatis*, si era romano, o formar parte de los peregrinos, si su padre lo era⁴⁰⁵.

De igual forma, para el padre la legitimidad de su hijo le concedía la *patria potestas* sobre aquél y, con esto, también la atribución del nombre del *paterfamilias* al hijo⁴⁰⁶.

³⁹⁹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 214-215. C. 5, 4, 26, 2. No se hace mención en el texto justiniano, empero, de la existencia del impedimento entre madrina y ahijado. Para Robleda, tal impedimento, por tanto, no existe.

⁴⁰⁰ VOICI, Op. Cit., p. 471. ROBLEDA, Op. Cit., p. 215-216. Nov. 5, c. 8., Nov. 6, 1, 7. Nov. 22, 42. C. 1, 3, 45.

⁴⁰¹ IGLESIAS, Op. Cit., p. 555; BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 186.

⁴⁰² GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 341.

⁴⁰³ BLANCH NOUGUÉS, Op. Cit., p. 19. El texto resulta interesante, pues muestra una solución equitativa para un caso de relación ilegítima con una duración de cuarenta años, en el que la respuesta dada por el jurista se orienta a igualar, para el caso concreto, al hijo fruto de aquella relación con los legítimos.

⁴⁰⁴ ROBLEDA, Op. Cit., p. 224.

⁴⁰⁵ Ibídem, p. 227. Recuérdese que existían peregrinos que tenían el *conubium*, como los latinos (*cfr.* Numeral 2.1.1.2).

Finalmente, al lado de la legitimación dada en virtud de la concepción, existieron otras formas, mediante las cuales los hijos de relaciones no matrimoniales, adquirirían el rango de hijos legítimos, si bien no sucede esto antes del tiempo de Constantino⁴⁰⁷.

En primer lugar, se podía dar por el llamado *subsequens matrimonium*, esto es, por el matrimonio posterior de los padres. En segundo, podía darse en virtud de rescripto del Príncipe, lo cual no sucedió antes de Justiniano y sólo se daba para los casos en que el matrimonio era irrealizable, por alguna causa distinta de los impedimentos matrimoniales. Finalmente, se podía dar *per oblationem curiae* (por inscripción en la curia), introducida por Teodosio II y Valentiniano III y se dio en razón de utilidad pública, para poblar la curia o el senado de las ciudades de provincia⁴⁰⁸.

2.1.3.2 Adquisición de la *auctoritas maritalis* por parte del marido

Si bien el matrimonio y la *conventio in manum* son distintas, no es menos cierto que las *iustae nuptiae* otorguen al marido una determinada autoridad marital, distinta de la *manus*, que se materializaba en una especie subordinación, de la esposa a aquel, a pesar de la igualdad teórica existente y, así mismo, en un poder disciplinario del esposo sobre su *uxor*⁴⁰⁹.

Derivado de esta autoridad marital, se producían otros efectos, que a continuación se estudian.

2.1.3.3 Obtención del *honor matrimonii*

Con la expresión *honor matrimonii* se indica la consideración social de mujer casada por parte de la esposa, a diferencia de la concubina y, a partir de la época imperial, la adquisición del rango social de su marido, por ejemplo senatorial o consular⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 177. ROBLEDA, Op. Cit., p. 226-229. Es necesario recordar que los romanos, por regla general, tenían tres nombres: el primero, denominado *praenomen*, era el nombre de pila, o propio, de la persona; el segundo, llamado *nomen*, correspondiente al nombre de la *gens* de la cual provenía el *paterfamilias*; y el tercero, denominado *cognomen*, designaba el grupo familiar al que pertenecía (MORINEAU E IGLESIAS, Op. Cit., p. 49).

⁴⁰⁷ ROBLEDA, Op. Cit., p. 233.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁰⁹ VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 177. ROBLEDA, Op. Cit., p. 236. BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 187.

⁴¹⁰ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 341.

Dicha adquisición se veía reflejada en la consideración social de la unión como estable y permanente, que se exteriorizaba por determinadas conductas de los cónyuges, como compartir la mesa, el trato de la mujer con los familiares de su marido o el modo de vestir de la mujer, que había de ser adecuado a la posición social de su esposo⁴¹¹.

Es, como indica Albertario, el elemento exterior de la *affectio maritalis*, por ser el elemento apreciable que supone la intención del hombre y la mujer de ser esposos⁴¹².

2.1.3.4 Beneficium competentiae

La expresión *beneficium*, -i indica, en Derecho romano, un provecho o servicio prestado en virtud de un precepto jurídico. Es una regla excepcional que se aplica a un grupo limitado de personas⁴¹³.

En el Derecho postclásico, se indica con la voz *beneficium competentiae* en un privilegio dado al deudor para que no sea despojado de todas sus pertenencias para pagar a sus acreedores, sino que se le deje el sustento necesario, conforme con su situación social⁴¹⁴.

En materia matrimonial, el *beneficium competentiae* se materializa en las siguientes situaciones: el marido a quien se pide la restitución de la dote por medio de la *actio rei uxoriae* y, por regla general, cualquier cónyuge que sea demandado por su cónyuge⁴¹⁵.

2.1.3.5 Obtención del domicilio del marido por parte de la mujer

Surge este efecto a partir del reconocimiento del esposo como jefe de la familia, como ha indicado Savigny⁴¹⁶. Derivado de dicha obtención y, además, de la autoridad marital, surge en cabeza del marido el derecho de llevarse consigo, aunque sea el mismo *paterfamilias* de la esposa quien la retenga⁴¹⁷.

⁴¹¹ MUÑOZ CATALÁN, Las Uniones... Op. Cit., p. 230-231.

⁴¹² ALBERTARIO, Op. Cit., p. 21-22. Indica el romanista que, en época de Justiniano, el honor matrimonial sustituye a la intención marital (p. 23).

⁴¹³ BIALOSTOSKY, Sara. El Beneficium competentiae. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (No. 9, 1977), p. 222.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 224.

⁴¹⁵ *Ibidem*. D. 24, 3, 14, 1.

⁴¹⁶ SAVIGNY, Op. Cit., p. 1469-1470.

⁴¹⁷ ROBLEDA, Op. Cit., p. 237

2.1.3.6 Praesumptio murciana

Refiere esta presunción a que toda adquisición patrimonial de la esposa, cuyo origen no pueda demostrar, se entiende procedente del marido y, en tal sentido, de propiedad de éste⁴¹⁸.

2.1.3.7 Obligación de reverencia mutua

Se indica con esta obligación que un cónyuge no puede encausar al otro sin permiso del pretor o del magistrado correspondiente⁴¹⁹, así como también el hecho de que no se admitiera entre los cónyuges la *actio furti*, por ser infamante, sino, en un eventual hurto, la *actio rerum amotarum* o una *condictio*. Igualmente, con base en la razón señalada, se impedía el ejercicio a los cónyuges de la *actio doli*⁴²⁰.

2.1.3.8 Extensión al marido de la injuria realizada a la esposa

Indica este efecto que el marido adquiere la legitimación en la causa para ejercer ciertas acciones contra terceros, aunque no sean causadas a él, sino a su mujer. En específico, los textos hacen referencia a la *actio iniuriarum*⁴²¹.

2.1.3.9 Nulidad de las donaciones entre cónyuges

Se da este efecto con base en la consideración de que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor, si bien se discute que haya sido esta la razón. En todo caso, la célebre causa de Mecenas, en época de Augusto, como afirma Margadant, muestra que el temor de los romanos no era infundado⁴²².

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ VOICI, Op. Cit., p. 474.

⁴²⁰ ROBLEDA, Op. Cit., p. 238.

⁴²¹ GUZMÁN BRITO, Op. Cit., p. 342. ROBLEDA, Op. Cit., p. 239. I. 4, 4, 2. Es de notar que, como indica Robleda, no se habla de una extensión de la acción de injuria a la esposa.

⁴²² MARGADANT, Op. Cit., p. 210, ROBLEDA, Op. Cit., p. 239-240.

2.2 El Contrato

2.2.1 Concepto

El término *contractus* (-ūs), de probable origen republicano tardío⁴²³, corresponde al participio de pretérito masculino del verbo *contrahere* (*contraho*, -traxi, -tractum), que, a su vez, está compuesto de dos voces: *trahere* (*traho*, -traxi, -tractum), que significa tirar, arrastrar, traer, jalar y el prefijo *con-* (*cum-*) que lo especifica como efecto de una atracción mutua de los que son reunidos, el efecto de su concentración. Significa, “lo contraído”⁴²⁴.

No existe una única concepción del contrato en el Derecho romano, sino que como se verá en el siguiente numeral, fue producto de una larga evolución y, a partir del conocimiento de ésta, ha llegado hasta nosotros, siendo objeto de discusión y, así mismo, dando lugar a distintas definiciones por parte de la doctrina, de las cuales se mencionarán algunas.

Así, para Volterra:

Con el término *contractus* los juristas clásicos quieren designar aquellas manifestaciones de voluntad de dos o más sujetos que tienden hacia el mismo fin (acuerdos) y que responden a esquemas fijados de forma taxativa por el *ius civile*, encaminadas a constituir entre los manifestantes una relación de *obligatio* y a las que el ordenamiento jurídico vincula ese efecto constitutivo⁴²⁵.

Según Messineo:

...era el vínculo que media entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho voluntario o en otro hecho no voluntario; y era, además, un vínculo que se producía tan sólo en relación a *un contenido determinado* (o tipos) de contrato (*sistema cerrado: numerus clausus*)⁴²⁶.

Por su parte, Bonfante indica que:

El *contrato* se puede definir como «el *acuerdo* de dos o más personas con el fin de constituir una *relación obligatoria* reconocida por la ley»⁴²⁷.

⁴²³ PARICIO, Javier. Una historia del Contrato en la Jurisprudencia romana. En: Annali del Dipartimento di Storia del Diritto. Università di Palermo. (Vol. LIII, 2009), p. 85.

⁴²⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para una historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio jurídico y del Contrato (I): El vocabulario de la Negocialidad jurídica en el Derecho romano. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XVII, 1995), p. 91, 93.

⁴²⁵ VOLTERRA, Op. Cit., p. 459.

⁴²⁶ MESSINEO, Francesco. Doctrina general del Contrato. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires: 1952, p. 50.

⁴²⁷ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 407. La doctrina general del contrato, tal y como se conoce actualmente, tiene su origen en la figura del nudo pacto romana, que es, según Iglesias (Op. Cit., p. 455) “el acuerdo encaminado a eliminar total o parcialmente la acción” y que, en principio, no generaba obligación. Esta figura evoluciona durante la edad media, bajo la influencia de los canonistas, comercialistas y “secuaces de la escuela del Derecho natural”, como indica Messineo

Iglesias señala que:

Según la concepción romana de la época clásica, contrato – *contractus* – es el acto lícito que, descansando en un acuerdo de voluntades, se endereza a la constitución de un vínculo obligatorio. Presuponiendo siempre el acuerdo, el efecto jurídico sólo en determinados casos – en los llamados contratos consensuales – depende exclusivamente del acuerdo mismo. En todos los demás, tal efecto se supedita al *agere* o a la forma⁴²⁸.

De esta manera, puede afirmarse que el contrato en Derecho romano, a la luz de la doctrina, es un acuerdo de voluntades para constituir una obligación, de conformidad con esquemas reconocidos taxativamente por la Ley.

2.2.2 El Contrato en el Derecho romano

A diferencia de la época actual, el Derecho romano no conoció una noción abstracta del contrato⁴²⁹. En cambio, conoce tipos particulares de éste, de obligaciones *ex contractu*⁴³⁰.

Derivado del significado etimológico indicado en el aparte anterior, la jurisprudencia clásica en sus textos hace uso del término de forma general y, en este sentido, expresa la celebración, ajustamiento o conclusión de un acto bilateral o el establecimiento de una relación, sin significar el acto, ni la relación mismos⁴³¹.

(Op. Cit., p. 51) en el sentido de que la voluntad de las partes empieza a adquirir el valor de elemento básico del contrato, superando el formalismo romano. Para un estudio más detallado, *cf.* DÍEZ-PICASSO. Op. Cit., p. 120-121 y GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para una historia de la formación de la Teoría general del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, III: Los orígenes históricos de la Teoría General del Contrato. En: Revista de estudios Histórico-Jurídicos (No. XXII, 2000), pp. 47-60. En esta tercera parte, el autor propone el esquema romano (Gayo-Justiniano) de la estipulación como antecedente del esquema de la teoría general del contrato y estudia la manera como el esquema es desarrollado por autores posteriores como Luis de Molina, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y los franceses Jean Domat y Robert Joseph Pothier, a quienes se debe gran parte de la doctrina del contrato que hoy se maneja.

⁴²⁸ IGLESIAS, Op. Cit., p. 401.

⁴²⁹ Esta posición es sostenida por grandes juristas, de la talla de Volterra (Op. Cit., p. 460), Savigny (Op. Cit., p. 493-494), Messineo (Op. Cit., p. 50), Jörs (Op. Cit., p. 269-270), entre otros.

⁴³⁰ BIONDI, Op. Cit., p. 437. No se pretende aquí hacer una exposición de los diferentes contratos reconocidos por el Derecho romano, sino, simplemente, realizar un par de observaciones sobre su evolución. Por esta razón, remitimos a algunos estudios sobre los distintos tipos de contratos, desde una perspectiva general, como Iglesias (Op. Cit., p. 401-455) y Volterra (Op. Cit., 459-539)

⁴³¹ GUZMÁN BRITO, Para una historia... (I)... Op. Cit., p. 93-94. Se indican en el estudio realizado por el romanista chileno, algunos ejemplos de dicha situación. Resulta, en todo caso, curioso el señalamiento realizado por la profesora Socorro Moncayo, de la voz *contractus* no aparece en autores como Julio César, Cicerón, Tácito, Suetonio o Tito Livio (MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro. Génesis y transformaciones del contrato en el Derecho romano. En: Letras Jurídicas (No. 12, 2005), p.8).

Aun cuando existen varios pasajes en las fuentes que tratan sobre el contrato, la realidad es que no hay dentro de ellas mayor noticia sobre la definición del contrato, salvo una, dada por el jurista Labeón⁴³².

A partir de la definición del jurista, contemporáneo del Emperador Augusto, Guzmán Brito⁴³³ afirma que el uso del vocablo tuvo la tendencia a recibir una extensión más restringida que la indicada, pues utilizó el término para indicar el acuerdo de voluntades del que surgían obligaciones recíprocas, con lo cual sólo podían considerarse contratos la compraventa (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*) y la sociedad (*societas*)⁴³⁴.

No obstante lo anterior, con posterioridad se presenta otro intento de reducir el concepto de contrato, para hacerlo más técnico, con Gayo, jurista del siglo II d.C., quien, a pesar de no incluir en su obra una definición de contrato, da la impresión de configurarlo como una categoría que engloba todos los actos lícitos reconocidos por el *ius civile*, destinados a crear un vínculo obligatorio⁴³⁵.

Es a partir de la obra de este jurista que se da la clasificación de los tipos de contrato en el Derecho romano, separándose éstos en los siguientes: los que nacen por la cosa, por las palabras, por los escritos o por el consentimiento⁴³⁶.

La doctrina ha sistematizado lo explicado por Gayo, para indicar, en abstracto, a qué se refiere cada una de estas obligaciones y cuáles son los contratos que comprenden⁴³⁷.

Así, de las obligaciones que nacen por la cosa, se indica la existencia de los contratos reales, aquellos que obligan y producen acción por el mero hecho de la entrega de la cosa (*res*). Dentro de estos contratos se incluyen el mutuo (*mutuum*), el comodato (*commodatum*), el depósito (*depositum*), la prenda y la fiducia⁴³⁸.

De las nacidas por las palabras, derivan los contratos verbales, que son negocios formales en los cuales la manifestación de voluntad se da por medio de palabras solemnes fijadas por el *ius civile*. Dentro de estos se encuentran la *dotis dictio*, la

⁴³² TALAMANCA, Mario. Elementi di Diritto privato romano. Seconda edizione. Giufreè Editore. Milano: 2013, p. 261.

⁴³³ GUZMÁN BRITO, Para una historia... (I)... Op. Cit., p. 95.

⁴³⁴ D. 50, 16, 19. ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 233-234. El jurista, por demás, hace equivaler el término al *synallagma* griego. El concepto parece obedecer a un intento de reflejar en términos de derecho sustantivo (concerniente a las obligaciones) una realidad de naturaleza procesal: las acciones de buena fe (*bonae fide*), que, en efecto deben este criterio a la reciprocidad de la obligación (GUZMÁN BRITO, Para una historia... (I)... Op. Cit., p. 96-97).

⁴³⁵ PARICIO, Op. Cit., p. 83.

⁴³⁶ GAI. III, 89.

⁴³⁷ En todo caso, hay casos en los cuales se presentan discrepancias entre los autores, pues algunos incluyen unos contratos dentro de una clasificación, que otros excluyen.

⁴³⁸ SOHM, Op. Cit., p. 218 y ss. IGLESIAS, Op. Cit., p. 412-413. VOLTERRA, Op. Cit., p. 488. En el texto de Gayo, únicamente se indica como tal el mutuo (Gai. III, 90). No siendo objeto del presente trabajo el explicar cada uno de estos contratos, remitimos a las obras citadas para su estudio.

promissio iurata o *iusiurandum liberti*, la *stipulatio-sponsio*, el *nexum*, la *vadiatura* y la *praediatura*.⁴³⁹

De obligaciones nacidas por escritos, surgen los contratos literales, que son aquellos que nacen de la redacción por escrito del acuerdo entre las partes. Se encuadran en esta categoría: la *expensilatio*, las *syngraphae* y las *chirographa*⁴⁴⁰.

De las obligaciones nacidas del mero consentimiento, surge la categoría de los contratos consensuales, siendo éstos aquellos que, como excepción, no requieren de formalidad alguna o acto físico (entrega) para generar la obligación. Comprendía esta categoría la compraventa, el arrendamiento, el mandato y la sociedad, esto es, los actos más importantes para la vida comercial⁴⁴¹.

Durante el tiempo de Justiniano, esto es, en el período denominado del Derecho bizantino, se produce la evolución del pensamiento jurídico, a partir del ensanchamiento de los tipos contractuales clásicos producidos por la *actio praescriptis verbis* (esto es, los contratos innominados⁴⁴²) y en virtud del acercamiento entre la idea de pacto y la de contrato, al concedérseles acción para hacerlos efectivos⁴⁴³.

Los bizantinos, por demás, recogieron la definición de pacto dada por Ulpiano y la transformaron en una definición del contrato, pues el jurista Teófilo las mezcló con la de Labeón, por inspiración de Gayo, quien dejó los elementos para entender que el contrato es un acuerdo de voluntades. De esta forma, parece no haber duda de que, en este período del Derecho romano, el contrato era entendido en sentido convencional⁴⁴⁴.

De esta forma, se ve como la expresión *contrato* fue cambiando con el tiempo, si bien es claro que en una primera época del Derecho romano no existe y que no empieza a desarrollarse sino hasta la época clásica, para acercarse a la consensualidad o convencionalidad en la última etapa de su desarrollo, esto es, en el Derecho justiniano.

⁴³⁹ VOLTERRA, Op. Cit., p. 466-480. Remitimos a estas páginas para realizar el estudio debido de cada uno de dichos contratos.

⁴⁴⁰ Ibídem, p. 480-484.

⁴⁴¹ NICHOLAS, Barry. Introducción al Derecho romano. Editorial Civitas S.A., Madrid: 1987, p. 225. VOLTERRA, Op. Cit., p. 496-525.

⁴⁴² Son las relaciones obligatorias que los juristas de la época de Justiniano recogieron en una categoría distinta a los demás reconocidos por el ordenamiento jurídico romano, asignándoles medios de tutela judicial y que, por demás, pueden tener como objeto prestaciones bilaterales o unilaterales (VOLTERRA, Op. Cit., p. 531).

⁴⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero: Introducción, Teoría del Contrato. Cuarta edición. Editorial Civitas. Madrid: 1993, p. 120.

⁴⁴⁴ GUZMÁN BRITO, Para una historia... (I)... Op. Cit., p. 113. PARICIO, Op. Cit., p.113.

2.2.3 El Matrimonio como Contrato en el Derecho romano

Tal y como lo afirma Vladimir Monsalve, el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio gira en torno a la discusión sobre si el matrimonio es un contrato o no⁴⁴⁵.

Al tenor de las obras monográficas que se conservan de los juristas romanos, pareciera ser que el matrimonio, en el ámbito jurídico, no les mereció mayor atención, pues no se encuentran sobre él más que un par de obras⁴⁴⁶.

Por otro lado, obras como las *Institutas* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis* no trataron de forma sistemática el matrimonio, sino que se limitaron a dar algunas referencias, más necesarias para estudiar otros institutos, que éste, de donde se deduce el desinterés romano en el asunto, más allá de ciertos aspectos concretos⁴⁴⁷.

Como afirma García Sánchez, ha correspondido a los intérpretes del Derecho romano, la elaboración sistemática de aquello que las fuentes han transmitido⁴⁴⁸.

Así, durante la Edad Media y hasta el siglo XIX, la postura dominante fue el entendimiento del matrimonio romano como un contrato, tanto en época clásica, como postclásica⁴⁴⁹.

Razón de ello se encuentra en el hecho de que fueron los glosadores quienes hicieron énfasis en esto, puesto que consideraron que en toda manifestación del consentimiento, existía un contrato⁴⁵⁰.

La base de esta postura fue la creencia de que el consentimiento matrimonial tiene un carácter inicial, de donde deriva el hecho de que el momento más importante del mismo es el de su celebración⁴⁵¹.

Ayudaba a sustentar esta posición el hecho de que las palabras que integran los pocos textos que tratan jurídicamente el matrimonio, hacen una preminente alusión al consentimiento, como elemento esencial del mismo⁴⁵².

Además, contribuía a afirmar esto el hecho de que, tanto en el *Digesto*, como en el *Códex*, el tratamiento del matrimonio siguiera al de los contratos⁴⁵³.

⁴⁴⁵ MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Hacia la contractualización del vínculo matrimonial. En: Universitas. (No. 110, 2005), p. 358.

⁴⁴⁶ GARCÍA SÁNCHEZ, J. El Divorcio: De Roma a la Edad Media. En: Revista Española de Derecho Canónico (130, Vol. 48, 1991) p.153. Dichas obras son un *de nuptiis* de Neracio Prisco, en el siglo I

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ ROBLEDA, Op. Cit., p. 72.

⁴⁵⁰ MONSALVE CABALLERO, Op. Cit., p. 352.

⁴⁵¹ FIORI, Roberto. La Struttura del Matrimonio romano. En: *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja"* (Vol. CV, Quarta Serie, Vol. I, 2011), p. 197.

⁴⁵² GUZMÁN GARCÍA, Jairo José. Itinerario de la formación histórica de la idea contractual en el Matrimonio occidental. En: *Revista de Derecho* (Número 5, 2003), p. 86.

Sobre la base de estas premisas, se discutía si el matrimonio era un contrato consensual o real; esto es, de aquellos cuyo reconocimiento surge en virtud del simple consentimiento o de los que, además, requería de la entrega de un objeto en particular, que, para el caso, sería la mujer⁴⁵⁴.

Adicionalmente, y nutriendo la discusión, también ha sido afirmado que el matrimonio se asemeja a un contrato de sociedad, puesto que se requeriría del *animus societatis* para la existencia del mismo y, por ende, el consentimiento no sería inicial, sino duradero⁴⁵⁵.

2.3 El Hecho social

La postura del matrimonio como hecho social es, en resumidas cuentas, la contraposición a la tesis, tradicional hasta ese momento, de que el contrato es un contrato.

Para el general, se afirma que fue Carlos Manenti, en 1889⁴⁵⁶, quien asestó el primer golpe a la tesis tradicional del consentimiento contractual del matrimonio, si bien, antes de él, ya hubo autores que sentaron su posición indicando que no era posible que el matrimonio fuera un contrato⁴⁵⁷.

Según Manenti, para los romanos eran esenciales dos elementos, a saber: el establecimiento de hecho de la comunidad de vida y un consentimiento, ya no inicial, contractual, sino continuado⁴⁵⁸. De allí que se le haya dado el nombre a esta teoría de posesoria, pues, como se ve, se requiere de un *animus*, el consentimiento, y de un *corpus*, el establecimiento de la comunidad de vida, esto es, la convivencia.

No obstante, como lo afirma Moeira⁴⁵⁹, seis años antes de Manenti, Labbé había indicado que el matrimonio no podía ser considerado como un contrato, pues se trata de un hábito de vida común, establecido de forma voluntaria, que comunica a

⁴⁵³ NÚÑEZ PAZ, Op. Cit., p. 55.

⁴⁵⁴ GARCÍA SÁNCHEZ, Op. Cit., p.154. ORTOLÁN, J. Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien. 12^o edition. París: 1883, p. 80.

⁴⁵⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Op. Cit., p. 54.

⁴⁵⁶ Hay discrepancias en la fecha, según cada autor. Robleda indica que fue en 1989 (Op. Cit., p. 74), mientras que Muñoz Catalán afirma que la teoría nació en 1885 (Las Uniones... Op. Cit., p.149) y García Sánchez señala que fue en 1888 (Op. Cit., p. 154).

⁴⁵⁷ ROBLEDA, OP. Cit., p. 74. Según Robleda, fue Glück de los primeros que atacó la doctrina del consentimiento contractual. De igual forma, cabe señalar la postura de Savigny, quien concibió el contrato de forma distinta a la que se tenía en aquel entonces, considerándolo como “el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas”, pues excedía el denominado contrato obligatorio, esto es, el que genera obligaciones, incluyendo el matrimonio, pero sin ponerlo al lado de los contratos consensuales, pues, esto desfiguraría y se envilecería su carácter. SAVIGNY, Op. Cit., p. 491, 495.

⁴⁵⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 155.

⁴⁵⁹ MOEIRA ALVES, José Carlos. J.E. Lebbé e a Natureza Juridica do Casamento Romano. En: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (No. 74, 1965), p. 113.

la mujer los honores, consideración y dignidad social del marido; que no se forma como tal, pues inicia su existencia mediante el cumplimiento de ciertas condiciones, se prolonga por la permanencia y se extingue por la cesación de alguna de aquellas⁴⁶⁰.

La doctrina, en todo caso, se ha ido perfeccionando y, si bien se partía de la base de que la convivencia era material, como lo afirmó Manenti, lo cierto es que, con el tiempo, se discutió dicho carácter. De esta forma, Bonfante, principalmente, señaló que la convivencia sólo tenía un carácter ético⁴⁶¹.

Sin embargo, en 1940, Volterra y Orestano afirmaron que el consentimiento era la única causa eficiente del matrimonio, dejando por fuera la cuestión de la convivencia⁴⁶².

Volterra, por su parte, ahondó en su teoría, indicando que el consentimiento, por demás, debe ser continuo. Esto no significa que la voluntad deba ser perpetua e indisoluble, sino que debe estar encaminada a la existencia de una unión duradera, no sometida a término ni condición. De no presentarse de esta forma, se presenta el divorcio⁴⁶³.

De estos pronunciamientos, ha derivado la opinión de que el matrimonio en Roma es un hecho al que se atribuyen efectos jurídicos, con lo cual se quiere decir que las nupcias romanas subsisten en tanto lo hagan los elementos de hecho que las componen⁴⁶⁴.

2.4 Conclusiones

La existencia de una serie de elementos, impedimentos y efectos, que tienen impacto en la esfera jurídica, hace evidente el hecho de que existió, en el Derecho romano, una juridización del matrimonio, por cuanto indica la constitución de una suerte común, de un consorcio para toda la vida.

A partir de dichos elementos, puede distinguirse la particularidad que reviste el matrimonio romano, especialmente en relación con el *conubium* y el consentimiento, pues se muestra la exclusividad para contraerlo.

Igualmente, se ve el carácter jurídico que reviste el matrimonio, por medio del estudio de los diversos impedimentos que se fueron dando a éste a través de la

⁴⁶⁰ LABBÉ, J. E., De la Nature du Mariage. EN: ORTOLÁN, Explication... Op. Cit., p. 685.

⁴⁶¹ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 182. Sobre la convivencia como requisito del matrimonio, remitimos al numeral 2.1.1.3 del presente escrito. Para profundizar, *Cfr.* ROBLEDA, Op. Cit., p. 76-81.

⁴⁶² ROBLEDA, Op. Cit., p. 82.

⁴⁶³ VOLTERRA, Op. Cit., p. 640. Para profundizar en las razones sobre las cuales Volterra se basa para sustentar su postura, *Cfr.* ROBLEDA, Op. Cit., p. 113-130.

⁴⁶⁴ GARCÍA SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 155.

historia, muchos de los cuales ya existían *ab initio*, o cuando menos, desde épocas distantes dentro de la misma *civitas*. De igual forma, los efectos generados por el matrimonio dan cuenta del carácter jurídico de la institución.

Como consecuencia del estudio de los elementos del matrimonio, sus impedimentos y efectos, surge para la doctrina la pregunta acerca de su naturaleza jurídica, de donde destacan dos grandes posturas: el contrato y el hecho social jurídicamente relevante.

Para realizar el análisis de la primera postura, es necesario comprender que el contrato y su concepción son producto de un proceso evolutivo, que parte de un uso cotidiano y que evoluciona hasta tener una significación específica: un acuerdo de voluntades para constituir una obligación protegida por el *ius civile*.

Es necesario tener en cuenta que el Derecho romano no desarrolló una noción abstracta, una teoría general del Contrato, como se tiene en el Derecho moderno, sino que únicamente conoció contratos particulares.

De esta forma, se tiene una clasificación de los contratos señalada por las fuentes, que los divide en nominados e innominados y, dentro de cada una, a su vez, se encuentran divisiones, que caracterizan cada contrato en particular.

En época helenística, el contrato comienza a acercarse a la consensualidad o convencionalidad, sin llegar, en todo caso, a una teoría general del contrato.

Es a partir de la Edad Media que la doctrina asimila el matrimonio al contrato, sobre la base del parecido existente entre las dos instituciones. El consentimiento, para este sector de la doctrina, es igual al de los contratos, esto es, tiene un carácter inicial.

Por otro lado, a partir de los estudios de Manenti y otros autores menos conocidos, se desarrolla la teoría del hecho social jurídicamente relevante, que parte de la consideración de que el matrimonio no es un contrato, sino que tiene una semejanza con la posesión. Por tanto, requiere de un elemento objetivo y uno subjetivo: convivencia y consentimiento, que debe ser continuo.

Con el tiempo, la doctrina se ha ido perfilando y, en el año 1940, con Orestano y Volterra, se ha considerado que el matrimonio depende únicamente del consentimiento, con lo cual la convivencia no tiene relevancia alguna para su existencia.

3. Transformación de la naturaleza jurídica del matrimonio romano

3.1. Justificación del estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio romano

La naturaleza jurídica de una institución, representa una forma de estudiar y comprender el Derecho como conjunto de instituciones cuyos inicios no se distinguen con claridad, por lo cual la labor de desentrañarla constituye un ejercicio de alto valor en nuestra disciplina⁴⁶⁵.

Determinar la naturaleza jurídica de una institución, entonces, consiste en determinar la *ratio essendi* que identifica y relaciona dos o más instituciones jurídicas dentro de un sistema determinado, constituyendo un patrón individualizador de proximidad y pertenencia que establece la atracción de una sobre la otra, que tiene un carácter autónomo, superior, que le comunica una explicación esencial y una asignación completa a la otra, a partir de su función dentro del sistema⁴⁶⁶.

La postura que se adopte en torno a la naturaleza jurídica de una institución es la pauta que guiará su entendimiento y a partir de la cual se realice su estudio detallado y su desarrollo práctico. Siendo, entonces, una cuestión tan delicada, su estudio se revela como necesario para poder dar una visión acerca de la institución en estudio.

Más aún, es necesario indicar que, a partir de las distintas visiones que se han adoptado sobre el matrimonio a través de la historia, se ha determinado el devenir de la institución nupcial, acarreando consecuencias en su aplicación y en su desarrollo, que han llevado a discusiones mayores respecto de cuestiones que pueden resultar esenciales.

Por esta razón, se hace necesario realizar el estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio en clave histórica, limitándose al Derecho romano: es a partir de este que se ha dado el desarrollo de los sistemas jurídicos de corte occidental-continental y, además, ha servido como base para desarrollos posteriores dentro del ámbito jurídico-matrimonial, a partir de la adaptación realizada con posterioridad por los pueblos continentales y la Iglesia cristiana.

Desentrañar su naturaleza jurídica en este período histórico, a partir de nuestra postura, contribuye a señalar un punto de vista que, quizás, ha pasado desapercibido por parte de la doctrina contemporánea y, así mismo, contribuir a la

⁴⁶⁵ GUZMÁN GARCÍA, Jairo José. La Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Alcalá de Henares, 2002, 463p. Tesis (Doctor en Derecho Privado). Universidad de Alcalá. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado, p. 9.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 17.

discusión, que, como ha señalado Guzmán García, ha sido descuidado por la doctrina civilista⁴⁶⁷.

3.2. Naturaleza jurídica del matrimonio en el Derecho romano: Comentarios a las tesis dominantes. El Acto jurídico.

Una de las cuestiones más interesantes dentro del desarrollo histórico del Derecho ha sido la tarea de definir el matrimonio⁴⁶⁸, si bien, como se ha mencionado, no ha sido estudiada como debiera.

Las nociones que se han generado a través de la historia, en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio, por regla general han sido entendidas como absolutas, esto es, como constantes en el tiempo, tal y como se mostró en el capítulo anterior.

Por otro lado, en relación con el matrimonio romano, el debate que se ha dado ha dado lugar a dos grandes posturas: de un lado, el matrimonio como contrato y, del otro, el matrimonio como un hecho social jurídicamente relevante.

No obstante, caer en la generalización de una institución puede resultar perjudicial a su estudio y, de esta forma, influir en su desarrollo doctrinal de forma negativa, limitando su entendimiento.

Por esta razón, debe partirse de la crítica a estas posturas, con el fin de señalar sus dificultades para estudiar la institución y, así mismo, realizar el análisis de la misma al tenor de su desarrollo histórico, considerando los aspectos que pueden haber afectado a dicha institución y, de esta forma, poder aportar elementos de estudio que permitan su mejor comprensión.

Considerando que, como se ha establecido en el primer capítulo de este escrito y como lo afirma Gabino Pinzón “nunca es posible separar el estudio del matrimonio del de la familia”⁴⁶⁹, así como también el hecho de que la familia romana no fue un organismo estático y que el matrimonio romano cambió con base en algunos aspectos ya considerados, se hace necesario analizar su naturaleza jurídica bajo estas premisas.

En primer lugar, la postura que fue asumida de manera más temprana por la doctrina para definir la naturaleza jurídica del matrimonio romano fue el contrato, pues, como se ha visto, las nupcias cuentan con elementos que resultan comunes.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁶⁸ DI PIETRO, Alfredo. *Ius y Matrimonium en el Derecho romano*. En: *Iushistoria* (No. 5, 2012), p. 65.

⁴⁶⁹ PINZÓN MARTÍNEZ, José Gabino. *La Naturaleza Jurídica del Matrimonio*. Editorial Lumen S.A. Bogotá: 1940, p. 19.

Sin embargo, no es fácil dilucidar el asunto a la luz de lo ya indicado, pues no fue tratado por los juristas romanos como tal. Como se vio, la mentalidad romana no concibió una teoría general del contrato, sino que se limitó a indicar la existencia de contratos particulares, sobre la base de la generación de obligaciones reconocidas por el *ius civile*.

Asumir que el matrimonio es un contrato implicaría, por tanto, incurrir en una imprecisión, a saber, el hecho de que es generador de vínculos obligatorios reconocidos por el *ius civile*, con lo cual se estaría produciendo una extensión de esta categoría a un ámbito en el que no fue considerado por las fuentes disponibles al día de hoy.

Así mismo, como afirma Espitia, es claro que en un ambiente ritual y sacro como el romano arcaico, no había forma de reconocer la autonomía de las partes para manifestar su voluntad o fijar sus efectos. De allí que el ordenamiento sólo diera reconocimiento a algunos que, por demás, tenían un carácter estrictamente patrimonial⁴⁷⁰.

Con esto en mente, se reafirma la postura ya indicada, a saber, la dificultad de pretender que el matrimonio en Derecho romano sea un contrato, pues, a partir de las fuentes, da la impresión de que las obligaciones reconocidas por el sistema jurídico son estrictamente patrimoniales.

Solamente con la entrada del Cristianismo al mundo romano y su aceptación como religión oficial del Imperio, es posible afirmar la posibilidad de que se entienda como un contrato, pues su estudio no se dio ya a partir de los textos jurídicos puramente romanos, sino a partir de los desarrollos dados por los doctrinantes del Derecho canónico, en la Edad media, especialmente a partir de los textos de Pedro Lombardo⁴⁷¹.

No obstante, esta es una posibilidad que, en referencia al tiempo estrictamente romano, no es viable, pues se separa de la concepción romana⁴⁷².

Así las cosas, no es posible afirmar que el matrimonio fuese un contrato, ni siquiera considerándolo desde la teoría general, pues, como se vio, los romanos limitaron su propia concepción de contrato y no desarrollaron una teoría del mismo.

Hecha esta crítica y dejando por fuera la posibilidad de extender la teoría general del contrato al Derecho romano, es necesario proseguir con la segunda teoría acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio: el hecho social.

Como se ha visto, la teoría del hecho social no se encuadra, específicamente, dentro de una categoría jurídica romana, propiamente dicha, sino que surge como una contraposición a la teoría del contrato.

⁴⁷⁰ ESPITIA GARZÓN, Op. Cit., p. 103-104.

⁴⁷¹ DI PIETRO, Op. Cit., p. 85.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 87.

En su desarrollo, por demás, se ha concluido que el elemento fundante del matrimonio es el consentimiento, con la discusión acerca de la convivencia, que bien puede considerarse como simplemente ética (como en el caso de los esposos que no viven en el mismo lugar, por su ocupación) o como innecesaria para su existencia, como fue desarrollado por Volterra y Orestano.

Así, es necesario indicar que, dentro del sistema romano no hay una institución distinta al matrimonio, que genere efectos jurídicos con base en el mero consentimiento, salvo el caso de los contratos consensuales, que ya se han visto.

El sistema romano, desde antaño, siempre estuvo atado a determinadas formalidades. Existió, como afirma von Ihering, “una relación particular entre la forma y la libertad, dos ideas fundamentales del derecho romano”⁴⁷³.

Sin embargo, la tesis sostenida por la mayoría de los autores, después del siglo XIX, radica en una idea que pareciera ser contraria a este principio: el hecho social.

Es pertinente, entonces, realizar el análisis histórico de dicha situación, a efectos de realizar la crítica pertinente y, así mismo, mostrar si en algún punto es posible afirmar que el matrimonio fue, como indica esta corriente, un hecho social jurídicamente relevante.

Así, es necesario recordar que, en un principio, el carácter cohesionado de la familia y la ciudad romanas hicieron que el derecho estuviese sometido a ritualidades, más que a formalidades, con lo cual el desarrollo de nociones como la comentada resultaba, cuando menos, difícil de comprobar⁴⁷⁴.

De esta manera, no puede afirmarse que en un principio el matrimonio sea un hecho social, pues, como se mostró en la primera parte de este trabajo, las nupcias y la *conventio in manum* no podían ser separadas, de donde resulta el hecho de que era necesaria la verificación de un requisito formal que le daba vida; el matrimonio, en época arcaica, estaba ligado íntimamente a la potestad marital.

A partir de lo anterior, no es posible afirmar que en todo momento el matrimonio en Roma haya sido un hecho social.

No obstante, no debe desecharse esta tesis por el hecho de que en un momento determinado no sea aplicable, pues, al tenor del desarrollo social y familiar romano de época clásica, esta tesis resulta completamente viable. Por demás, ha sido a partir de este momento que ha sido esbozada⁴⁷⁵.

La razón de esto radica en el cambio existente en el entendimiento del consentimiento, pues, durante la época clásica, a partir del análisis realizado por

⁴⁷³ VON IHERING, Op. Cit., p. 384.

⁴⁷⁴ GUZMÁN BRITO, Derecho Privado Romano, Op. Cit., p. 22.

⁴⁷⁵ VOLTERRA, Op. Cit., p. 639.

los doctrinantes, se entiende que la manifestación de la voluntad de los cónyuges no es inicial, como sucede en los contratos, sino que debe ser continua, reiterada⁴⁷⁶.

Sin embargo, no es posible entender el matrimonio como un hecho social durante la época postclásica. La reforma de Augusto dio pie a que, cuando menos en el ámbito legislativo, se dieran algunas restricciones a la realización de las nupcias.

Esto condicionó el desarrollo de la institución, pues, como se vio, sentó la base del sistema desarrollado posteriormente, a partir de la construcción de una ideología moral en la aristocracia romana.

Sobre esta base, la expansión del Cristianismo se configurará, con posterioridad, como tendencia dominante en el ámbito regulatorio del matrimonio, con hechos que ya han sido reseñados, como su carácter indisoluble y, especialmente, con la incorporación expresa de impedimentos para su realización, más allá de los que habían sido establecidos durante la época anterior.

Esta estructura hace que la consideración del matrimonio como hecho social resulte insuficiente para su estudio doctrinal, pues, adicionalmente, el elemento cristiano que permea el matrimonio romano se encuentra enfocado a considerar el consentimiento como inicial⁴⁷⁷.

No siendo posible, entonces encuadrarlo dentro de esta categoría, ni dentro de la del contrato, por las consideraciones ya realizadas al principio de este aparte, es necesario definir la naturaleza jurídica del matrimonio, aunque sea desde la perspectiva de conceptos genéricos.

Así, se hace necesario acudir a una categoría genérica ajena al Derecho romano, pero surgida de su estudio⁴⁷⁸, para poder encuadrar al matrimonio de la primera época y al de época postclásica dentro de una naturaleza jurídica específica.

Tal categoría no es otra que la del acto o negocio jurídico, que es, como enseña Betti, “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo”⁴⁷⁹.

Partiendo de esta base, es comprensible que el matrimonio pueda entenderse como un negocio jurídico bilateral, tal y como lo indica Iglesias, precisando que son aquellos que se crean por el acuerdo de voluntades de dos o más personas⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ BONFANTE, Instituciones... Op. Cit., p. 181.

⁴⁷⁷ VOLTERRA, Op. Cit., p. 647.

⁴⁷⁸ MIQUEL, Derecho Privado... Op. Cit., p. 131.

⁴⁷⁹ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Comares S.L. Granada: 2000, p. 52. Remitimos a la obra del insigne romanista para la realización del estudio correspondiente a toda la estructura y comentarios acerca del tema, toda vez que no pretende este trabajo ahondar en la teoría del negocio jurídico.

⁴⁸⁰ IGLESIAS, Op. Cit., p. 170. Así mismo opina VALENCIA RESTREPO, Op. Cit., p. 171.

Considerando lo anterior, se procederá a encuadrar la naturaleza jurídica del matrimonio dentro de los conceptos indicados, a partir de la evolución de la familia romana.

3.3 La Naturaleza jurídica del matrimonio romano: su cambio a partir del desarrollo de la familia.

En la época arcaica, la familia se presenta como un acto jurídico, tal y como afirma Arangio Ruiz⁴⁸¹. La razón de esto se encuentra en el hecho de que, siendo la familia un ente cerrado, su forma de funcionamiento implicaba una ritualidad para cada aspecto que tuviese que ver con ella.

Recordando que para esta época matrimonio y *conventio in manum* se encontraban ligadas de forma que no es posible separarlas, y que con la última se daba la entrada de la mujer en la casa de su marido y, por tanto, en su religión, renunciando a la suya propia, debe concluirse que hay un vínculo jurídico que les une, el cual, como se vio, no puede ser el del contrato.

Por demás, el hecho de que la familia romana tuviese una estructura tan rígida y cerrada hace que se generen obligaciones de carácter familiar y religioso que impedían consideraciones distintas a las de su propio funcionamiento.

Durante la época clásica, por su parte, el matrimonio puede ser considerado como un hecho social jurídicamente relevante. La razón de ser de esto radica en la evolución que hubo en la familia romana de la época. Es necesario recordar que, con el tiempo, el papel de la mujer y los hijos (*filiifamilias*) cambió en la sociedad romana.

Con esto, la familia romana dejó de estar sujeta a la potestad del *paterfamilias* de una forma tan estricta como antiguamente, pues el desarrollo de los peculios y la capacidad patrimonial del *filiusfamilias*, junto con la situación de mayor libertad de la mujer y el decaimiento de la *manus* relajaron los vínculos y forjaron otros, a partir del reconocimiento, cada vez más importante, del parentesco cognaticio.

De esta forma, el matrimonio hubo de adaptarse al desarrollo de la institución familiar, que, como se vio en la primera parte de este trabajo, se vio ampliada y bajo una autoridad más nominal que real del *paterfamilias*.

Roma no podía seguir funcionando bajo el esquema patriarcal que le caracterizó, sino que hubo de adaptarse a las poblaciones que fueron estableciendo vínculos con la *civitas* y al cambio de posición de sus miembros: los *alieni iuris*.

⁴⁸¹ ARANGIO RUIZ, Op. Cit., p. 487.

Por demás, el matrimonio romano en esta época, no puede ya encuadrarse dentro del esquema anotado para el Derecho arcaico; al existir una separación definitiva entre la *conventio in manum* y las *iustae nuptiae*, no puede aplicarse el mismo esquema a ambas, pues no existen las formalidades para su realización⁴⁸².

Adicionalmente, a partir de esta separación, existe un cambio en la forma como se presta el consentimiento a efectos de la existencia del matrimonio: en época arcaica, el consentimiento era inicial, similar al del contrato, bastaba la realización de una de las formas de la *conventio in manum* para que, junto con la *manus* se celebrara el matrimonio.

En época clásica, el consentimiento tiene un carácter continuo. Su base está dada por aquellos actos que demuestren el reconocimiento de los cónyuges como tales, esto es, la *affectio maritalis*, conclusión a la cual se llega a partir del estudio iniciado por Manenti y desarrollado de forma definitiva por Volterra y Orestano, como se ha señalado antes.

Pero, durante la época postclásica, influencias externas, como la continuación de la expansión del Imperio, el impacto de las leyes de Augusto y, especialmente, el Cristianismo, que para la época ya se había asentado en gran parte de la población imperial, hizo que se diera un cambio radical en la familia y, por ende, en el matrimonio.

El gran cambio motivado por estas circunstancias se consolidó, tras un proceso de aceptación al interior de la sociedad⁴⁸³, como todos los cambios duraderos, en la sistematización de los impedimentos matrimoniales y, especialmente, en la consideración del matrimonio como indisoluble.

Este cambio en el entendimiento del consentimiento matrimonial rompe con la estructura de la época clásica: regresa a la celebración del matrimonio con base en una declaración inicial de voluntad.

De esta manera, no puede entenderse que el matrimonio continuara siendo una situación fáctica con efectos jurídicos, sino que su noción, una vez más, se asemeja a la del contrato.

A partir de esta situación, Volterra, a cuya postura adherimos, afirma que, a partir del estudio de las constituciones imperiales tardías, de concepción cristiana y, así

⁴⁸² BONFANTE, Instituciones. Op. Cit., p. 181.

⁴⁸³ Recuérdense las palabras del doctrinante Jorge Salcedo Segura, quien enseñó que “la bondad de la doctrina, la fidelidad de sus seguidores y el celo apostólico de sus jerarcas determinaron que [el Cristianismo] lentamente fuera invadiendo diferentes esferas sociales, siempre con benéficos resultados para los menesterosos y los humildes. Proceso de infiltración que culminó con la conversión del Emperador Constantino [...] en el año 312. [...] En su nueva posición de religión oficial, el catolicismo influyó notoriamente en el desarrollo del derecho privado, espulgando todas aquellas instituciones bárbaras e inhumanas para reemplazarlas, en lo posible, por nuevas concepciones más acordes con la dignidad humana y la igualdad de la criatura ante Dios” (SALCEDO SEGURA, Jorge. Teoría General del Derecho Civil, Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: 2006 p. 129).

mismo, de los textos de los juristas de los siglos II y III d.C., el matrimonio está basado en la voluntad inicial⁴⁸⁴.

Así, la concepción postclásica configura al matrimonio como un negocio formal y tiende a aproximarlo al contrato, pues, si bien tanto en la primera etapa del Derecho postclásico, como en el justiniano (con algunas excepciones) no es clara la forma como debe llevarse a cabo, cierto es que la manifestación de voluntad inicial de los cónyuges, que tiende a un mismo fin, y que se presenta como una *conventio*⁴⁸⁵.

Por demás, las consideraciones religiosas, cristianas, que influyeron en la familia romana permitieron que, aun siendo el matrimonio una convención, tuvieran una sistematización de elementos cuya ausencia o vicio tuviese efectos jurídicos, más allá de las simples sanciones sociales, con lo cual el Imperio asumió la vigilancia, en términos estrictamente jurídicos, de la institución⁴⁸⁶. Así, el matrimonio, en época postclásica, es un negocio jurídico.

3.4 Conclusiones

La importancia del estudio de la naturaleza jurídica de una determinada institución marca la pauta bajo la cual se da el entendimiento y análisis de la misma, de forma tal que, tratándose del matrimonio, la visión que históricamente se ha tenido del mismo ha hecho que su desarrollo esté influenciado por ésta.

Debido a esto, el estudio de la naturaleza jurídica de la institución matrimonial en clave histórica, limitada al Derecho romano, es necesario, por ser éste la base de los sistemas jurídicos de Corte occidental y debido a que el estudio del matrimonio se ha dado con base en los textos romanos.

Las tesis esbozadas por la doctrina romanista en torno al matrimonio han pretendido, en términos generales ser absolutas, esto es, aplicables a todo momento histórico y, en resumen, pueden se limitan a considerarlo como contrato o como hecho social jurídicamente relevante.

Al respecto, la tesis contractual cae en el error de ignorar que los romanos no desarrollaron una teoría general del contrato y considerar que la semejanza existente entre las nupcias y los contratos permite hacer un ejercicio de analogía y, de esta forma, entender que son lo mismo.

⁴⁸⁴ VOLTERRA, Op. Cit., p. 647.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 648-649.

⁴⁸⁶ Esto, a partir de la delegación de funciones jurídicas en los ministros de la religión Cristiana, producto de la conversión del Imperio al Cristianismo, y con el traslado de la Capital de Roma a Constantinopla, mutaron la forma de Gobierno (SALCEDO SEGURA, Op. Cit., p. 131).

Sin embargo, los romanos consideraron la existencia de contratos particulares y limitados estrictamente al ámbito patrimonial, de donde no es posible realizar el ejercicio analógico propuesto.

De otro lado, la tesis del hecho social jurídicamente relevante cae en la generalización que tiene la teoría contractual. Razón de esto se encuentra en el hecho de que, en una primera etapa de desarrollo del Derecho romano, la unión existente entre *conventio in manum* y matrimonio hacía que la voluntad para contraer el segundo tuviese el mismo carácter que la del primero, esto es, una voluntad inicial.

Considerando esto, es necesario acudir a una figura adicional para el cabal entendimiento de la institución matrimonial a efectos de su naturaleza jurídica: el acto jurídico, cuyo origen no es romano, sino de la doctrina romanista.

Concebido como una teoría general de los actos derivados de la autonomía de la voluntad, el matrimonio tiene un lugar allí, a partir de las manifestaciones iniciales de voluntad.

Con esto, puede afirmarse que, en virtud del cambio en la forma en que se presentan las manifestaciones de la voluntad matrimonial durante la historia romana (período arcaico, clásico y postclásico-justiniano), que fueron condicionadas por los cambios dados en la familia romana, a partir de las circunstancias estudiadas durante este trabajo, la naturaleza jurídica del matrimonio cambia, de la siguiente forma:

En época arcaica se muestra como un acto o negocio jurídico, sobre la base de la consideración política-religiosa de la familia antigua, con base en una declaración inicial del consentimiento.

Durante la época clásica, el consentimiento deja de ser inicial para convertirse en continuado, con lo cual no se encuadra ya en el ámbito de los negocios jurídicos y toma la forma de un hecho social jurídicamente relevante.

Finalmente, en época postclásica y justiniana, con la influencia cristiana en la familia y la sociedad imperial, regresa a la consideración de acto o negocio jurídico, sobre la base de una *conventio* a la cual el ordenamiento jurídico y religioso otorgar determinados efectos y, especialmente, sobre la base de la sistematización de los impedimentos y su vigilancia a cargo de la administración imperial, en cabeza de los obispos, tras la adopción del Cristianismo como religión oficial.

4. Excursus: Reflexiones acerca del estudio realizado, en el Derecho colombiano actual

La naturaleza jurídica del matrimonio no ha sido objeto de grandes estudios dentro del contexto colombiano, si bien es necesario reconocer que tampoco ha sido una cuestión pacífica, puesto que, como se desarrollará más adelante, la legislación y la doctrina han tomado diversas posturas al respecto.

Tal y como se ha señalado anteriormente⁴⁸⁷, es evidente la necesidad de ahondar en el estudio de la cuestión en el Derecho actual, a efectos de realizar un ejercicio de reflexión que permita una aproximación a la institución matrimonial, para así tener una aproximación más sistemática y completa de la misma.

Como parte del aporte a la discusión, dentro de este acápite se realizará una breve aproximación, desde la perspectiva del Derecho romano, a la naturaleza jurídica del matrimonio en Colombia, a partir de la influencia del aquél en el régimen matrimonial colombiano, para después hacer una aproximación a las posturas que se han adoptado por parte de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia y, finalmente, dejar planteadas algunas cuestiones a partir del estudio desarrollado en las páginas anteriores, como una forma de integrar el estudio del Derecho de la antigua Roma a la discusión actual.

4.1 Influencia del Derecho romano en el régimen matrimonial colombiano: aproximación desde el Código Civil

Afirmar que el Código Civil de Andrés Bello que, con modificaciones, es el vigente hoy en Colombia, tiene influencia del Derecho romano, no es una novedad.

De hecho, a partir de la misma exposición de motivos se vislumbra la influencia de este Derecho, pues, señala el célebre jurista que “Por punto general, el código de las Partidas y el Código Civil francés, han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista”⁴⁸⁸. Lo anterior, debido a que las Partidas, de don Alfonso X, son, en esencia, Derecho romano⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Cfr. Numeral 3.1

⁴⁸⁸ BELLO, ANDRÉS. Obras Completas, XIV: Código Civil de la República de Chile. Fundación la Casa de Bello. Segunda Edición. Caracas: 1981, p. 19. No es esta, por supuesto, la única referencia realizada, ya que, dentro de la misma exposición de motivos, se hace alusión a la doctrina del Derecho romano, como parte de la explicación, por ejemplo, en materia de legitimación de hijos por matrimonio posterior a la concepción (*Ibidem*, p. 6), la mayoría de edad (*Ibidem*, p. 9) y determinación de cuotas hereditarias (*Ibidem*, p. 16).

⁴⁸⁹ SALCEDO SEGURA, *Op. Cit.*, pp. 210-211, citando a José María Ots Capdequi, quien lo afirma en los siguientes términos: “En cuanto a las fuentes de donde tomó don Alfonso la doctrina jurídica consagrada en LAS PARTIDAS es preciso advertir que escritas con posterioridad a la reintegración

Fuera de lo anterior, la doctrina del Derecho civil colombiano, enseña que el Código Civil tuvo como fuentes, además de las señaladas, el Derecho romano clásico y el Derecho justiniano y las corrientes romanísticas derivadas de estos⁴⁹⁰.

Dicho lo anterior, es necesario analizar si las normas sobre el matrimonio que contiene el Código Civil siguen la doctrina del Derecho romano, a efectos de mostrar cuál ha sido la influencia del mismo en el sistema matrimonial de nuestro país⁴⁹¹.

Así, es necesario recordar que el régimen jurídico del matrimonio en Colombia, se encuentra reglado en el Título IV del Libro I del Código, a partir del artículo 113 y hasta el 212⁴⁹².

Partiendo del articulado señalado, es necesario resaltar la influencia romanista existente en el Código, para lo cual se tomarán los ejemplos más claros, mostrando la afinidad existente en los dos ordenamientos.

De esta forma, lo primero que debe señalarse parte del texto del artículo 113 del Código Civil, en relación con la finalidad del matrimonio. Así, la norma indicada consagra que “El matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Salta a la vista, entonces, la influencia romanista del período justiniano, pues, como se vio atrás, el matrimonio en Derecho romano tiene como finalidades la vida común y la procreación⁴⁹³.

De igual manera, el artículo 116 señala la capacidad para contraer matrimonio, indicando, en su redacción original que quienes son capaces para casarse son el varón mayor de veintiún años y la mujer mayor de dieciocho⁴⁹⁴.

Es necesario indicar, entonces, que, si bien existe una distinción con el Derecho romano, donde bastaba la madurez sexual⁴⁹⁵, para permitir el matrimonio

del derecho romano justiniano al centro de Europa, esta obra es el fiel reflejo de esa circunstancia [...] LAS PARTIDAS en lo jurídico son una versión del derecho romano, ora del justiniano...”.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 414. En específico, los maestros Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve analizan las distintas corrientes romanistas que influyeron en la elaboración del Código, destacando el antiguo derecho consuetudinario francés, la escuela de los pandectistas y la legislación española, con las Siete partidas, ya mencionadas, y la Novísima recopilación (VALENCIA ZEA Y ORTIZ MONSALVE, *Op. Cit.*, pp. 35-40).

⁴⁹¹ No siendo la intención del presente trabajo analizar el matrimonio en Colombia, remitimos a algunas obras que han realizado un recuento, más allá del Código Civil vigente, para su estudio: *Cfr.* MORALES ACACIO, ALCIDES. *Lecciones de Derecho de Familia*. Tercera Edición. Leyer Editores. Bogotá: 2013, pp. 109-121. SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I: Régimen de las Personas. Novena Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2006, pp. 63-80.

⁴⁹² Es necesario recordar que, si bien los artículos 110 a 112 del Código Civil hacen relación al pacto de esponsales, en términos históricos íntimamente relacionado con el matrimonio, debido a la materia específica del estudio que se realiza, no será tenido en cuenta, por el alcance del mismo.

⁴⁹³ *Cfr.* Numerales 1.1.2.3.2 y 1.1.2.3.3.

⁴⁹⁴ Actualmente, basta con que sean mayores de dieciocho años, en virtud de la modificación realizada por el Decreto 2820 de 1974, en su artículo 2°.

(mediando siempre autorización del *paterfamilias*), sigue existiendo una reminiscencia de dicho principio en la legislación colombiana⁴⁹⁶.

Sin embargo, la causal de nulidad del matrimonio del artículo 140, numeral 2° del Código, está íntimamente relacionada con lo señalado anteriormente, pues consagra que el matrimonio no tendrá efectos en el caso de que haya sido contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce, o si alguno de los contrayentes tiene menos de dicha edad⁴⁹⁷, confirmando lo ya indicado.

También, los artículos 117 y 120 del Código Civil, consagran la figura del permiso para el matrimonio de menores, indicando que será necesario que los padres o curadores otorguen su autorización, para el matrimonio de éstos.

Con esto, se hace evidente, subyace un elemento característico del Derecho romano: la declaración de voluntad por parte de la persona que tiene la potestad sobre el hijo⁴⁹⁸. Dicho elemento, además, aparece reforzado en el artículo 123, al consagrar que no podrá procederse a la celebración del matrimonio sin la aquiescencia de aquel cuyo consentimiento sea necesario o sin constancia de que puede casarse libremente.

En el artículo 126, hoy derogado, en virtud del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), se señalaba como requisito para la celebración del matrimonio, la presencia del juez del distrito y de dos testigos hábiles. Recuerda esta disposición a la *confarreatio* romana que, como se mostró, requería de una ceremonia celebrada frente a diez testigos y el pontífice máximo⁴⁹⁹.

El artículo 140, ya mencionado, indica, a más de la edad de los contrayentes, que son nulos, entre otros, los matrimonios siguientes: los que son producto del rapto, el de la mujer adúltera con su cómplice, los celebrados entre personas con vínculos de consanguinidad, el contraído entre el padrastro o madrastra y el entenado (derogado por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887), el celebrado entre adoptante y adoptado, el que contraen tutor y pupilo, o pupilo y descendientes del tutor (actualmente derogado, en virtud del artículo 45 de la Ley 57 de 1887).

⁴⁹⁵ Cfr. Numeral 2.1.1.5.

⁴⁹⁶ Así lo reconoce la Corte Constitucional, al señalar (en uno de los pocos pronunciamientos en los que se hace referencia al Derecho romano, en materia de familia) que “La regla según la cuál [*sic*] las mujeres llegan a la pubertad a los doce años y los hombres a los catorce proviene de los sistemas jurídicos desarrollados a lo largo de la historia del Imperio Romano. Aunque no fue la regla que dominó la forma de establecer la pubertad de las personas durante la mayor parte de tiempo que existió y rigió el “Derecho Romano”, recibió la aceptación en los tiempos de Justiniano” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-507 de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴⁹⁷ En la redacción original del artículo. Tras sentencia C-507 de 2004, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “doce”, indicando que debe entenderse que la edad para la mujer, es también de catorce años.

⁴⁹⁸ Cfr. Numeral 2.1.1.1. Recuerda el padre Olís Robleda, que “como regla general, siempre fue necesario, tanto en el tiempo clásico, como en el postclásico, el consentimiento del *paterfamilias*”, para el matrimonio del *alieni iuris* (ROBLEDA, *Op. Cit.*, p. 155).

⁴⁹⁹ Cfr. Numeral 1.1.4.2.

En relación con los casos mencionados (pues hay algunos adicionales dentro del artículo señalado), se ve claramente la influencia del Derecho romano, pues, nacen de este sistema jurídico, como se mostró en el numeral 2.1.2 del presente escrito.

Así mismo, y en lo que respecta a los aspectos tratados dentro del presente trabajo⁵⁰⁰, vale la pena destacar la causal de divorcio la consagrada en el numeral 8º del artículo 154, en la reforma realizada por la Ley 1ª de 1976⁵⁰¹, a saber, la separación de cuerpos judicial o de hecho, por más de dos años.

Se encuentra en dicha causal una reminiscencia de la *trinoctium* del Derecho romano, si bien ampliada en el tiempo, pues, se recordará, bastaba que la mujer estuviese por fuera de la casa de su marido por tres noches, para que no se generara la *conventio in manum*, que estaba íntimamente atada al matrimonio, en una primera época de la historia romana⁵⁰².

Igualmente, el texto original del artículo 154 del Código Civil⁵⁰³, indicaba que una causal de divorcio era el adulterio de la mujer, disposición ésta que concuerda perfectamente con las prohibiciones planteadas en la legislación de Augusto⁵⁰⁴.

El artículo 176 del Código Civil, consagraba, en su redacción original, como obligaciones entre los cónyuges, guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Con esta disposición, hay una clara relación entre el Derecho romano y el colombiano, pues, como se vio, el matrimonio es, según la definición de Modestino, un consorcio para toda la vida, lo cual implica la participación común en todas las cosas de la vida, prósperas o adversas⁵⁰⁵.

El texto original del artículo 177 del Código, contenía el concepto de potestad patrimonial, entendido como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”. No hace falta señalar la similitud existente entre esta potestad y la denominada *manus o potestas maritalis*⁵⁰⁶ del Derecho romano, si bien restringida a los límites de la sociedad de la época.

Finalmente, el artículo 178 indicaba, antes de la reforma introducida por el artículo 11 del Decreto 2820 de 1974, que el marido tiene derecho de obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia. Dicha obligación, tiene una clara similitud con uno de los requisitos indicados dentro del presente

⁵⁰⁰ Hay otros aspectos en los cuales se ve la influencia del Derecho romano en materia de Derecho familiar, que merecerían ser destacados; sin embargo, exceden el alcance de estas líneas, razón por la cual se dejan para investigación por parte del lector o posteriores estudios por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, se excluye el análisis del divorcio.

⁵⁰¹ Causal que no se encuentra en la redacción original del Código.

⁵⁰² VOLTERRA, *Op. Cit.*, p. 154. *Cfr.* Remisión que se hace en la nota 309 a la obra del profesor Gelasio Cermeño y al profesor Biondo Biondi.

⁵⁰³ Artículo que ha sido modificado por la Ley 1ª de 1976 y por la Ley 25 de 1992.

⁵⁰⁴ Numeral 2.1.2.3.

⁵⁰⁵ Numeral 1.1.2.3.2.

⁵⁰⁶ *Cfr.* Numeral 1.1.1.4.2.

escrito: la convivencia⁵⁰⁷. Así mismo, el derecho de obligar a la esposa a seguirle, representa un desarrollo normativo de la potestad marital, que, como se vio, ya existía en el Derecho romano.

Del breve recuento realizado, queda claro que, en lo básico, es decir, elementos, requisitos e impedimentos; condiciones necesarias para el análisis de la institución matrimonial, el Código de Andrés Bello sigue de cerca las huellas del Derecho romano (y, por ende, también el Código Civil colombiano, inspirado en aquél), de donde resulta que la influencia de éste es representativa y, por ende, amerita hacer un análisis del sistema colombiano a la luz del sistema romano.

4.2 La naturaleza jurídica del matrimonio en Colombia: El Código Civil, la Doctrina y la Jurisprudencia: aproximaciones

4.2.1 La naturaleza jurídica del matrimonio en el Código Civil

Para hacer un acercamiento a la naturaleza jurídica del matrimonio en Colombia, es indispensable considerar, en primer lugar, texto del artículo 113 del Código Civil, que como se indicó atrás, consagra que “El matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Del texto de la norma, se desprende que la postura asumida por el Legislador de la época fue la del contrato, lo cual no es una novedad, considerando que ya desde la edad media se había indicado, para el matrimonio en Derecho romano, esta postura como válida y, especialmente, dentro de la doctrina civilista francesa (en especial con la obra de Pothier)⁵⁰⁸, de la cual bebe directamente el Código de Napoleón⁵⁰⁹, fuente, a su vez del Código Civil colombiano⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Numeral 2.1.1.3

⁵⁰⁸ *Cfr.* Numeral 2.2.3. A la luz de la doctrina del Derecho civil, ya no del romano, es una postura que resulta válida, si se le ve desde el punto de vista de su propia historia, toda vez que, como afirma Marcín Balsa, fueron los teólogos juristas españoles quienes crearon la teoría general del contrato, tomando como base las fuentes romanas, pero haciendo un producto ciertamente original (MARCÍN Balsa, Fernando. De los Contratos al Contrato: Notas para el estudio de la Teoría del Contrato en los juristas teólogos españoles de los siglos XVI y XVII. *En:* Revista Mexicana de Historia del Derecho (XXV, 2012), p. 4.). Señala el profesor Guzmán Brito, que fue Pothier el sistematizador definitivo de la teoría general del contrato, que se encuentra dentro de su reconocida teoría general de las obligaciones, en la cual hace la primera exposición estrictamente jurídica del tema. (GUZMÁN BRITO, Para la Historia de la formación... (III), *Op. Cit.*, p. 60).

⁵⁰⁹ Así lo afirma el profesor Salcedo Segura, al manifestar que los redactores del Código de Napoleón lo siguieron minuciosamente, tanto porque sus obras son un curso completo de todas las materias del Derecho civil, como por la claridad de la exposición y la profundidad de sus conceptos, de forma tal que puede afirmarse que “Pothier es al Código Civil francés, lo que Gayo a las Instituciones de Justiniano y Savigny al Código Civil Alemán”. SALCEDO SEGURA, *Op. Cit.*, p. 282.

⁵¹⁰ Como lo señalan Valencia Zea y Ortiz Monsalve (*Op. Cit.*, p. 37).

No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵¹¹ han aportado elementos a la discusión, algunos de los cuales se mostrarán aquí, con el fin de indicar el estado actual de la cuestión, en Colombia, como se verá más adelante.

4.2.2 La naturaleza jurídica del Matrimonio en la doctrina colombiana: aproximaciones

Dentro de este aparte, se pretende hacer una breve aproximación a las posturas que la Doctrina colombiana ha hecho acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, con el fin de dar una breve imagen de la discusión, a partir de algunos autores.

En primer lugar, es necesario resaltar la postura que afirma, como el Código Civil, que el matrimonio es un contrato. Dentro de esta tesis, se encuadra la obra de don Fernando Vélez, que caracteriza al matrimonio como contrato por el hecho de tener como base un acuerdo de voluntades⁵¹². Igualmente, el profesor Alcides Morales adhiere a esta tesis, pues, a partir del texto del artículo 113, afirma, de forma tajante, que “...el matrimonio para el derecho civil, o más bien, para el derecho de familia, es contrato gústenos o no”⁵¹³.

De igual forma, podría encuadrarse en esta tesis, al profesor Roberto Suárez Franco, quien, tras realizar un interesante estudio sobre distintas concepciones acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio⁵¹⁴, se limita a señalar la teoría acogida por el legislador colombiano, sin hacer pronunciamientos adicionales.

⁵¹¹ Que en los últimos años ha realizado interesantes aproximaciones, a partir de las demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil y el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, sobre la unión marital de hecho entre compañeros. La Corte Suprema de Justicia, en cambio, no ha sentado una posición distinta de la del Código, de una forma tajante.

⁵¹² VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo I. Segunda Edición. Imprenta París-América. París: 1926, p. 102. Es necesario señalar, que, a pesar de admitir la naturaleza contractual del matrimonio, el jurista afirma que es “un contrato de naturaleza diferente a los demás, puesto que sólo puede verificarse en los términos establecidos en la ley”.

⁵¹³ MORALES ACACIO, *Op. Cit.*, p. 521. Señala el doctrinante que no hay lugar a duda en esto, a partir del texto del artículo 113, con lo cual, no se presenta el debate que se ha dado en el derecho comparado en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio. No obstante, más adelante en la misma obra (*Ibidem*, p. 523), amplía la postura, indicando que hay posibilidad de entender ésta (sin tomar partido), a partir de la mera declaración de voluntad (que denomina matrimonio-acto), con lo cual el matrimonio sería acto jurídico de carácter familiar, y de la consideración del acuerdo expreso de matrimonio en lo que refiere a que las partes sepan a qué se están comprometiendo, esto es, criterios que están consagrados en la Ley y en los que no interviene la voluntad de las partes (que denomina matrimonio-estado), postura que se parece encontrarse en un punto medio entre la del Acto jurídico y la de la Institución, que se explicará más adelante.

⁵¹⁴ Limitándose al Derecho francés, infortunadamente, pero haciendo un acucioso recorrido por la teoría contractual de Pothier, Demolombe, Colin, Capitant y Josserand; pasando por la teoría institucional de Geroges Renard y Maurice Hauriou, la teoría mixta de Planiol y Ripert y la teoría ecléctica de Bonnacase y realizando una crítica a las dos últimas teorías, en el sentido de que evaden la respuesta a la cuestión (SUÁREZ FRANCO, *Op. Cit.*, pp. 56-62.).

Igualmente, cabe la posibilidad de incluir aquí, también, al profesor Helí Abel Torrado, quien, tras realizar el análisis de la naturaleza jurídica del matrimonio, a partir de las tesis contractual e institucional, concluye que no hay una opinión unánime al respecto y, acto seguido, señala que el legislador colombiano se acogió a la primera, para continuar su estudio, sin entrar en la discusión⁵¹⁵.

En segundo lugar, cabe destacar la posición que afirma que el matrimonio es un acto o negocio jurídico⁵¹⁶. Dentro de esta corriente, se encuentra el maestro Pedro Lafont Pianetta, quien afirma que el matrimonio es un negocio jurídico de carácter familiar⁵¹⁷, separándose del texto de la norma⁵¹⁸. Adicionalmente, debe destacarse que, dentro de la descripción que realiza, indica que lo que distingue al matrimonio de los demás negocios jurídicos es, entre otras cosas, que implica una relación interpersonal humana y, una dimensión múltiple, que incluye aspectos tan importantes como los sociales, morales y religiosos⁵¹⁹.

Así mismo, el profesor Aroldo Quiroz Monsalvo, ha manifestado adherir a esta postura, indicando que el matrimonio se encuentra dentro de la categoría de los negocios jurídicos, añadiendo que el hecho de que por cuestiones de orden político se exija actuación de servidores estatales, como notarios o jueces, no transforma su naturaleza, pues es llevado por particulares y su objeto es crear una *lex privata*⁵²⁰.

De igual modo, muchos años antes, el profesor Gabino Pinzón, ya sostenía esta postura, al indicar que el matrimonio es un “Acto jurídico, regulado y sancionado por la ley, por el que un hombre y una mujer se unen jerárquica y establemente para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y llenar una función de conservación y progreso sociales”⁵²¹. Sienta esta posición, indicando que en el

⁵¹⁵ Indica el jurista lo siguiente: “Como puede observarse, la legislación civil colombiana, al definir el matrimonio, le reconoce inequívocamente el carácter de contrato, independientemente del amplio interés social con él (sic) que esté comprometido. Por esos motivos, sin mayores polémicas sobre su naturaleza, entraremos a estudiar los fines del matrimonio y las formalidades especiales que se exigen para su celebración”. TORRADO, Helí Abel. Lecciones de Derecho de Familia: Matrimonio y Divorcio. Primera edición. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. Bogotá: 2015, pp. 40-43.

⁵¹⁶ Tal y como se enseña en nuestra doctrina, es la “manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a la constitución de efectos jurídicos” (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico. Sexta edición. Temis. Bogotá: 2000, p. 17).

⁵¹⁷ LAFONT PIANETTA, Derecho de Familia..., *Op. Cit.*, p. 190. Indica el jurista que el matrimonio, en cuanto a su naturaleza jurídica, tiene una concepción formal, que le da la categoría indicada (negocio jurídico de carácter familiar) y una concepción material, a saber, un acto humano de casamiento con trascendencia jurídica (*Ibidem.*, p. 191).

⁵¹⁸ Pues, desde su perspectiva, cuando el artículo 113 refiere al contrato, lo hace para distinguir al matrimonio de otros fenómenos, como la unión marital de hecho (*Ibidem.*, p. 185).

⁵¹⁹ LAFONT PIANETTA, *Op. Cit.*, p. 192.

⁵²⁰ QUIROZ MONSALVO, Aroldo. Manual Civil. Tomo V: Matrimonio Civil y Religioso, Unión Marital de Hecho, Nuevo Régimen de Guardas. Tercera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: 2014, p. 313.

⁵²¹ PINZÓN MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 63. Señala el insigne jurista, por demás, que el matrimonio es algo más que un contrato, puesto que sus características esenciales y sus efectos propios difieren de forma notable de las del contrato (*ibidem.*, p. 33), destacando el hecho de que las obligaciones que

matrimonio deben concurrir los elementos esenciales de esta categoría jurídica (capacidad, consentimiento, objeto y causa)⁵²².

En esta misma línea, la de entender el matrimonio como negocio jurídico, parece encontrarse el profesor Jorge Castillo Rugeles, quien sin hacer un pronunciamiento expreso dentro de su texto, pone como último acápite del tratamiento de la naturaleza jurídica del matrimonio el negocio jurídico, tras realizar una crítica a la postura del matrimonio como contrato y la mención al mismo como institución⁵²³.

Una tercera postura que debe resaltarse, es la sostenida por el maestro Arturo Valencia Zea, quien afirma que el matrimonio es una institución, es decir, en palabras del jurista, algo que va más allá de un simple acuerdo de voluntades, toda vez que excede el límite de éste, tanto por sus efectos, como por su duración, pues, los primeros no dependen de la voluntad de los contrayentes y, en los segundos, dichos efectos se extienden a los hijos habidos en él⁵²⁴.

En un punto que toma elementos de las posturas antes descritas, se encuentra el trabajo del profesor Medina Pabón, quien, en un primer momento de su obra señala que “el matrimonio es sin duda, toda una institución jurídica promotora y reguladora de la organización familiar”⁵²⁵, cuyo nacimiento, como se anticipó en la

ligan a los esposos, entre sí y con la sociedad, se producen por mérito de la Ley, y no solamente de la voluntad de los contrayentes (*ibídem*, p. 34). Continúa afirmando que la declaración de voluntad en el matrimonio es una, porque tiene un mismo objeto y un mismo fin, y que dicha unidad produce la comunidad de vida de los esposos, que requiere una jerarquía organizada de funciones y medios, lo cual es incompatible con la igualdad y libertad contractuales (*ibídem*, p. 34-35). Finalmente, señala como crítica a la tesis del matrimonio como contrato, que no es permitido a los esposos sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, frente al incumplimiento del otro, con lo cual no es aplicable la regla contractual de la *exceptio non adimpleti contractus*; y, así mismo, que las obligaciones del matrimonio son autónomas en cuanto a su origen y en cuanto a su vida y duración, lo cual excluye, nuevamente, la libertad e igualdad contractuales (*ibídem*, p. 36-37).

⁵²² *Ibídem*, p. 53.

⁵²³ CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Segunda Edición. Leyer. Bogotá: 2004, p. 102-106. Indica el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, que fue a partir de la Revolución Francesa, en 1789, gracias a la secularización que trajo dicho evento histórico, que empezó el matrimonio a considerarse como contrato. No obstante, continúa, el contrato, dentro del Código Civil, tiene un contenido conceptual bien determinado, que no le es aplicable al matrimonio, razón por la cual, ha de descartarse dicha postura. Con posterioridad, el jurisconsulto explica la teoría de la institución, sin hacer juicio alguno sobre la misma, para, finalmente, manifestar que “Modernamente, y frente a las anteriores acepciones [el matrimonio como contrato y como institución] ha venido emergiendo con perfiles inconfundibles y atrayentes, la teoría del matrimonio como negocio jurídico” (*ibídem*, p. 105).

⁵²⁴ VALENCIA ZEA, Derecho Civil... *Op. Cit.*, p. 81. Indica el célebre jurista, que la definición del artículo 113 del Código Civil, implica siempre el acuerdo libre de voluntades, pero que resulta discutible la conveniencia de usar dicho término, de forma tal que habría sido preferible indicar que refiere solamente a un acuerdo de voluntades (*ibídem* p. 77-78). Adicionalmente, indica que no le es aplicable la categoría de contrato al matrimonio, debido a que implica obligaciones de orden moral y no patrimonial y, de igual forma, que no puede ponerse un término, ni condiciones, a dicho acuerdo de voluntades (*ibídem*, p. 79).

⁵²⁵ MEDINA PABÓN, *Op. Cit.*, p. 48.

introducción del presente escrito, es un contrato solemne⁵²⁶. Con posterioridad, indica que se trata de un acto jurídico *intuitu personae*⁵²⁷.

Igualmente, pareciera ser esta la postura que asume el tratadista Marco Gerardo Monroy Cabra, pues, dentro del aparte destinado a hablar sobre la naturaleza jurídica del matrimonio civil, la última teoría expuesta corresponde al acto jurídico familiar, donde señala la distinción que hay entre el consentimiento (matrimonio-acto) y el matrimonio-estado, afirmando que la naturaleza jurídica del primero es la de un acto jurídico familiar y, a su vez, la del segundo, la de una institución⁵²⁸.

4.2.3 La naturaleza jurídica del matrimonio, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Dentro de este acápite, se mostrarán algunos de los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional colombiana, en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio, a efecto de ver el impacto que han tenido dichas decisiones, dentro de la materia y considerando la importancia que revisten dichos pronunciamientos, en atención a su función de guarda de la Constitución.

De esta forma, la primera sentencia a considerar será la C-660 del 8 de junio del 2000, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, cuyo pronunciamiento versó sobre la constitucionalidad del numeral 1° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, sobre el perdón, consentimiento o el hecho de facilitar las relaciones sexuales extramatrimoniales por parte de un cónyuge al otro, como excepción de éstas para ser alegadas como causal de divorcio.

Dentro de esta providencia judicial, la Corte manifestó lo siguiente:

De otra parte ha de tenerse en cuenta que si bien el ordenamiento jurídico reconoce al matrimonio la naturaleza jurídica de un acto convencional, de un contrato en los términos del citado artículo 113 del Código Civil, las especiales características de su principal consecuencia, la familia, impiden aplicar a esta modalidad de acuerdo de voluntades en sus diversas etapas, los mismos criterios que se aplican dentro del régimen general de los actos jurídicos y de los contratos en particular. Tampoco pueden predicarse a la responsabilidad que surge entre los cónyuges por efecto del matrimonio los criterios determinantes de la

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 53

⁵²⁷ *Ibidem*. Es necesario recordar que la expresión refiere a aquellos actos que se celebran en consideración a la persona, a sus calidades. Debe notarse, por demás, que dentro de las nociones indicadas, se hace alusión a tres teorías diferentes: el contrato, el acto jurídico y la institución, siendo claro el hecho de que no es un contrato, pero quedando en duda la postura definitiva entre la institución y el acto jurídico, pues, más adelante, dentro de la misma obra, indica que uno de los elementos esenciales del mismo es, precisamente, el acto jurídico, manifestando que es “el elemento obvio” (*ibidem*, p. 56).

⁵²⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá: 2003, p. 240-241.

misma en otra clase de relaciones jurídicas. Ello es particularmente evidente en materia de culpa⁵²⁹.

Es claro, en esta primera providencia, que para dicha Corporación, el matrimonio no puede ser considerado como un contrato, si bien no se aventura, por no ser parte de las razones de la decisión (*ratio decidendi*), a hablar de la naturaleza jurídica del matrimonio.

En providencia del día 2 de noviembre del 2000, mediante sentencia C-1495, nuevamente con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, la Corte, al conocer sobre el cuestionamiento de la constitucionalidad del numeral 8° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, relacionado con la separación de cuerpos, de hecho, como causal de divorcio, manifiesta, desde el planteamiento del problema jurídico, que el matrimonio es un contrato.

Adicionalmente, la Corte se aparta de la categoría inicialmente utilizada, acto convencional, pero reconoce, a pesar de que insiste en el tratamiento del matrimonio como contrato, que no encuadra dentro del régimen general de los contratos en el Código Civil.

Esto tiene como consecuencia que la Ley “separe los efectos de la interrupción de la vida en común de las consecuencias que le siguen al incumplimiento de las obligaciones pactadas en contratos de contenido patrimonial”⁵³⁰.

Como razón de esta separación de regímenes, acude al inciso primero del artículo 42 de la Constitución, indicando que el matrimonio es la única fuente de obligaciones que permite que los derechos y obligaciones generadas recaigan sobre la persona misma de las partes.

De lo anterior, se sigue que, si bien el matrimonio es contrato, por cuanto requiere de consentimiento para su conformación, el incumplimiento de la obligación

⁵²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-660 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Previamente a este pronunciamiento, esta Corporación había indicado que el matrimonio es un vínculo jurídico, cuyo elemento esencial es el consentimiento y resaltando que, sin él, no se puede dar dicho vínculo. Para confirmar su postura, acude a la cita del Digesto (D. 35, 1, 15) que señala «*nuptias enim non concubitus sed consensus facit*» (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-533 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa). El ejercicio realizado por la Corte Constitucional en este caso, no necesariamente da lugar, desde un punto de vista histórico, a la conclusión a la que llega, que, como se ve en la argumentación expuesta, pareciera ser que, cuando la Corporación habla de vínculo jurídico, refiere al contrato. Lo anterior, toda vez que, si bien en el Derecho romano se afirmó que es el consentimiento lo que hace al matrimonio y no la convivencia, lo cierto es que, como se ha visto antes (*Cfr.* Numeral 2.1.1.2) esto no necesariamente implica un consentimiento inicial, como lo afirma la Corte, de donde resulta insuficiente la referencia al Derecho romano realizada por ésta, pues, no sólo desconoce los pronunciamientos de la tradición romanista, sino, así mismo, evita otras referencias al Derecho romano, que pueden ayudar a precisar a qué tipo de consentimiento refiere (si inicial o continuado), como, por ejemplo D. 24, 1, 32, 13 que indica que no es el coito, sino la *affectio maritalis* lo que da vida al matrimonio, lo cual implica una consideración más allá del ámbito meramente contractual (*Cfr.* Nota 314) con que pretende impregnar al principio que cita en la providencia.

⁵³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1495 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

personalísima de entrega mutua, personal y exclusiva, no puede estar sujeta a coacción por parte del operador jurídico, como sí lo están los demás contratos⁵³¹.

En sentencia C-271 del 1º de abril de 2003, con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, la Corte, haciendo análisis de la constitucionalidad del numeral 8º del artículo 140 del Código Civil, que indica que el matrimonio es nulo y sin efectos en caso de que uno de los contrayentes haya matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior, nuevamente sostuvo la naturaleza contractual de éste y reiteró, al señalar que existen condiciones especiales de celebración y disolución, que es diferente de los demás en el Código Civil⁵³².

Mediante sentencia C-821 del 9 de agosto de 2005, la ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, en el estudio de la constitucionalidad del numeral 1º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, reitera la afirmación de la sentencia C-660 de 2000, ya reseñada, junto con apartes de sentencias como la C-1495 de 2000 y la C-533 de 2000.

De esta forma, continúa sosteniendo la naturaleza contractual del matrimonio y, añade, lo siguiente:

A partir de la definición dada por la ley, la doctrina sostiene que el matrimonio se caracteriza por ser un contrato: bilateral, porque una vez celebrado se constituye en fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre los esposos, solemne, pues para su validez requiere el cumplimiento de ciertas y precisas formalidades especiales, puro y simple, ya que los derechos y obligaciones que surgen del mismo no pueden someterse a plazo o condición, de tracto sucesivo, por cuanto sus obligaciones se deben cumplir mientras perdure el matrimonio, y debe celebrarse entre hombre y mujer, como una consecuencia de uno de los fines del matrimonio: la procreación⁵³³.

Posteriormente, en el año 2010, la Corte, mediante sentencia C-886, con ponencia del doctor Mauricio González Cuervo, se declaró inhibida para realizar un pronunciamiento de fondo sobre el artículo 113 del Código Civil, en atención a la pretensión de inexecutable condicionada esgrimida por los demandantes, en el entendido de que las parejas homosexuales también pueden contraer matrimonio⁵³⁴.

Así, puede afirmarse que, en general, se ha mantenido la postura, hasta el año 2010, de una forma consistente.

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Por demás, señala la Corporación en este pronunciamiento, indica la aplicación del artículo 1502 del Código Civil, referente a los elementos esenciales de todo contrato: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Así mismo, indica la existencia de elementos particulares, realizando una breve descripción de los mismos. De esto se desprende lo indicado en el texto, esto es, que el matrimonio es un contrato, pero que, debido a sus particularidades, es distinto de los demás que existen dentro del ordenamiento.

⁵³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-821 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³⁴ La razón de la inhibición, fue la “ineptitud sustantiva de la demanda”, pues no se cumplió con las condiciones y requisitos necesarios para realizar un examen de fondo de los cargos planteados (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-886 de 2010. M.P.: Mauricio González Cuervo).

Al año siguiente, la Corte profirió la sentencia C-577 del 26 de julio de 2011, con ponencia del doctor Gabriel Mendoza Martelo, en la cual se estudió la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y del artículo 2° de la Ley 1306 de 2009, en relación con la formación de la familia por parte de “un hombre y una mujer” y la finalidad de procreación expresada en algunas de dichas normas.

En esta providencia, el guardián de la Constitución manifestó que el artículo 42 constitucional encarga a la legislación civil fijar los elementos y requisitos del matrimonio, mientras que el artículo 113 del Código Civil, que data del siglo XIX, le da el carácter de contrato.

Continúa el pronunciamiento, reiterando lo ya afirmado en la jurisprudencia de años anteriores, al afirmar la prevalencia al carácter jurídico del vínculo matrimonial, cuya esencia es el consentimiento, y la imposibilidad de aplicar los mismos criterios del régimen general de los actos jurídicos, en general, y de los contratos, en particular, debido a la singularidad que le es característica⁵³⁵.

Adicionalmente, se plantea, dentro de dicha providencia, la posibilidad de una alternativa al matrimonio, para el caso de las parejas del mismo sexo, a fin de que tengan la misma posibilidad que las parejas heterosexuales, para elegir entre diversas formas de constituir una familia, lo cual está en cabeza del Congreso de la República.

Sin entrar en detalles con respecto al tratamiento de dicha figura, se debe resaltar que la Corte afirma el carácter contractual que ha de tener dicha institución, a imagen y semejanza del matrimonio, pues, indica, es “analogizable” a éste.

Finaliza la decisión de la Corporación señalando la exequibilidad de la expresión demandada del artículo 113 del Código Civil y realiza un exhorto al Congreso de la República, para legislar sobre los derechos de las parejas del mismo sexo⁵³⁶.

Finalmente, en sentencia SU-214 de 2016, la Corte indica que la configuración de un concepto jurídico implica, no sólo la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad, reconociendo que se trata de un concepto evolutivo, cuya comprensión ha variado con el paso del tiempo.

Tras realizar un breve recuento histórico de la evolución del matrimonio⁵³⁷, afirma la Corte que la consideración del matrimonio como contrato civil nace en la

⁵³⁵ Manifestada, en este pronunciamiento, en los componentes afectivos y emocionales de la relación matrimonial. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011. M.P.: Gabriel Mendoza Martelo.

⁵³⁶ En el momento en que se realiza este trabajo, aún se espera esa regulación, especialmente en relación con la unión “contractual” para las parejas del mismo sexo, con lo cual, desde el 20 de junio de 2013, es posible acudir ante juez o notario a formalizar y solemnizar dicho vínculo, en razón al numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia en estudio.

revolución francesa⁵³⁸ y continúa señalando la forma como esta tesis influyó en los diferentes ordenamientos.

Acto seguido, menciona que la palabra matrimonio ha “evolucionado”, sobre la base de distintas tendencias, influencias, tensiones y oscilaciones, afirmando que, en un primer momento, coincidió con el sentido consagrado en la Pragmática Real sobre Matrimonios de 1776⁵³⁹.

Con posterioridad, bajo la Constitución de 1853, afirma la Corte que el matrimonio fue regulado por primera vez, por medio de la Ley del 20 de junio de dicho año, definiendo el matrimonio como contrato.

Seguidamente, señala que, durante el período liberal de 1863, los diferentes Estados regularon de forma distinta la institución matrimonial, destacando que

⁵³⁷ Mezclando el relato histórico con algunas nociones sobre la naturaleza jurídica de la institución, como es el caso del matrimonio como sacramento, al hablar de los Concilios de Letrán y de Trento, y, de paso, extendiendo a categoría de alianza a todos los matrimonios de la antigüedad, lo cual, como se vio respecto de Roma, no es exacto, en el entendido de que una alianza es, según el DRAE en algunas de sus acepciones, la acción de aliarse, un pacto o convenio en que se recogen los términos en que se alían dos o más partes; la conexión o parentesco que se adquiere por el casamiento o el matrimonio en sí mismo. Con esto, no es clara la utilización del término alianza por parte de la Corte, ya que, o bien se refiere a que la alianza es una unión, caso en el cual no refiere a su naturaleza jurídica, o entra en una tautología, pues define al matrimonio como sí mismo, en tanto alianza significa, también, matrimonio.

⁵³⁸ Comentario que puede llegar a ser discutible, por ejemplo, a partir de las afirmaciones de Hattenhauer, quien afirma que la tesis del matrimonio como contrato civil nace a partir de la reforma de Lutero, quien afirmó que “Defiendo, invoco y clamo que hay que dejar tales cosas (el matrimonio) a las autoridades temporales [...] Nadie puede negar que el matrimonio es cosa exterior, temporal, y como el vestido o el alimento, la casa o el campo, sometido a la autoridad del mundo” (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona: 1987, p. 135.).

⁵³⁹ Documento mediante el cual el Rey Carlos III obliga a los hijos menores de veinticinco años a pedir y obtener el consentimiento de sus padres para la celebración del matrimonio, y cuyos efectos fueron extendidos al territorio americano en el año 1778 (MÓ ROMERO, Esperanza y RODRÍGUEZ GARCÍA, Margarita. *La Pragmática Sanción de 1778: ¿solución o conflicto?* *En: Histórica* (XXV.1; 2001), p. 77). Cabe resaltar, dentro de la citada pragmática, se habla ya del contrato civil de matrimonio, sin desconocer su naturaleza canónica de sacramento, al manifestar lo siguiente:

“Y no habiendose podido evitar hasta ahora este frecuente desorden, por no hallarse específicamente declaradas las penas civiles en que incurran los contraventores, he mandado examinar esta materia con la reflexion y madurez que exige su importancia, en una Junta de Ministros, con particular encargo, de que dejando ilesa la autoridad eclesiastica, y disposiciones canónicas en quanto al Sacramento del Matrimonio para su valor, subsistencia y efectos espirituales, me propusiese el remedio mas conveniente, justo y conforme á mi autoridad Real en orden al contrato civil y efectos temporales, que evite las desgraciadas consecuencias que resultan de estos abusos, y de la inobservancia de las leyes establecidas para contenerlos; y en su cumplimiento me hizo presente la serie de las que en todos tiempos promulgaron los Reyes mis gloriosos progenitores, sobre este importante objeto, y medios prácticos de restablecerlas en su debido y conveniente uso” (subrayas fuera de texto) (CARLOS III. *Pragmatica sancion a consulta del Consejo*, en que S.M. establece lo conveniente para que los hijos de familias con arreglo á las leyes del reyno pidan el consejo, y consentimiento paterno, antes de celebrar esponsales, haciendo lo mismo en defecto de padres á las madres, abuelos, ò deudos mas cercanos, y á falta de ellos hábiles á los tutores y curadores, baxo de las declaraciones y penas que expresa. Imprenta de Pedro Marín. Madrid: 1776, p. 5).

Antioquia tomó para sí la postura canónica (matrimonio como sacramento), mientras que Santander lo asumió como contrato civil.

En el año 1873, el código de la Unión fue sancionado y la Corporación destaca que su antecedente se encuentra en el trabajo realizado por don Andrés Bello, indicando como fuentes de su inspiración los Códigos de Napoleón (1804) y de Austria (1811), el Derecho indiano y algunos aspectos del Canónico y las Siete Partidas⁵⁴⁰.

Continúa la Corte afirmando que, tras 1886, el significado del matrimonio volvió a cambiar, sobre la base del Concordato del año 1887 y, así mismo, con la legislación posterior, a la cual hace algunas referencias, para terminar con la Constitución de 1991, de donde destaca la extensión de los efectos civiles al matrimonio canónico y el efecto de los divorcios en ambos ordenamientos.

Con el recorrido realizado, del cual aquí sólo se hace una breve referencia, afirma la Corporación que la evolución del matrimonio da cuenta de que su configuración actual responde a la interacción de aspectos que exceden el ámbito jurídico y afirma que dicha evolución ha sido ininterrumpida a lo largo del tiempo y reconoce que su naturaleza jurídica ha sido abordada desde distintas ópticas, tales como el sacramento, el contrato o la institución.

La Corte concluye señalando que,

...en la actualidad, en un Estado Social de Derecho, en un paradigma de separación entre la Iglesia y el Estado, la regulación del matrimonio desborda los clásicos cánones del derecho legislado (contrato civil), para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales⁵⁴¹.

En consecuencia, se hace claro que la postura de la Corte Constitucional acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, hasta el año 2016 sigue siendo la del contrato y, en concreto, la de un contrato *sui generis*, en tanto no le son aplicables las normas del régimen general de los contratos que se encuentran en el Código Civil.

No obstante, a partir del texto citado de la Sentencia SU-214 de 2016, la Corte parece virar hacia una postura mucho más amplia, que no señala en momento alguno.

Con esto, la Corporación mantiene su postura, dando a entender que, si bien el matrimonio ha cambiado, su elemento esencial es el consentimiento inicial, que,

⁵⁴⁰ Es natural manifestar nuestro desacuerdo al análisis realizado por el Guarda de la Constitución, pues, como se vio anteriormente (*Cfr.* Numeral 4.1), el trabajo de Andrés Bello y, por ende, la legislación matrimonial colombiana, siguen de cerca la legislación romana, que fue, por supuesto, tomada en cuenta, ya por vía directa, ya por vía indirecta, como en el caso de las Siete Partidas (*Cfr.* Numeral 4.1, párrafo segundo).

⁵⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-214 de 2016. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

por lo que se ve del recorrido histórico realizado, aparece como inamovible, dentro del recorrido histórico y argumentativo realizado a lo largo del texto⁵⁴².

Es necesario, en todo caso, debido al problema a tratar dentro de la sentencia, las uniones de parejas del mismo sexo. Así, la Corte, en la sentencia reseñada, hace referencia al pronunciamiento C-577 de 2011, en el cual, como se indicó atrás, la unión solemne entre parejas del mismo sexo da lugar a un contrato civil.

Añade, más adelante, que este tipo de unión no suple el déficit de protección, ya que no permite formar familia, no puede generar un cambio en el estado civil, no rigen deberes de fidelidad y socorro mutuo, no se crea sociedad conyugal, los contratantes no entran en el correspondiente orden sucesoral, no se brinda en otros Estados la misma protección que se da a los cónyuges y no pueden invocar beneficios fiscales. De esto, la Corte deduce que el contrato solemne e innominado o atípico de unión entre parejas del mismo sexo no genera los mismos efectos personales y patrimoniales del matrimonio.

Con base en lo anterior, y buscando superar el déficit indicado, la Corte decide, entre otras cosas:

OCTAVO. EXTENDER, con efectos inter pares, la presente sentencia de unificación, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante Jueces Civiles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.

NOVENO. DECLARAR que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica.

Con esta decisión, ciertamente, se marca un hito en la historia del matrimonio en Colombia, pues, de lo allí señalado, se entiende la posibilidad de contraerlo por parte de parejas del mismo sexo⁵⁴³.

⁵⁴² Y, con esto, desconociendo toda la teoría del Derecho romano, a partir del planteamiento histórico de Manenti, que revolucionó el entendimiento y el estudio del matrimonio en el Derecho romano. Adicionalmente, salta a la vista una curiosidad en relación con el estudio realizado: el hecho de que las referencias que se hacen tienen un carácter estrictamente histórico-jurídico, desconociendo la necesidad de un estudio histórico-social, antropológico y sociológico, de donde resulta que, en últimas, el matrimonio sea producto, como indica la Corte, del ejercicio de poder y la ideología, pero haciendo caso omiso al contexto real de la sociedad que se estudia en cada período.

⁵⁴³ Esto sólo confirma la postura que señala la Corte dentro de la sentencia en estudio, a saber, que éste “no solo responde a la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad”, de donde se

No obstante lo anterior, y a los efectos del presente *excursus*, este pronunciamiento no marca una diferencia en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio, esto es, un contrato que tiene particularidades que hacen que esté en un plano distinto del resto de los contratos civiles⁵⁴⁴.

4.3 Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio en Colombia, a partir del estudio del Derecho romano

Dentro del presente aparte, se pretende dejar simplemente esbozadas algunas inquietudes y reflexiones que giran en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio en Colombia, a la luz del trabajo realizado dentro del texto, en especial referencia a los numerales anteriores⁵⁴⁵.

En primer lugar, se plantea la posibilidad de aplicar una metodología similar a la desarrollada a lo largo del texto, para tener una perspectiva de la familia y el matrimonio en el Derecho colombiano actual.

En relación con este punto, se busca hacer evidente la necesidad de realizar un análisis de la historia de la familia en Colombia, más allá de las breves referencias que se realizan en los pronunciamientos de los doctrinantes y las Altas Cortes, para dar lugar a una perspectiva integral, que incluya la cooperación con distintas áreas del conocimiento, a efecto de tener certeza en la evolución de esta institución a lo largo de los años.

Con un panorama como el anterior, se hace necesario para el estudioso del Derecho realizar un recorrido histórico de la evolución de la legislación y la jurisprudencia nacional, en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio, a partir, por

deriva que, en un momento dado, también puede llegarse a una conclusión como la indicada, sobre la base de la relación de poder y por sobre la base de cargas afectivas. Así mismo, a partir de la consideración de la Corte, sobre la base del pensamiento de los filósofos del lenguaje, al señalar que “aquello que los individuos se representan mentalmente cuando se alude a la palabra “matrimonio”, dependerá del resultado de unas relaciones de poder, la interacción entre un conjunto de valores culturales, y asimismo, lo socialmente preestablecido y aceptado por las mayorías” hace que deba realizarse un estudio cuidadoso de los pronunciamientos de la sentencia, puesto que pone en cabeza de las mayorías la definición del matrimonio y sus elementos. Con esto en la mira, no es completamente claro que el consentimiento inicial pueda ser, como lo afirma la Corte a lo largo de los últimos dieciséis años, un elemento inamovible, pues, dependerá de la aceptación de la mayoría y, en esta medida, será necesario entrar a estudiar, bajo preceptos de la estadística, la sociología, la antropología y demás ciencias sociales afines, si, en efecto, la mayoría de la población colombiana piensa que dicho elemento es esencial al matrimonio.

⁵⁴⁴ Se hace necesario evidenciar el hecho de que la Corte, históricamente y, en específico, en se sentencia SU-214 de 2016, no entra a analizar las distintas posturas que la doctrina nacional ha tomado para el estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio, lo cual, en nuestra opinión, impide realizar un tratamiento completo de la institución.

⁵⁴⁵ Esto, considerando que el centro de la investigación es el Derecho romano, y que el análisis de la cuestión en el Derecho colombiano, daría lugar a un trabajo que excede los propósitos del presente escrito.

supuesto, del estudio del Código Civil vigente, pero, también, de los Códigos anteriores.

Teniendo dicha base, será necesario realizar un trabajo similar, en su estructura, al desarrollado dentro del presente texto, a fin de ver si, en primer lugar, ha habido un cambio real en la situación de la familia y en la del matrimonio y, posteriormente, examinar si los cambios que se han dado en éste, han sido influidos por la evolución de aquella, si es que en realidad ha cambiado.

Con esto, se cree que puede haber una mejor forma de comprender la institución matrimonial y, por esa vía, lograr un mejor desarrollo, que tenga un fundamento histórico y sociológico, cuando menos, que permita un mejor entendimiento y haga plausible una legislación coherente con el momento histórico que se vive, superando así el simple reconocimiento de afectos, ideologías y relaciones de poder como bases de la formación de una noción del matrimonio y acercándolo a un contexto integral, que comprenda una realidad social completa.

En segundo lugar, salta a la vista que la posición sentada por la Corte Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, de que el matrimonio es un contrato, deja de lado consideraciones tan importantes en el ámbito estrictamente jurídico, como las realizadas por los doctrinantes de la materia, lo cual hace que el estudio realizado quede incompleto, en lo que respecta a este tema.

Adicionalmente, es claro que la Corte no ha hecho un estudio de fondo de la naturaleza jurídica, limitándose, por tanto, al contenido del artículo 113 del Código Civil, lo cual limita el estudio de la materia y, en tal sentido, también su interpretación por parte del órgano Guarda de la Constitución, pues limita la visión que se tiene de la misma y, por tanto, las posibilidades de interpretar el texto legal de una forma más integral.

De igual forma, debe anotarse que la postura adoptada en la sentencia SU-214 de 2016 en lo que refiere a la concepción cambiante del matrimonio (que tiene su base en relaciones de poder, cargas afectivas e ideologías), entra en conflicto con la afirmación realizada por la misma Corte en dicho pronunciamiento, sobre la base del pensamiento de los filósofos del lenguaje, según el cual se pone de manifiesto que debe tenerse en cuenta lo socialmente preestablecido y aceptado por las mayorías, que, será lo que marque el entendimiento de la palabra en un momento dado y, por tanto, debiera ser tenido en cuenta a la hora de realizar un estudio de la institución.

Con esto, se hace necesaria una crítica al proceder de la Corte Constitucional, toda vez que, si bien realiza un estudio acucioso del concepto de matrimonio, en cuanto a su evolución histórica, deja de lado el estudio de la familia, en general, y la evolución que ha tenido, limitándose, dentro de la sentencia señalada, únicamente al estudio de su propia jurisprudencia, en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo.

Con esto, se considera que hace falta una aproximación histórica y sociológica, cuando menos, al estudio, pues, bien podría darse la posibilidad de que este tipo de concepciones, sentadas en pronunciamientos tan importantes como el estudiado, sea producto de las relaciones de poder señaladas por la Corte, más que de la evolución de la familia, lo cual, en nuestra visión, representa un análisis simplemente jurídico, que puede pecar de insuficiente, desde el trabajo y la metodología que hemos propuesto dentro del presente trabajo⁵⁴⁶.

En tercer lugar, se plantea como posibilidad la reevaluar la tesis sobre la naturaleza jurídica del matrimonio y, en ese estudio, verificar, a la luz de la historia, la posibilidad de entender al matrimonio como un hecho social jurídicamente relevante, a semejanza de la época republicana de Roma.

Esta consideración, en nuestra opinión, permitiría que el matrimonio sea capaz de ajustarse de una forma más pacífica a cambios que han sido proclamados en los últimos tiempos como evoluciones de la familia, por ejemplo, los relacionados con parejas homosexuales.

Razón de lo anterior, el hecho de que, al estudiarse como un hecho social, el matrimonio no estaría sometido a una configuración legislativa expresa, que implique el engorroso trámite legislativo a que actualmente se someten disposiciones de toda índole y que, como se ha visto en algunos casos, pueden terminar en el archivo de los proyectos, por las más variadas razones.

Adicionalmente, siendo el hecho social dependiente de los movimientos propios, del contexto del país en un momento determinado, no estará sometido a los dictámenes de un juez o de un cuerpo legislativo que defina lo que es el orden público, ni a requisitos especiales, más allá de aquellos que la misma sociedad exija en su propia realidad histórica⁵⁴⁷.

Esta postura, a su vez, permitiría equiparar al matrimonio y la unión marital de hecho, superando la discusión que ha dado lugar a pronunciamientos que sólo han enrevesado la discusión académica y la práctica jurídica⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Valga la pena resaltar que, dentro del texto de la sentencia SU-214 de 2016, parte del estado de la cuestión se analiza a partir del estudio del Derecho comparado y, por ende, se deja a un lado la realidad social colombiana que debe ser la que se tenga en cuenta para analizar una situación de tan profundo interés e impacto en la misma.

⁵⁴⁷ Es clara la dificultad existente en la propuesta descrita, pero, no se considera un imposible, si las acciones estatales y de los académicos se dedican a lograr este objetivo, que permitiría, no solamente lograr lo propuesto, sino, así también, permitir un análisis de similar índole en otros campos y, de paso, reivindicar la necesidad del estudio de las ciencias sociales como instrumento para el análisis y, por esa vía, motor de cambio para la sociedad.

⁵⁴⁸ Como, por ejemplo, la prohibición de compraventa entre cónyuges no divorciados y su permisón en el caso de la unión marital de hecho, antes de la sentencia C-068 de 1999, con ocasión de la sentencia C-174 de 1996; el régimen patrimonial en uno y otro caso, o el caso de las parejas del mismo sexo (entendiendo este término en el ámbito estrictamente biológico) y la discusión suscitada con motivo del pronunciamiento sobre la posibilidad de estas parejas de contraer una unión civil (ya como matrimonio, ya como un contrato innominado), que se dio, en parte, en la

Igualmente, el estudio del matrimonio como una situación de hecho, el cual, desde el estudio del Derecho romano, conlleva a la necesidad de cumplir con los elementos básicos estudiados anteriormente (convivencia y *affectio maritalis*), permite facilitar la formación de familia y, así mismo a facilitar la disolución del mismo, en caso de ruptura de la armonía familiar, (en razón al tratamiento del consentimiento como continuado y no simplemente inicial, como se trata actualmente) sin necesidad de acudir a causales específicas y dejando en manos del juez civil (y, excepcionalmente, en el de familia, cuando existan desacuerdos en las obligaciones alimentarias) la disolución del régimen patrimonial.

En cuarto lugar, la realización de un estudio histórico y dogmático de la familia, en las proporciones propuestas y bajo la metodología señalada, permitiría que una eventual reforma al régimen matrimonial del Código Civil se haga considerando una realidad y, así mismo, reconociendo la posibilidad de legislar, con miras a futuros cambios en la sociedad, superando, por ejemplo, nociones como la señalada por la Corte Constitucional, de que el elemento esencial del matrimonio es el consentimiento inicial y dando la posibilidad de que, de la misma forma en que afirma que, por la evolución del concepto, elementos como el sexo de las partes o la finalidad de procrear han cambiado con el tiempo⁵⁴⁹, así mismo pueda reconocerse que el consentimiento puede ser continuado, como lo fue en época de la República romana.

sentencia C-577 de 2011 y en la sentencia SU-214 de 2016. Quizá sea motivo de pregunta la inconveniencia de esta solución, debido a que no es de interés del Estado que se realicen matrimonios a sus espaldas. No obstante, la solución radica, precisamente, en el hecho de que, habiendo una unificación de los regímenes al considerar cualquier unión aceptada por la sociedad como matrimonio, la obligación en cabeza de los esposos será la de realizar el cambio en el registro civil de su estado, lo cual, adicionalmente, superaría la discusión acerca de si la unión marital de hecho representa un cambio en éste. Puede, nuevamente, surgir la duda sobre la efectividad de exigir un registro, pero, de un lado, excede nuestro objeto de estudio y, del otro, basta con ver que, en este momento, hay muchos matrimonios que jamás se registran o que, de registrarse, se hacen en el momento de la disolución.

⁵⁴⁹ Como lo hace en la sentencia SU-214 de 2016.

5. Conclusiones

El estudio de la naturaleza jurídica de una institución da los lineamientos para que se desarrolle el estudio de la misma y, a partir de dicho estudio, se genere su evolución, desde un punto de vista eminentemente jurídico.

Con base en esto y teniendo en cuenta que la institución matrimonial tiene su origen jurídico en el Derecho romano, pues de los textos presentes en las fuentes se dará el posterior desarrollo de la misma, dentro del sistema jurídico occidental, se revela importante realizar algún aporte que contribuya a la solución de la cuestión acerca de su naturaleza jurídica, a partir de su desarrollo histórico y doctrinal.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que el matrimonio romano no es un instituto aislado del mundo social y jurídico, sino que, antes bien, forma parte esencial del ámbito familiar de dicha sociedad y guarda una estrecha relación con ella.

Así, es necesario partir de la base de que la familia en Roma es, en términos generales, un grupo político y religioso, de naturaleza similar a la del Estado, surgido con propósitos de orden y defensa, cuya base es el *paterfamilias*, quien cuenta con una serie de poderes sobre sus súbditos, especialmente la *manus*, que ejerce sobre su esposa y que desaparecerá con el tiempo.

A partir de esta conexión existente entre la *conventio in manum* (la ceremonia por medio de la cual la mujer entra en la familia de su marido) y el matrimonio, se ha discutido si este último en Roma es único o si, por el contrario, es de dos tipos: *cum manu* y *sine manu*.

Sin embargo, a la luz de la forma como cambia la familia y se presenta el contexto histórico romano, puede aceptarse la posibilidad de que las posturas esbozadas no son excluyentes, sino complementarias, ya que la segunda explica la situación antes de las XII tablas y la primera, después de este período.

Hecha esta aclaración, debe hacerse notar que las definiciones dadas por la doctrina difieren en algunos puntos, razón por la cual la mejor forma de estudiar la institución se da a partir de los textos que se conservan en el *Corpus Iuris Civilis*.

De las dos definiciones que traen los textos, la que más relevancia ha tenido ha sido la atribuida al jurista Modestino, quien afirma que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, consorcio para toda la vida y comunicación de derechos divinos y humanos.

A partir de la definición reseñada, la doctrina ha sentado los elementos requeridos para la celebración del matrimonio y se han sentado ciertas posturas en relación con el mismo, a saber: el matrimonio tiene un carácter disoluble, tiene como finalidad la procreación como finalidad y la concepción religiosa existente en la definición de Modestino no es producto del influjo del Cristianismo, sino que

atiende al espíritu religioso que ya existía en la sociedad romana anterior a dicha religión.

Por demás, la familia romana no es un ente estático, sino que, con el devenir de la historia, va sufriendo cambios, que pueden ser estudiados a partir de la transformación del papel de sus miembros, la legislación (especialmente en el período de Augusto) y el Cristianismo.

La autoridad del *paterfamilias* se ve menguada con el tiempo, viéndose limitados sus poderes desde época temprana, hasta llegar casi a desaparecer, mientras que, correlativamente, los *filiifamilias* y la mujer van ganando protagonismo, a partir de concesiones y acceso a derechos que antiguamente les estaban vedados.

Lentamente, la decadencia fue apoderándose de la sociedad romana y, con el fin de evitar la propagación de dicha situación, en un intento por volver a recuperar el antiguo esplendor romano, Augusto realiza su reforma, fomentando los casamientos y la procreación. Su legislación marcaría un cambio en relación con el matrimonio y la familia, al poner los primeros ladrillos para la construcción de una ideología moral para su sociedad.

Desde el siglo I. d.C., el Cristianismo empieza a permear la sociedad romana, con lo cual, lentamente se va produciendo un cambio en la sociedad, que tiene un impacto directo en la familia y el matrimonio, ya que a partir de su acogida como religión oficial de Imperio se crea un nuevo modelo de familia, del cual proviene la familia moderna.

Igualmente, se generará una serie de cambios, especialmente respecto de las limitaciones al mismo, de donde provienen los impedimentos, que aún se encuentran en algunas legislaciones y, también, la posición de la mujer dentro de la sociedad y la familia.

Los cambios reseñados tendrán influencia en la forma como se entiende la naturaleza jurídica del matrimonio para la doctrina. Sin embargo, es necesario para realizar su estudio comprender que se trata de una institución que tiene efectos jurídicos y elementos cuya consideración sólo puede ser entendida desde dicha óptica.

Este carácter jurídico del matrimonio se hace evidente en algunos elementos, como el *conubium* y el consentimiento, y de los diversos impedimentos dados a través de la historia, muchos de los cuales existían desde el principio de la *civitas*, e, igualmente, en los efectos que genera.

A partir del estudio de dichos elementos, la doctrina ha desarrollado dos grandes posturas sobre la naturaleza jurídica el matrimonio: el contrato y el hecho social jurídicamente relevante.

La posición que afirma que el matrimonio es un contrato, nace durante la Edad Media y parte de la base de que el tratamiento de ambas instituciones es similar, especialmente en relación al consentimiento, que tiene un carácter inicial.

No obstante, esta teoría no es admisible, pues el Derecho romano no desarrolló una teoría general del contrato, esto es, no trabajó nunca sobre dicha categoría genérica. Existían, en cambio, contratos particulares, cuya clasificación se encuentra en las fuentes y están referidos a relaciones jurídicas de carácter estrictamente patrimonial: las obligaciones del *ius civile*. Solamente a partir del período helenístico se da un acercamiento a la consensualidad, sin que llegue a darse dicha teoría general.

Con Carlo Manenti, se asesta el golpe definitivo a la teoría contractual del matrimonio y nace la teoría del hecho social jurídicamente relevante, pues se parte de la semejanza existente entre éste y la posesión, de donde deriva el hecho de que el consentimiento tiene un carácter continuado y que, además, se requiere de un elemento objetivo para la existencia del matrimonio: la convivencia.

La doctrina, posteriormente ha ido perfilando estos elementos y, a partir de los estudios de Orestano y Volterra, se ha superado esta postura, para dar lugar al consentimiento continuado como único elemento requerido para la existencia del matrimonio.

A pesar de la aceptación de esta teoría por parte de gran parte de la doctrina, su aplicación no es absoluta, puesto que cae en la generalización que tiene, a su vez, la doctrina contractual, ya que parte de los textos considerados de época clásica y se enfoca en ellos, sin hacer referencia a la época arcaica y a la postclásica.

De esta forma, el estudio realizado por esta postura se encuentra limitado en el tiempo, a la época en la cual la familia romana se encontraba en un estado de expansión y libertades que no existían en una primera época y que se vieron limitados con los cambios introducidos por el Cristianismo en la familia y la sociedad romanas.

En una primera época, unidas la *conventio in manum* y el matrimonio, no es posible predicar la existencia de un consentimiento de carácter continuado del consentimiento matrimonial, por lo cual la teoría se encuentra limitada a un determinado contexto: el de la época clásica.

Demostrado el hecho de que la teoría del hecho social jurídicamente relevante no aplica para todas las épocas de la historia del Derecho romano y ante la imposibilidad de predicar el carácter contractual del matrimonio, es necesario acudir a una teoría nacida en el seno de los estudios del Derecho romano: el acto o negocio jurídico.

Considerando que el acto jurídico fue concebido como una teoría general de los actos derivados de la autonomía de la voluntad, el matrimonio tiene allí su lugar, si se considera el consentimiento como inicial, esto es, semejante al de los contratos.

Así, puede afirmarse que durante la época arcaica, en razón al carácter rígido de la organización familiar, entendida como organismo político y religioso, el matrimonio fue un acto jurídico, pues el consentimiento prestado para la entrada en la familia de la mujer, ligado indiscutiblemente al matrimonio, tiene un carácter inicial y no continuado.

Durante la época clásica, el consentimiento deja de ser inicial para convertirse en continuado, con lo cual no se encuadra ya en el ámbito de los negocios jurídicos y toma la forma de un hecho social jurídicamente relevante.

Finalmente, en época postclásica y justiniana, con la influencia cristiana en la familia y la sociedad imperial, regresa a la consideración de acto o negocio jurídico, sobre la base de una *conventio* a la cual el ordenamiento jurídico y religioso otorgar determinados efectos y, especialmente, sobre la base de la sistematización de los impedimentos y su vigilancia a cargo de la administración imperial, en cabeza de los obispos, tras la adopción del Cristianismo como religión oficial.

Una reflexión somera en torno al impacto del trabajo realizado dentro del matrimonio en Colombia permite ver la influencia del Derecho romano en Código Civil en el régimen matrimonial y, en ese sentido, afirmar que sigue muy de cerca las bases que se sentaron a partir de allí.

Adicionalmente, se ve, a partir del estudio del artículo 113 del Código Civil, que la naturaleza jurídica del matrimonio es la de un contrato, posición, por demás, sostenida por la Corte Constitucional durante los últimos dieciséis años.

No obstante lo anterior, la doctrina ha realizado sus pronunciamientos desde distintas posturas: por un lado, están quienes adhieren a la teoría contractual del Código Civil y por el otro, quienes se apartan de la misma, afirmando que el matrimonio es una institución o que es un negocio jurídico, en algunos casos, indicando que éste es de carácter familiar.

Considerando el desacuerdo atrás señalado, la posibilidad de aplicar la metodología propuesta en este trabajo puede, en nuestro concepto, permitir una mejor forma de comprender la institución matrimonial y, por esa vía, lograr un mejor desarrollo, toda vez que hace patente el estudio de la familia colombiana a través de la historia, haciendo plausible que la actividad legislativa y jurisdiccional sea coherente con el momento histórico que vive la sociedad colombiana y, de esta forma, pueda ejercer su actividad pensando en el futuro.

Para terminar, la posibilidad de replantear la naturaleza jurídica del matrimonio en Colombia, a partir del estudio del Derecho romano, verificando, a la luz de la historia la posibilidad de su estudio como un hecho social jurídicamente relevante,

permitiría realizar avances en la comprensión de la institución, pues se haría desde una perspectiva más integral y consciente de los cambios sociales y, por esa vía, superar algunos de los debates que se han presentado en la doctrina y la jurisprudencia de los últimos años, especialmente en relación con el sexo de las partes, el consentimiento inicial como requisito esencial del matrimonio y, finalmente, la posibilidad de unificar el régimen económico de las relaciones de pareja.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABUNDIS ROSALES, María Antonia y ORTEGA SOLÍS, Miguel Ángel. Matrimonio y Divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa. Primera edición. Universidad de Guadalajara. Puerto Vallarta, Jalisco: 2010.
2. ALARCÓN PALACIOS, Yadira. Régimen patrimonial del Matrimonio desde Roma hasta la Novísima recopilación. En: Revista de Derecho. Universidad del Norte (No. 24, 2005), pp. 2-31.
3. ALBERTARIO, EMILIO. Corso di Diritto Romano: Matrimonio e Dote. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore. 1942.
4. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El concepto de familia en Roma arcaica. En: Ars Boni et Aequi (No. 1, 2005), pp.37-143.
5. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El origen de los poderes del “Paterfamilias”: I: El “Paterfamilias” y la “Patria potestas”. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XXVIII, 2006), pp. 37-143.
6. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. El origen de los poderes del “Paterfamilias”: II: El “Paterfamilias” y la “Manus”. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XXIX, 2007), pp. 51-163.
7. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. Origen de los Poderes del *Paterfamilias*: El *Paterfamilias* y la *Patria Potestas*. Editorial Dykinson S.L. Madrid: 2009.
8. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. Origen y función de la “mancipatio”. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XXXIII, 2011), pp. 37-63.
9. ANDRADES RIVAS, Eduardo. La ciudadanía Romana Bajo los Severos. EN: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano] (XXXI, 2009), pp. 87-123.
10. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Depalma. Buenos Aires: 1952.
11. Aulo Gelio, Noches Áticas.
12. AULO GELIO. Noches Áticas. I. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.: 2000.
13. BEARD, Mary. SPQR: Una historia de la antigua Roma [eBook]. Titivillus. S.l.: 2015.
14. BELLO, ANDRÉS. Obras Completas, XIV: Código Civil de la República de Chile. Fundación la Casa de Bello. Segunda Edición. Caracas: 1981.
15. BERGER, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. En: Transactions of the American Philosophical Society (Vol. 43, No. 2, 1953) pp. 333-809.
16. BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Comares S.L. Granada: 2000.

17. BIALOSTOSKY, Sara. El Beneficium competentiae. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (No. 9, 1977), pp. 221-237.
18. BIONDI, Biondo. Instituzioni di Diritto Romano. Terza Edizione. Dott A. Giuffre Editore. Milano: 1956.
19. BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel. La filiación en el pensamiento jurídico romano: Ueritati locum superfore. En: RGDR. Revista General de Derecho Romano (No. 3, 2004), pp. 1-41.
20. BLÁSQUEZ MARTÍNEZ, José María. El Cristianismo, religión oficial [en línea]. En: Historia 16 (año XXI, 1997) pp. 56-65. Consultado el 20 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-cristianismo-religin-oficial-o/>
21. BLÁSQUEZ MARTÍNEZ, José María. Constantino el Grande y la Iglesia. En: Jano 109 (1974), pp. 80-84.
22. BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. 5ª edición. Madrid: Editorial Reus. 2002.
23. BONFANTE, Pietro. Corso di Diritto Romano. Volume Primo: Diritto di Famiglia. Dott. A. Giufreè Editore. Milano: 1963.
24. BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho romano. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid: 1944.
25. BRAVO BOSCH, María José. El Iudicium Domesticum. En: Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense (No. 1, 2011) pp. 15-34.
26. BUIGUES OLIVER, Javier. La posición jurídica de la mujer en Roma: Presupuestos para un estudio de la Capacidad negocial de la mujer. Editorial Dykinson S.L. Madrid: 2014.
27. CAMPOS VARGAS, Henry. La mujer y la economía romana: Una aproximación desde la lengua del lacio. En: Ciencias económicas 28 (No. 2, 2010), pp. 289-294.
28. CANTARELLA, Eva. El Peso de Roma en la Cultura Jurídica Europea. Madrid: Ediciones Akal, S.A. 1996.
29. CANTARELLA, Eva. Fathers and sons in Rome. En: The Classical World (Vol. 96, No. 3, 2003) pp. 281-298.
30. CANTARELLA, EVA. La Calamidad Ambigua: Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana. Ediciones Clásicas Madrid. Madrid: 1991.
31. CARLOS III. Pragmatica sancion a consulta del Consejo, en que S.M. establece lo conveniente para que los hijos de familias con arreglo á las leyes del reyno pidan el consejo, y consentimiento paterno, antes de celebrar esponsales, haciendo lo mismo en defecto de padres á las madres, abuelos, ó deudos mas cercanos, y á falta de ellos hábiles á los tutores y curadores, baxo de las declaraciones y penas que expresa. Imprenta de Pedro Marín. Madrid: 1776.
32. CASADIEGOS CÁCERES, Ferdinando. Curso de Derecho Romano. Editorial Ibáñez. Bogotá: 2003.
33. CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Segunda

- Edición. Leyer. Bogotá: 2004.
34. CERMEÑO TAPIA, Gelasio. *Manus y Matrimonio*. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida: 1988.
 35. CICERÓN, Marco Tulio. *Los Oficios*. En: SÉNECA Y CICERÓN. *Tratados Morales*. Quinta Edición. W.M. Jackson Inc. USA: 1973.
 36. CORREA BASCUÑÁN, Mario. *Influencia del Cristianismo en la Evolución del Derecho Romano hacia el Derecho natural, en materia de relaciones de Familia*. En: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 7, No. 1-6, 1980) pp. 502-518.
 37. DELICADO MÉNDEZ, Rosario. *La mujer en Tito Livio*. En: *Estudios Clásicos* (Tomo 40, No. 113, 1998) pp. 37-46.
 38. DI PIETRO, Alfredo. “Ius” y “Matrimonium” en el Derecho Romano. En: *Iushistoria*, Número 5 (2012) pp. 65-99.
 39. DI PIETRO, Alfredo. *Ius y Matrimonium en el Derecho romano*. En: *Iushistoria* (No. 5, 2012), pp. 65-99.
 40. DIGESTO.
 41. DION CASIO COCEYANO. *Historia Romana*. Libros L-LX. Editorial Gredos. Madrid: 2011.
 42. DIONISIO DE HALICARNASO. *Historia Antigua de Roma*. Libros I-III. Editorial Gredos. Madrid: 1984.
 43. ESCOBAR GIL, Federico. *Práctica de Derecho romano: Personas y bienes*. 1º edición. ICESI. Cali, 2010.
 44. ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Historia del Derecho Romano*. 3ª edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2009
 45. FATÁS CABEZA, Guillermo y MARCO, F. *Consideraciones sobre el colonato*. En: *Memorias de Historia Antigua* (No. 2, 1978), pp. 181-198.
 46. FELLHAUER, David E. *The Consortium Omnis Vitae as A Juridical Element of Marriage*. Ottawa. 1978, 258p. Tesis (Doctor in Canon Law). Saint Paul University. Faculty of Canon Law.
 47. FERNÁNDEZ ALLER, Marta. *Oviedo*. 2016. 96 pp. *Homoerotismo femenino en la antigua Roma: Sexualidad, cuerpo y espacio*. Tesis (Maestría *Erasmus Mundus* en estudios de las mujeres y del género). Universidad de Oviedo. Facultad de Filosofía y letras, Máster *Erasmus Mundus* en estudios de las mujeres y del género.
 48. FERNÁNDEZ BAQUERO, María Eva. *Repudium-Divortium: Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto*. Granada, 1987, 619 p. Tesis (Doctor en Derecho). Universidad de Granada. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho romano y Derecho Mercantil. Área de Derecho romano.
 49. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Reflexiones a propósito de la Realidad Social, La Tradición Jurídica y la Moral Cristiana en el Matrimonio Romano*. EN: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (10, 2006), pp. 33-44.

50. FIORI, Roberto. La Struttura del Matrimonio romano. En: Bulletino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja" (Vol. CV, Quarta Serie, Vol. I, 2011), pp. 198-233.
51. FRIER, Bruce W. y MCGINN, Thomas A.J. A Casebook on Roman amily Law. Oxford University Press. Oxford: 2004, p. 31.
52. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. La Ciudad Antigua: Estudio sobre el Culto, el Derecho, las Instituciones de Grecia y Roma. Madrid: Daniel Jorro. 1931.
53. GARCÉ GARCÍA Y SANTOS, Álvaro. El jus puniendi en el hogar romano: la humanización de las relaciones familiares. En: Revista de la Facultad de Derecho (No. 36, 2014), pp. 67-79.
54. GARCÍA ARÉVALO, Tania María. 'Recristianización' de los manuscritos del Mar Muerto: elementos comunes entre los textos de Qumrān y el Cristianismo primitivo (una revisión) En: Collectanea Christiana Orientalia (No. 7, 2010), pp. 23-39.
55. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo II. Jaime Molinas Editor. Barcelona: 1889.
56. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso. Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo IV. Jaime Molinas Editor. Barcelona: 1889.
57. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Diccionario de Jurisprudencia Romana. Ed. Dykinson. Madrid: 2006.
58. GARCÍA SÁNCHEZ, J. El Divorcio: De Roma a la Edad Media. En: Revista Española de Derecho Canónico (130, Vol. 48, 1991), pp. 153-168.
59. GAYO, Instituciones. Editorial Civitas S.A., Madrid: 1990.
60. GIBBON, Edward. Historia de la Decadencia y Caída del Imperio Romano. Tomo I [Ebook]. Liete Editor Digital. S.l.: 2006.
61. GONZÁLEZ, Fernando. Viaje a Pie. Editorial «Le Livre Libre». París: 1929.
62. GRIMAL, Pierre. La Civilización romana: Vida, costumbres, leyes, artes [Ebook]. Mezki, S.l.: 2000.
63. GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida. La Institución de la Familia en Roma. En: CATALÁ RUBIO, Santiago. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca: 2006
64. GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida. La Institución de la Familia en Roma. En: CATALÁ RUBIO, Santiago. Evolución del Derecho de Familia en Occidente. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca: 2006.
65. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo I. s.l.: Editorial Jurídica de Chile. 1996.
66. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para una historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio jurídico y del Contrato (I): El vocabulario de la Negocialidad jurídica en el Derecho romano. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (No. XVII, 1995), pp. 79-122.

67. GUZMÁN GARCÍA, Jairo José. Itinerario de la formación histórica de la idea contractual en el Matrimonio occidental. En: Revista de Derecho Número 5 (2003) Pp. 88-139.
68. GUZMÁN GARCÍA, Jairo José. La Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Alcalá de Henares, 2002, 463p. Tesis (Doctor en Derecho Privado). Universidad de Alcalá. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado.
69. HATTENHAUER, Hans. Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Primera Edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona: 1987.
70. HEINECCIO, J. Derecho Romano. Tercera Edición. Imprenta de don Eusebio Aguado, Madrid: 1836.
71. HEINECCIO, J. Elementos de Derecho Romano. Imprenta y Librería de D. Manuel Sanz. Granada: 1839.
72. HERREROS GONZÁLEZ, Carmen y SANTAPAU PASTOR, María Carmen. Prostitución y Matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de derecho? En: IBERIA (No. 8, 2005), pp. 89-111.
73. HÖBENREICH, Evelyn. Andróginas y Monstruos: Mujeres que hablan en la antigua Roma. En: VELEIA (No. 22, 2005) pp. 173-182.
74. HOMO, León Pol. Nueva Historia de Roma. Quinta Edición. Editorial Iberia S.A. Barcelona: 1965.
75. IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Instituciones de Derecho privado. 6ª Edición. Barcelona: Ediciones Ariel S.A. 1972.
76. IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. La Mujer romana a través de fuentes literarias y jurídicas. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Estudios jurídicos en homenaje a Martha Morineau. Tomo I. Derecho romano, Historia del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F.: 2006, pp. 251-274.
77. JÖRS, Paul. Derecho Privado Romano. 2ª edición. Barcelona: Editorial Labor S.A. 1937.
78. KASER, Max. Derecho Romano Privado. 2ª edición. Reus S.A. Madrid: 1982.
79. KOVALIOV, S.I. Historia de Roma. Editorial Akal. Madrid: 2007.
80. LAFONT PIANETTA, Pedro. Conferencias de Derecho Romano. 1971
81. LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia: Derecho de Familia Contemporáneo - Derechos Humanos - Derecho Matrimonial. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2010.
82. LAUNSPACH, Charles W.L. State and Family in Early Rome. George Bell & Sons London 1905.
83. LIND, Göran. Common Law Marriage: A legal institution for cohabitation. Oxford University Press. Oxford: 2008.
84. LÓPEZ ABELAIRA, Elena. Mujer Pagana / Mujer Cristiana en *ad uxorem* de Tertuliano. Tesis (Doctor en Filología). Málaga. 2016, 344 pp. Univeridad de Málaga. Facultad de Filosofía y Letras. Departamento de Filología griega, estudios árabes, lingüística general, documentación y

filología latina.

85. LÓPEZ GÜETO, Aurora. Los Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano: Antecedentes y régimen jurídico del tratamiento de la relación materno filial en la sucesión intestada. Tesis (Doctorado en Derecho). Sevilla. 2016. 492 p.p. Universidad de Sevilla. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas.
86. LÓPEZ HUGUET, María Luisa. Consideraciones generales sobre los conceptos de patria potestas, Filius-, pater-, y materfamilias: una aproximación al estudio de la Familia romana. En: REDUR. Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (No. 4, 2006), pp. 193-213.
87. MAGALHÃES, David. Apontamento sobre o matrimonio de pessoas do mesmo sexo no Direito romano. En: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (LXXXV, 2009) pp. 811-823.
88. MALDONADO DE LIZALDE, Eugenia. Lex Iulia de maritandis ordinibus. Leyes de Familia del Emperador César Augusto. En: Anuario Mexicano de Historia del Derecho (No. 14, 2002), pp. 535-645.
89. MAÑAS NÚÑEZ, Manuel. Mujer y sociedad en la Roma Imperial del Siglo I. En: Norba Revista de Historia (No. 16, Vol. 1, 1996-2006) p. 191-207.
90. MAR, Marcos. Ley y Religión en el Imperio Cristiano (s. IV y V). En: Illu (No. IX, 2004), p. 51-68.
91. MARCÍN BALSÀ, Fernando. De los Contratos al Contrato: Notas para el estudio de la Teoría del Contrato en los juristas teólogos españoles de los siglos XVI y XVII. En: Revista Mexicana de Historia del Derecho (XXV, 2012), pp. 3-19.
92. MARGADANT, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Europea. 16ª edición. Naucalpan: Editorial Esfinge S.A. 1989.
93. MARTÍN, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Privado Romano. Primera Edición. Editorial Universidad Nacional de La Plata. La Plata: 2011.
94. MARTIN, Luther H., Roman Mithraism and Christianity. En: Numen (Vol. 36, Fasc. 1, 1989), pp. 2-15.
95. MCGINN, Thomas A. J. Prostitution, sexuality and the Law in Ancient Rome. Oxford University Press. Oxford: 2003.
96. MEDELLÍN ALDANA, Carlos; MEDELLÍN FORERO, Carlos y MEDELLÍN BECERRA, Carlos. Lecciones de Derecho Romano. 14ª edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000.
97. MEDICI, Chiara. Ricerche sulla *tutela mulierum*. Milan, 2013, 363p. Tesis (Doctor en Ciencias Jurídicas). Università degli Studi di Milano-Bicocca. Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche. Curriculum in Diritto romano e diritti della antichità.
98. MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil, Derecho de Familia. 2ª Edición. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2010

99. MEDINA QUINTANA, Silvia. *Mujer y economía en la Hispania romana. Oficios, riqueza y promoción social.* Tesis (Doctorado en Historia). Oviedo. 2012. 361 pp. Universidad de Oviedo. Facultad de Filosofía y letras. Departamento de Historia.
100. MENTXACA ELEXPE, Rosa. Nota mínima sobre algunos modelos familiares en los tres primeros siglos del Imperio Romano. En: *Iura Vasconiae* (No. 10, 2013), pp. 517-542.
101. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del Contrato. Tomo I.* Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires: 1952.
102. MICIELI, Laura Liliana *et. al.* La dominica potestas en Roma y su proyección actual. En: *In Iure. Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales* (Vol. 2, año 2, 2013), pp. 29-69.
103. MIQUEL, Joan. *Derecho Privado Romano.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid: 1992.
104. MIQUEL, Juan. *Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre derecho matrimonial comparado.* En: *Anales de la Facultad de Derecho* No. 20 (Diciembre, 2003), p. 85-98.
105. MÓ ROMERO, Esperanza y RODRÍGUEZ GARCÍA, Margarita. La Pragmática Sanción de 1778: ¿solución o conflicto? En: *Histórica* (XXV.1; 2001), pp. 77-108.
106. MOEIRA ALVES, José Carlos. J.E. Lebbé e a Natureza Juridica do Casamento Romano. En: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (No. 74, 1965), pp. 109-117.
107. MOMMSEN, Theodor. *Compendio del Derecho público romano.* 1ª edición. Buenos Aires: Editorial Impulso. 1942.
108. MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal Romano.* La España Moderna. Madrid: 1898.
109. MOMMSEN, Theodor. *Historia de roma. Tomo I.* Ed. Turner. Madrid. 2003.
110. MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma. Tomo II.* Editorial Turner. Madrid: 2003.
111. MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma. Tomo III.* Editorial Turner. Madrid: 2003.
112. MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma. Tomo IV.* Editorial Turner. Madrid: 2003.
113. MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro. Génesis y transformaciones del contrato en el Derecho romano. En: *Letras Jurídicas* (No. 12, 2005), pp. 1-11.
114. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores.* Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá: 2003.
115. MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Hacia la contractualización del vínculo matrimonial. En: *Universitas.* (No. 110, 2005), pp. 347-412.
116. MORALES ACACIO, ALCIDES. *Lecciones de Derecho de Familia.* Tercera Edición. Leyer Editores. Bogotá: 2013.

117. MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. Derecho Romano. Cuarta edición. Oxford University Press. México D.F.: 2000.
118. MORINEAU IDUARTE, Martha. Diccionario de Derecho Romano. Segunda Edición. Oxford University Press. México D.F.: 2006.
119. MOUSARAKIS, George. Fundamentals of Roman Private Law [eBook]. Springer. S.l.
120. MUÑOZ BONACIC, Gabriel. Evolución del Concepto de Familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Santiago de Chile, 2014, 526 p. Tesis (Magíster en Derecho Privado). Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
121. MUÑOZ CATALÁN, Elisa. Controversias jurídicas en torno a los impedimentos romanos y la intersexualidad. En: RJUAM (No. 29, 2014), pp. 191-212.
122. MUÑOZ CATALÁN, Elisa. La impotencia *Generandi* en el Matrimonio Romano Homosexual. En: Foro, Nueva Época, Volumen 16, Número 2 (2013) pp. 211-230.
123. MUÑOZ CATALÁN, Elisa. Las Uniones Extramatrimoniales ante la Falta de Conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma Clásica [en línea]. Huelva, 2013, 854 p. Tesis (Doctor en Derecho). Universidad de Huelva. Facultad de Derecho. Departamento Theodor Mommsen. Área de Derecho Romano.
124. NICHOLAS, Barry. Introducción al Derecho romano. Editorial Civitas S.A., Madrid: 1987.
125. NIZAMA VALLADOLID, Medardo. La familia en el Derecho romano y en el ordenamiento normativo actual. En: Revista Jurídica “Docentia et investigatio” (Vol. 11, No. 2, 2009), pp. 25-37.
126. NÚÑEZ PAZ, María Isabel. Consentimiento Matrimonial y Divorcio en Roma. 1ª edición. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca: 1988.
127. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. Precisiones terminológicas: Nuptias y Matrimonium. En: Derecho Romano (No. 5, 2005) [En línea]. Consultado el 16 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=404690 &
128. ORTEGA MONTERO, Carlos Rodolfo; ORTEGA SAURITH, Carlos Rodolfo y ORTEGA SAURITH, María Isabel. Las Legislaciones del Mundo Antiguo: Historia del Derecho y de las instituciones políticas. Editorial Ibáñez. Bogotá: 2012.
129. ORTOLÁN, J. Explication Historique des Instituts de l’Empereur Justinien. 12º edition. París: 1883.
130. ORTOLÁN, M. Explicación Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano. Tomo Primero. La Ilustración, Sociedad Tipográfica-Literaria Universal. Madrid: 1847, p. 184.

131. ORTOLÁN, M. Instituciones de Justiniano. Editorial Facultad de Derecho. Bogotá: 2006.
132. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico. Sexta edición. Temis. Bogotá: 2000.
133. PADILLA SAHAGÚN, Gumersindo. Derecho Romano. 4ª edición. Mc Graw-Hill. México D.F.: 2008.
134. PARICIO, Javier. Una historia del Contrato en la Jurisprudencia romana. En: Annali del Dipartimento di Storia del Diritto. Università di Palermo. (Vol. LIII, 2009), pp. 73-114.
135. PINZÓN MARTÍNEZ, José Gabino. La Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Editorial Lumen S.A. Bogotá: 1940.
136. PLAUTO. Comedias. I. Editorial Gredos. Madrid: 1992.
137. PUECH, Émile. Los Manuscritos del Mar Muerto y el Nuevo Testamento. El nuevo Moisés: algunas prácticas de la ley. En: Antiguo Oriente: Cuadernos del Centro de Estudios de Historia del Antiguo Oriente (Vol. 7, 2009) pp. 219-254.
138. QUIROZ MONSALVO, Aroldo. Manual Civil. Tomo V: Matrimonio Civil y Religioso, Unión Marital de Hecho, Nuevo Régimen de Guardas. Tercera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: 2014.
139. ROBLEDA, Olís. El Matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Librería Editrice Università Gregoriana. Roma: 1970.
140. ROBLES VELASCO, Luis Mariano. Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad. En: RIDROM (No. 7, 2011), pp. 281-318.
141. RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. Usos sociales y regulación jurídica de la capacidad patrimonial de los *filiifamilias*: puntos de referencia del desarrollo estructural y funcional del *peculium a patre profectium, castrense y quasi castrense* en Roma. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (No. 2, 1998), pp. 419-430.
142. ROLDÁN HERVÁS, José Manuel. La comunidad romana primitiva, la clientela y la plebe. En: Memorias de Historia Antigua (No. 2, 1978), pp. 19-39.
143. ROSTOVTZEFF, Michael. Roma, De los Orígenes a la última crisis. Cuarta Edición. Oxford University Press. Nueva York: 1977.
144. ROUSSELLE, Aline. La Política de los Cuerpos: Entre Procreación y Continencia en Roma. EN: DUBY, Georges y PERROT, Michele. Historia de las Mujeres en Occidente. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones S.A. 2000, v. 1 pp. 398-393.
145. SALCEDO SEGURA, Jorge. Teoría General del Derecho Civil, Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: 2006.
146. SANTOS YANGUAS, Narciso. Decio y la Persecución anticristiana. En: Memorias de Historia antigua. (No. XV-XVI, 1994), pp. 143-181.

147. SANZ MARTÍN, Laura. Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la *familia* en el Derecho romano arcaico. En: Anuario Jurídico y Económico Escorialense (No. XLIII, 2010), pp. 197-214.
148. SAVIGNY, M.F.C. Sistema del Derecho Romano Actual. Editorial Comares. Granada 2005.
149. SENÉS, Gema. La Matrona Romana: Consideraciones sobre la situación de la mujer en Roma. EN: VALLEJO SÁNCHEZ, Ma. Dolores (Coord.). Comportamientos antagónicos de las mujeres en el mundo Antiguo. Ed. Atenea. Málaga: 1995.
150. SILVA SÁNCHEZ, Antonio. El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío. En: Pensamiento Jurídico. No. 42 (2015), pp. 189-211.
151. SILVA SÁNCHEZ, Antonio. Notas sobre el Consentimiento como Requisito Matrimonial en el Derecho Español y Comparado desde su origen en el Derecho romano. En: Anuario de la Facultad de Derecho. Vol. XXII (2004), pp. 205-230.
152. SOHM, Rodolfo. Instituciones de Derecho privado romano: Historia y sistema. Colonia del Carmen: Ediciones Coyoacán. 2006.
153. SUÁREZ BLÁSQUEZ, Guillermo. La Patria potestad en el Derecho romano y en el Derecho altomedieval visigodo. En: Revista de Estudios Histórico-jurídicos (No. XXXVI, 2014), pp. 159-187.
154. SUÁREZ BLÁSQUEZ, Guillermo. Origen del Derecho de propiedad en Roma: *Mancipium – Nexus*. En: *Passagens. Revista internacional de História Política e Cultura Jurídica* (Vol 8, No. 1, 2016), pp. 142-192.
155. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I: Régimen de las Personas. Novena Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2006.
156. SUTTON, John. Vida de los doce césares. Ed. Austral. Madrid: 2007.
157. SUMMER MAINE, Henry. Las Instituciones Primitivas. La España Moderna. Madrid: 1880.
158. TÁCITO. Los Anales. W.M. Jackson Inc. México D.F: 1968.
159. TALAMANCA, Mario. Istituzioni di Diritto Romano. Dott A. Giuffrè Editore. Milano: 1990.
160. TERENCE. Comedias II. Editorial Gredos. Barcelona: 2009.
161. THOMAS, YAN. La División de los Sexos en el Derecho Romano. En: DUBY, George y PERROT, Michelle. Historia de las Mujeres en Occidente. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones S.A. 2000, v. 1.
162. TITO LIVIO. Historia de Roma desde su Fundación. Libros I-III. Primera edición. Editorial Gredos. Madrid: 1990.
163. TORRADO, Helí Abel. Lecciones de Derecho de Familia: Matrimonio y Divorcio. Primera edición. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. Bogotá: 2015.
164. TREGGIARI, Susan. Roman Marriage Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian. Clarendon Press. Midsomer Norton, Avon, Great Britain: 1993.

165. TROPLONG, Raymond-Théodore. *Influencia del Cristianismo en el Derecho romano*. Imprenta del Gobierno por S.M. Habana: 1847.
166. VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho Privado Romano*. 1ª edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1986.
167. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil*. 16ª edición. Bogotá. Editorial Temis S.A. 2010.
168. VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo V: Derecho de Familia. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá: 1985.
169. VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Tomo I. Segunda Edición. Imprenta París-América. París: 1926.
170. VILLALOBOS SÁNCHEZ, Jorge. *El Principio Humanitas en la derogación de la Lex Fufia Caninia*. Antecedentes en la filosofía clásica y en el pensamiento cristiano. Valladolid, 2015, 432 p. Tesis (Doctor en Derecho). Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal e Historia y Filosofía del Derecho.
171. VILLAR, Francisco. *Los Indoeuropeos y los orígenes de Europa: Lenguaje e historia*. 2ª edición. Madrid: Editorial Gredos S.A. 1996.
172. VOCI, Pasquale. *Instituzioni de Diritto Romano*. Terza Edizione. Dott A. Giuffrè Editore. Milano: 1954.
173. VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1986.
174. VON IHERING, Rudolf. *El Espíritu del Derecho Romano*. Leyer, Bogotá: 2005.
175. VON MAYR, Robert. *Historia del Derecho Romano*. 2ª Edición. Tomo II. Editorial Labor S.A. Barcelona: 1930.
176. VOX, *Diccionario Ilustrado Latín*. Vigésimo primera edición. SPES Editorial. Barcelona, 2014.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-660 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-533 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1495 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-821 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-886 de 2010. M.P.: Mauricio González Cuervo.
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011. M.P.: Gabriel Mendoza Martelo.
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-214 de 2016. M.P.: Alberto Rojas Ríos.