

Una visión de la capacidad jurídica de la mujer desde el Derecho Romano

A legal approach of the legal capacity
of the woman from Roman Law



MERCEDES DE PRADA

Profesora Dra. Derecho Procesal
Centro Universitario Villanueva y Escuela de Práctica Jurídica (UCM)

MÓNICA MUESMANN

Profesora de Historia del Derecho
Centro Universitario Villanueva (UCM)

Fecha de recepción: 20 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 12 de septiembre de 2015.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ■ II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO. ■ III. LA CONDICIÓN DE LA MUJER EN ROMA. ■ IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER EN EL DERECHO ROMANO. ■ V. *SUI IURIS FEMINIS*. ■ VI. MATRIMONIO Y PATRIMONIO CONYUGAL EN EL DERECHO ROMANO. ■ 1. Especial referencia a los esponsales. ■ 2. Modelo dotal romano: donaciones por causa de matrimonio.

Resumen

La condición de la mujer en los tiempos primitivos es deteriorada, excluida del ámbito de la interpretación y creación del Derecho. Carente de personalidad jurídica, su participación en este ámbito quedó reducida a

instar, a través de los mecanismos legales establecidos por el sistema, en pronunciamientos legales de los juristas, el pretor o el mismo emperador. En las diferentes etapas históricas de Roma, son recurrentes las limitaciones y prohibiciones efectuadas hacia la mujer. En el presente trabajo, analizaremos la literatura jurídica que muestran como la condición jurídica de la mujer en el Derecho Romano cambió a la par que las costumbres y los tiempos y nos centraremos en el estudio de la capacidad jurídica de la mujer.

Palabras clave

Mujer y familia en el Derecho Romano; estatuto de la mujer; capacidad de la mujer.

Abstract

The condition of women in early Roman times is clearly one of inferiority, being excluded from the realm of legal creation and interpretation. Lacking legal personality, legal participation in this field was limited to petitioning the pretor, or indeed the emperor, through legal pronouncements of jurists in established legal channels. Throughout the different stages of Roman history, the limitations and prohibitions affecting women are a recurring feature. In this Paper we will analyse legal literature that shows how the legal status of women in Roman law changed in line with changes in customs and times and we will focus our study on the legal capacity of women.

Keyword

The condition of women and family in early Roman times; the legal status of woman; capacity of woman.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, conceptos jurídicos como familia, matrimonio, condición de la mujer, patrimonio conyugal, entre otros, no han sido unívocos sino que han desarrollado distintas concepciones, que dan sentido al análisis que a continuación plantearemos. En este sentido, la doctrina nos recuerda que el concepto de familia, si lo tomamos como ejemplo, ha pasado por la interpretación de familia natural, legítima, afín y adoptiva; presentando la divergencia entre familia en sentido estricto y la conocida como familia artificial. El concepto familia representa la expresión de la consideración social y racional, es decir, jurídica de un período histórico. La importancia de la condición de la mujer y su posición dentro de la familia y del patrimonio conyugal van a marcar la evolución propia del derecho de familia que ha llegado a nuestros días.

Cuando se busca el origen de las más útiles instituciones legislativas es frecuente encontrar costumbres y prácticas inhumanas que en aras de proteger el orden social existente, parecen escandalosas o lejanas a ese concepto cicerónico de justicia. Sin embargo, la fuerza de la tendencia a la civilización es tal, que no en pocas ocasiones, puede llegar a convertir en provechosos los usos más groseros y las tradiciones más parcialistas y nocivas.

La condición de mujer ha sido considerada históricamente una de las causas de índole natural que modifican la capacidad jurídica de una persona¹. En el presente trabajo, pretendemos hacer un enfoque de las variaciones históricas que ha sufrido la capacidad de obrar de la mujer en los diferentes períodos de la antigua Roma y su Derecho, abarcando el período que va aproximadamente desde el siglo VI a. C hasta el siglo VI d. C. en un intento de repasar la evolución histórica de la situación jurídica de la mujer en el período convencionalmente considerado como la Roma de finales del período arcaico hasta la justiniana.

II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

Etimológicamente, los latinistas consideran que el término *familia* deriva del sustantivo «fames» que significa hambre, o que bien deviene del sustantivo «famulus» que significa siervo. En esta primera acepción, la estructura familiar se refiere a la satisfacción del hambre connatural al individuo de consecución de alimento, o al no individual basado en la necesidad de multiplicación de la especie. Dos apetitos diferentes que logran cubrirse dentro de la misma institución conocida como familia².

El concepto y significación de la familia en el Derecho Romano, sufre una profunda evolución a lo largo de los siglos, manifestada en las distintas etapas históricas, desde su originario alejamiento de la noción actual de familia, en los primeros tiempos, hasta su notable proximidad en la legislación justiniana³. La familia, típicamente vigente durante las primeras etapas de Roma⁴, se corresponde con la denominada familia agnaticia o civil. Por el contrario, la concepción de la familia como grupo de personas unidas por vínculos de sangre, denominada familia cognaticia o natural, que es la coincidente con la actual noción de familia, es sólo a partir de la época clásica cuando fue cobrando protagonismo en la legislación, para acabar siendo, la única prevista en la época justiniana.

La posición de la mujer en la vida social, política y familiar durante la época romana fue determinante para la evolución de muchas instituciones jurídicas, el matrimonio, las donaciones y la existencia de las arras, no podrá abarcarse holísticamente

1. Vid., CANTARELLA, E., *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácticia a Sulpicia*, Madrid, 1996.

2. VOLTERRA, E., v. Familia (dir. rom.), *Enciclopedia del Diritto*, vol., XVI, 1967, pág.735.

3. FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., «Definición jurídica de la familia en el Derecho Romano», *Revista de Derecho*, UNED, núm. 10, 2012, pág. 161 y ss., al analizar la concepción de la familia desde un punto de vista patrimonial indica «como elementos propios de la familia», e imprescindibles: las «personas», porque sin ellas no existe familia; pero, «igualmente sin «cosas», la familia no podría sobrevivir de forma autónoma».

4. MORÁN MARTÍN, R. *Historia Del Derecho Privado, Penal y Procesal*. Editorial Universitas, S. A. Madrid, 2002, pág. 253-259, define la familia como conjunto de sujetos bajo la potestad del padre, por lo que incluía a los hijos, esposa *cum manu*, esclavos y sirvientes libres. Constituida por *iustum matrimonium*. El único *sui iuris* era el padre.

con vacíos en los conceptos elementales de los que unos y otros entienden por familia; por ello, señalaremos cuáles son los conceptos vigentes de parentesco en la Antigua Roma para poder contraponer una mentalidad social y jurídica romana.

a) Agnación<

Durante la época arcaica, la familia se configura como una comunidad unitaria y solidaria, en relación con las creencias religiosas, las exigencias económicas y la mentalidad de su tiempo. Así, «lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia, *familia proprio iure*, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad –*manus*⁵, *potestas*– de un jefe –*paterfamilias*– señor o soberano de la familia»⁶.

El *paterfamilia* será el que de modo soberano, regulará la vida familiar haciendo inconcebible que las relaciones de derecho privado en ella, es decir el *paterfamilias* y los *filiifamilias*, mantengan una relación de igualdad o puedan cubrirse pretensiones de estos frente a aquel, donde no tendrán derechos reconocidos como tal –piénsese en el derecho de alimentos– por lo que también será inadmisibles pensar que la hija, con vistas a un futuro matrimonio, cuente con el beneplácito legal de exigir al *paterfamilias* la constitución de dote alguna⁷. En este sentido, una persona podrá ser *paterfamilias* aún cuando no cuente con hijos en su haber ni familia sometida a su potestad siempre que no esté sometido a potestad ajena⁸.

Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae (D. 50.16.195.2 Ulpiano. Comentarios al Edicto. Libro XLVI).

Conjunto de normas que regulan la institución familiar, cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio. SAVIGNY

Al mismo tiempo, como *materfamilia* se entiende a la mujer independiente, jurídicamente denominada *sui iuris*, no sometida a la patria potestad, que es cabeza y fin de su familia, pues no puede tener a nadie bajo su potestad⁹.

Se considera *grupo de los gentiles*, al conjunto de familias agnaticias que tienen un pasado en común del que derivan el *nomen gentilicium*. Es la agrupación civil o sistema social de la Antigua Roma. Todo hace pensar, remontándonos a los orígenes

pre-cívicos, la idea de que el grupo agnaticio y la *gens* se identificarían. Cada *gens* comprendía a varias familias cuyos integrantes eran agnados o gentiles entre sí y estaban dirigidos una misma cabeza.

La pertenencia a una determinada *gens* comprendía una serie de derechos y obligaciones con respecto al resto de miembros: el deber de socorro mutuo, el dere-

5. El poder unitario del *paterfamilias* comprende diversas potestades: sobre la mujer –*manus* o *potestas maritalis*, sobre los hijos –*patria potestas*, sobre los esclavos –*dominica potestas*, y sobre los hijos de otros entregados en venta al *paterfamilias* –*mancipium*.

6. IGLESIAS REDONDO, J. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Ariel Derecho, 11ª ed. Barcelona 1958. ISBN: 84-344-1562-3. pág. 3-639.

7. En este sentido, *vid.*, IGLESIAS REDONDO, J. *Derecho Romano...*, *op. cit.*, pág. 469 y ss.

8. Así señala ULPIANO en D 50.16.195.2 «Se llama cabeza de familia al que tiene dominio en la casa, y se le llama así, en sentido técnico (...)».

9. Ulpiano 50.16.195.5

cho a poseer las propiedades de la *gens* o la prohibición de contraer matrimonio con un miembro de la misma *gens*.

Cabe recordar que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del Derecho continental han recibido la influencia del Derecho romano, —piénsese en el Derecho de Familia o Sucesorio— mostrando los rasgos característicos de los principios reafirmados en el concepto antes expuesto. Así ocurre, por ejemplo, con referencia a la legítima del cónyuge viudo, cuyo régimen tendrá impacto sobre las arras, consistente siempre en un usufructo, que no podrá ser perpetuado y no supondrá una fuga indirecta del patrimonio del fallecido hacia personas que no le hubieran sucedido directamente.

En este sentido, algunos de los derechos y deberes del grupo familiar serían, dentro del derecho hereditario recíproco de los gentiles, la obligación de que los bienes queden siempre dentro de la *gens* o, a su vez, la obligación de no casarse con miembros del propio grupo familiar.

b) Cognación:

La cognación hace referencia a los vínculos naturales o de sangre, que unen a las personas, por efecto de la procreación o por tener un tronco común. Todos los agnados son cognados, al menos los de la línea masculina producto de matrimonio legítimo (y, por tanto, también sujetos a *patria potestas*), puede ser utilizada en el sentido genérico de parientes. Por tanto, es el grupo de parientes incluidos los maternos. El Digesto lo define cuando recoge que «Se cree que se llaman cognados, porque nacen a la vez juntamente, o porque proceden y fueron engendrados de una misma persona»¹⁰. De forma progresiva, la cognación fue sustituyendo a la agnación, como criterio determinante, en el marco del derecho de familia y del derecho hereditario.

III. LA CONDICIÓN DE LA MUJER EN ROMA

En el transcurso de nuestra investigación, hemos revisado textos jurídicos en los que prevalece un amplio silencio de lo femenino carente de juristas pertenecientes a dicho género. Atávicamente, el arquetipo de lo humano se ha construido alrededor del varón, considerando que, por las características intrínsecas de lo femenino, entiéndase: la irracionalidad, debilidad y sumisión; la configuración del derecho está reservado para la defensa de los atributos biológicos socialmente identificados como típicamente masculinos, como son la racionalidad, fuerza y el coraje. Esta dicotomía en la construcción del género ha dado lugar a una amplia diferenciación entre los sexos que se sitúan frente al derecho en pie de profunda desigualdad¹¹. El hecho de nacer hombre o mujer condiciona la consideración del individuo social y jurídicamente¹².

10. D. 38.10.4.1

11. MAÑAS NÚÑEZ, M., «Mujer y sociedad en la Roma Imperial del siglo I», *Norba. Revista de Historia*, vol.16. Págs. 191-207.

12. La naturaleza, al separar los sexos, «ha distinguido las aptitudes, ha hecho entre hombres y mujeres una diferencia capital» dice CIFUENTES FERNÁNDEZ, B., *Estudios fundamentales sobre el derecho civil* (Tomo I), Madrid, 1943.

Si bien es cierto que, a través de los siglos, la mujer ha desempeñado en la sociedad un papel público secundario, como veremos, Roma es la referencia ancestral de la discriminación de la mujer, siendo perennemente objeto de cambio, sin participación activa en la esfera privada y pública –al menos de forma expresamente reconocida– y postergada por las normas jurídicas a ser elemento pasivo y parcial del concepto de «familia» de su época.

Entre más de medio centenar de nombres reconocidos de juristas romanos, el investigador no encontrará tan siquiera uno con nombre femenino. Mucho se ha debatido sobre la identidad de Gayo sin llegar a conclusiones fehacientes y relevantes. Lo cierto es que el silencio de la mujer es plausible en este sentido bien sea por las razones de orden jurídico, político y social que se exponen, bien por otras, pero definitivamente la ausencia de testimonios de autoría femenina escrita es trascendental.

La condición de la mujer en los tiempos primitivos se deteriora, excluida del ámbito de la interpretación y creación del Derecho. Carente de personalidad jurídica, su participación en este ámbito del Derecho quedó reducida a instar, a través de los mecanismos legales establecidos por el sistema, en pronunciamientos legales de los juristas, el pretor o el mismo emperador. A través de la formulación de consultas sobre las posibles resoluciones de casos concretos, representadas por tutor u otra figura de representación al uso, podría la mujer relacionarse con el proceso de elaboración legal.

La mujer romana, desde su nacimiento, estuvo sometida al poder absoluto del padre, de los hermanos o del marido.

*La naturaleza lógica del discurso forense, su vinculación con la palabra, así como el papel central del derecho en la configuración jurídica-política de la comunidad, permiten comprender como la sociedad romana vería con extrañeza la presencia femenina en dicho ámbito*¹³.

La mujer estaba condenada al silencio ateniéndose a la estructura del poder de la palabra, y a la estructura configuradora del orden social de su época.

Encontramos con frecuencia omisiones en la ley sobre la mujer como titular de derechos o bien apreciamos su presencia en la posición gramatical y sustantiva meramente pasiva, convirtiéndose en mero objeto de la acción del hombre. Ejemplo de lo aquí expuesto puede ser las instituciones de Gayo donde vemos textos como los transcritos:

Doy como tutor de mis descendientes a Lucio Ticio, doy a mi mujer como tutor a Lucio Ticio. Pero también si aparece escrito así: sea tuto de mis descendientes o de mi mujer.

Este mismo autor:

*A mi mujer Ticia doy la opción de tutor y doy a Ticia mi mujer opción de tutor por una sola vez, o bien por sólo dos veces*¹⁴.

13. Vid., CAMPOS VARGAS, H., «La mujer en la literatura jurídica Romana: una aproximación de género a las instituciones de Gayo». *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, 2005.

14. GAYO, I, 149-152

Parece que de todos los actos jurídicos posibles donde la mujer pudo verse envuelta, la designación testamentaria de su tutor fue el único digno de conservarse para la posteridad e ilustrarse, generando como lógica consecuencia una limitación al alcance del estudio realizado en este sentido en nuestras páginas.

*Extemplo simul pares ese coeperint, superiores erunt*¹⁵.

Sin pretender dejar en el olvido estudios realizados sobre la matriarcalidad de la sociedad primitiva llevados a cabo por autores como Bachofen que elaboran teorías que afirman que, antes del patriarcado, existió una etapa divergentemente contraria donde la mujer era el centro de la vida social y cultural. El matriarcado –según este autor– vendría originado por una probable y acentuada promiscuidad sexual en los primeros tiempos, siendo posible la determinación de la filiación únicamente por vía materna; ello incentivaría el aprecio y el respeto a la mujer, llegándose a la preponderancia absoluta femenina de su época¹⁶.

Sin embargo, sobre la base de los textos estudiados, el hecho notorio es que prácticamente en todos los pueblos de la humanidad, la discriminación de la mujer ante el Derecho por razón de su sexo no ha correspondido con la positiva consideración aludida por Bachofen, siendo, al mismo tiempo, distante a la significación de la que, tenemos constancia, gozaba la mujer dentro de un grupo familiar para algunas civilizaciones, concretamente, para la romana.

En el contexto de la antigüedad y a medida que se retrocede en la historia, se encuentra mayor desigualdad entre el *status* jurídico de las personas con relación al sexo que ostentan. Dentro de este escenario, la relación que los romanos establecieron con sus mujeres fue comparativamente más equitativa y considerada que la de otros pueblos de su entorno como veremos.

Diversos estudios evidencian que tanto las mujeres griegas como romanas jamás poseyeron capacidad política, no eran miembros de las *polis* –o en su defecto– la *civitas* en sentido pleno y, por ello, no podían acceder a ningún honor ni distinción¹⁷. Su capacidad de obrar estuvo mediatizada por el poder del hombre.

Análogamente encontramos similitudes en el pueblo hebreo, donde la capacidad de obrar de la mujer fue nula, debiendo ser representada en todos los actos jurídicos

15. Argumento de Catón a la petición de derogación de la *Lex Oppia* en 195 a. C. LIVIO, *Ab urbe condita*, XXXIV, 3

16. Para más detalle: BACHOFEN, J. *El matriarcado: Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica*. Akal, Madrid, 1992. ISBN: 9788476001707

17. DE PRADA RODRÍGUEZ, M., *La tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*, Civitas, Pamplona, 2009, pág. 29 afirma que la sociedad romana se estructuró sobre la base de una tajante división entre patricios y plebeyos. La nobleza acaparaba los cargos públicos para cuyo desempeño debía poseer grandes riquezas, de modo que tanto las magistraturas como el gobierno de las provincias tendieron a hacerse hereditarios. Una vez que la República dio lugar al Imperio, estos cargos se imbricaron en la compleja jerarquía áulica de las dignidades palatinas –*praefecti, magistri, comites*, etc.– y, para que la majestad del Emperador brillase con el esplendor de su séquito, recibieron títulos como: *illustres, spectabiles, clarissimi, perfectissimi* o *egregii*. En las provincias del Imperio había una aristocracia: los *honorati*, llamados *seniores* o *principes civitatis*, compuesta por antiguos magistrados y curiales, miembros de la curia o senado provinciano, con cargo hereditario.

por su padre o su marido atendiendo a las circunstancias particulares del caso¹⁸. Los derechos hereditarios de la mujer, igualmente, eran muy limitados: los casos de herencia se circunscribían para cuando no existían legítimos sucesores por razón de su masculinidad y primogenitura.

En este sentido, la India con su Código de Manú¹⁹, recoge una casuística similar sobre la perpetua incapacidad civil de la mujer dependiendo, según la singularidad de los hechos, del padre, del marido o de los hijos y donde todas las posesiones que pudiese poseer estarían únicamente destinadas a cumplir los ritos funerarios oportunos.

En contraste, excepcionalmente, encontramos que, en el antiguo Egipto, la esposa gozaba dentro del núcleo familiar una amplia y reconocida dignidad²⁰. El marido hacía donaciones nupciales, las mujeres tenían capacidad para contratar sin permiso de éste, ostentaban de autoridad sobre los hijos, sobre la dirección de la familia y el régimen patrimonial familiar y le estaban reconocidos derechos de dote, alimentos, entre otros²¹.

Sin llegar a niveles equiparables al mundo egipcio, la mujer romana ejercía un papel, en la familia y en la sociedad, culturalmente más valorado y reconocido que en otros lugares. En una comparación frontal de Grecia con Roma, por citar un ejemplo, se debe decir que, en tanto la mujer griega, encerrada en el gineceo, tenía como principal función reproducir biológicamente ciudadanos griegos; la mujer romana, además, de dicha funcionalidad para la ciudadanía, participa activamente junto con su marido en la vida social de la casa, educa a los hijos en su desempeño como transmisora y reproductora del *mos maiorum* (costumbre de los antepasados) durante los primeros años de estos, trasmite valores cívicos a la prole, comparte la autoridad sobre los hijos y sirvientes, aconseja al marido como socia de sus decisiones circunscritas al hogar y tiene la posibilidad de asistir a los eventos públicos propios de las mujeres casadas. Sirvan de muestra casos como los de Cornelia, madre de los Gracos; Veturia y Volumnia, madre y esposa respectivamente de Coriolano, Hortensia, hija de Quinto Hortensio Hortalo; Livia, esposa de Augusto y madre de Tiberio o Antonia, madre de Claudio²². O en palabras del propio OVIDIO en misiva dirigida a su mujer: *Hay dos cosas que nos unen el pacto marital y el amor que hace de nosotros dos socios*²³.

Siguiendo la epistolografía familiar, Cicerón nos muestra a Terencia, su esposa, en posición de no sometimiento al varón durante el destierro de su cónyuge. Ella se

18. De esta representación típicamente hebrea se exceptuaba a la viuda, quien quedaba obligada sólo por su juramento.

19. La comparación del Código de Manu (siglo III a. C) con la legislación romana arroja inmensas similitudes en materia de matrimonio y condición jurídica de la mujer. Diversos autores se han pronunciado en este sentido, sirva de ejemplo, PARRA MARTÍN, M. «Mujer y concubinato en la sociedad romana». *Anales de Derecho*, Núm. 23. Universidad de Murcia, Murcia, 2005. Pág. 240.

20. OTALORA CORTES, R. *La incidencia del sexo en la construcción de la condición jurídica de la persona*. Diálogos de Saberes nº 30. Bogotá 2009. Pág. 153.

21. JIMÉNEZ, F. *La mujer y el Derecho*. Salamanca, 1982.

22. Para más información véase TELLO LÁZARO, J. *Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad Clásica*. Revista de Aula de Letras, Humanidades y Enseñanza. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla 2012.

23. Cfr. OVIDIO NASON, P. *Obras Completas*. Espasa, Madrid, 2005.

encargó de la administración de la hacienda familiar, aconsejada por Cicerón no ejecutando las órdenes de este²⁴.

En la antigua Grecia, al igual que en otros pueblos, la configuración jurídica de la mujer varió de conformidad con las diferentes fases de su historia. En una primera etapa, conocida como la heroica, la concepción patriarcal de la sociedad griega no impidió que la mujer disfrutase de honores y privilegios dentro del matrimonio. Así, se evidencia en obras clásicas como *La Iliada* y *La Odisea* donde se muestra la figura de una mujer venerada y un matrimonio honrado. Tal igualdad entre géneros desaparece en la época ateniense tal como recoge Platón donde el papel de la fémina se reduce a guardar la casa, ocuparse de los asuntos domésticos, obedecer a su padre y a su marido. O en boca de Aristóteles: *Las atribuciones domésticas no son las mismas para los esposos: el fin del hombre es adquirir, el de la mujer conservar*²⁵.

Esta concepción fue la que, por alguna suerte, heredaría la cultura romana influenciada predecesora griega haciendo de la condición jurídica de la esposa similar a la del pueblo ateniense. La mujer, tras el matrimonio quedaría sometida a la autoridad marital.

El mayor avance jurídico alcanzado por la consideración femenina griega llegaría en la época helenística donde el campo de actuación jurídica de la mujer consiguió sus mayores cotas, llegando a una capacidad de obrar casi plena. Con excepción a la prohibición de ser testigo en contratos y testamentos o la imposibilidad de poseer tierras, la mujer pudo comprar y vender libremente bienes muebles e inmuebles, constituir hipoteca sobre su patrimonio, asumir obligaciones de trabajo, hacer testamento, ser instituida como heredera, recibir legados y concluir personalmente su contrato de matrimonio.

IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER EN EL DERECHO ROMANO

Como hemos señalado, de igual forma que en otros pueblos de la antigüedad, Roma fue protagonista de la tradicional bipartición de sexos condicionando la personalidad jurídica a la pertenencia de uno u otro género. En las diferentes etapas históricas de Roma, son recurrentes las limitaciones y prohibiciones efectuadas hacia la mujer.

La mujer está caracterizada por su limitada capacidad de obrar o, siendo estrictos, con limitada capacidad jurídica. Dentro de las coordenadas sociales de Roma a la mujer se le reconoce un relevante papel en el marco de la familia. En este sentido, ULPIANO²⁶ afirma que: *La mujer es cabeza y fin de su propia familia*. SALUSTIO, por su parte, contrapone la ventaja que supone la monogamia que caracteriza el matrimonio romano y la consideración, en el seno del mismo de socia de la esposa, frente a la poligamia de otros pueblos. VARRÓN y CICERÓN entienden que el matrimonio, por su

24. Esta situación ha de haber sido muy común en Roma, particularmente, con ocasión del continuo desplazamiento masculino en pro a los movimientos militares de su época.

25. Cfr. BUIGUES OLIVER, G., *La posición jurídica de la mujer en Roma: presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid, 2014.

26. D. 16.195.5

propia naturaleza, es una sociedad y los cónyuges son socios. OVIDIO acuña la que quizás pueda considerarse la más brillante de las caracterizaciones del matrimonio, al definirlo como una sociedad de afectos y de bienes, en la que los cónyuges son dueños de la fortuna familiar.

Frente a estas consideraciones no encontramos un correlativo listado de reconocimiento de derechos, ni en el ámbito privado, ni mucho menos en el público. Así, En el Derecho de familia por ejemplo, no se reconoce el ejercicio de la patria potestad, ni tutela de menores, ni adopción hasta la época justiniana. En el Derecho sucesorio, por su parte, tampoco puede ser instituida heredera de patrimonios que sobrepasasen una determinada cuantía entre más ramificaciones jurídicas propias del Derecho privado.

En Roma, como en la India, la mujer, el hijo, la esclava, no poseen nada por sí mismos. Cuanto puedan adquirir es propiedad de aquel de quien dependen²⁷. El papel secundario de la mujer siempre la presentará, ante el Derecho, inferior al hombre. Queda excluida de la vida pública sin actuación ante los Comicios, Senado y/o Magistratura²⁸.

Igual acontece con la concesión de mercedes, distinciones, privilegios u honores que en la sociedad romana era un método frecuentemente utilizado por el poder para incentivar y estimular las distintas actividades militares y ciudadanas y la posibilidad de ascenso social de los varones en un mundo estrictamente jerarquizado y compartimentado, poco amigo de la movilidad interestamental y en el que las mujeres están excluidas. De este modo, la importancia de ostentar de un privilegio honorífico trasciende la mera concesión personal de honores, dado que los honrados con estas mercedes pasaban tradicionalmente a ocupar los puestos más relevantes, ejerciendo una influencia decisiva en el ámbito social, político y económico. Las menciones, privilegios se transforman en concesiones de títulos nobiliarios que, en su evolución, se fundamenta en tres grandes pilares: la tierra, el aspecto militar y el jurisdiccional, y se caracteriza porque se adscribe siempre al ciudadano que se constituye así en el cabeza de línea de futuros sucesores, también varones, de la merced. El título inicialmente concedido se convierte así en personal, aunque en origen fuera territorial, honorífico, perpetuo y vinculado²⁹.

En este momento histórico, la mujer, en la concepción social y jurídica, queda circunscrita al matrimonio y al hogar: *In multis iuris nostris articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum*³⁰.

Durante la denominada etapa arcaica, la sociedad romana responde a un rígido esquema patriarcal. Su ordenamiento sólo consideraba como sujeto de derecho a los ciudadanos masculinos jefes de un grupo familiar y al varón púber. En este marco, la mujer queda considerada como una menor psíquica, necesitada de la ayuda mascu-

27. PARRA MARTÍN, M. «Mujer y concubinato en la sociedad romana»..., op.cit., pág. 240.

28. La mujer no podrá ser magistrado, ni procurador, ni formar parte de la *comitiorum communio*, ni tampoco podía asumir la acusación en proceso criminal, ni ser actor en las llamadas acciones populares.

29. DE PRADA RODRÍGUEZ, M., *La tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*, Civitas, Madrid, 2009. Págs. 10.

30. PAPIANO.

lina para poder actuar, porque desde la lógica óptica romana, la libertad que podría poseer en el ejercicio de su obrar resultaba peligrosa para la mujer misma.

En la sociedad romana, existe una clara tendencia dominante sobre la mujer. Dejando a un lado las características intrínsecas de la significación de *paterfamilias*, las féminas romanas se verán sometidas a tres potestades masculinas: la *patria potestas* del padre si es menor, la *manus* si está casada y la tutela si se trataba de una viuda.

La literatura jurídica romana, de alguna manera, trata a la mujer siempre en función de la ciudadanía o no de sus hijos, es decir, no considerada en relación a sí misma, sino considerada mujer en cuanto a madre³¹. A esta figura, aparece estrechamente vinculada la institución del matrimonio. En este sentido, *patria potestas*, *manus* y *tutela* serán los instrumentos jurídicos utilizados por los varones para la dependencia jurídica del sexo opuesto. El tránsito entre cada uno de estos tres estados implicaba, a nivel simbólico, la asunción de la mujer como objeto de cambio.

La *patria potestas* consistía en la subordinación al ascendiente masculino de mayor edad dentro del grupo. Afectaba en un principio tanto a hombres como a mujeres, con la diferencia de que los primeros disfrutaban de expectativa de liberación en su contingente condición de futuro *pater*. La mujer quedaría únicamente a la espera de liberación por medio de la *mancipatio* o a la *manus*. La *mancipatio* explicada por Gayo sería una suerte de venta formal y solemne común al traspaso de esclavos y animales³², ciertas personas libres y otros bienes³³ de la que sólo se liberaría a través de la manumisión, lo que desencadenaría en tutela.

Por otra parte, la *manus*, a diferencia de la *patria potestas*, sólo puede recaer sobre una mujer³⁴. Es la subordinación de la mujer al poder del varón, quien podría ser o no su esposo, cuya finalidad sería evitar la tutela. Para entrar en la *manus* de un hombre la mujer debía celebrar un acto llamado *coemptio*, una ceremonia de venta³⁵. Cuando la *manus* provenía del marido, la mujer entraba bajo su potestad a través del negocio jurídico conocido como *conventio in manus*, situándose *loco filiae* (en lugar de una hija) si el marido era *paterfamilias* o bien entraba como *loco neptis* (en el lugar de una nieta) en el caso de que éste fuese al momento del matrimonio *alieni iuris*.

En el caso de que esta *coemptio* tuviese lugar ligado al concepto matrimonial consistía en la simulación de una venta de la mujer a su futuro esposo, donde debían estar presentes, el *pater* transmitente de la propiedad de la fémina, o de ser esta mujer *sui iuris* debía estar representada debidamente por su tutor. En analogía a otros actos de la época (la *mancipatio*), la *coemptio* precisaba para su validez la presencia de, al menos, cinco testigos, ciudadanos romanos púberes y el preceptivo *libripens*³⁶. Sobre la oportuna balanza se pesaba un trozo de cobre, que era entregado simbóli-

31. Sirvan figuras como el *Ius Liberorum* o el *Ius Conubii* que muestran cómo la imagen de la feminidad quedó absorbida por la figura de la maternidad en Roma.

32. GAYO I, 132.

33. GAYO I, 120.

34. GAYO I, 109.

35. GAYO I, 113.

36. Es el portador de la balanza.

camente al padre de la novia como supuesto pago por ella. Consistía, por tanto, en un acto privado; donde no intervenían ni sacerdotes ni magistrados³⁷.

Ciertamente existió, como modo de adquirir la *manus* sobre la mujer, una tercera vía: el *usus*. La existencia de la *conventio in manum*³⁸ se hacía valer en este caso por la simple convivencia ininterrumpida de un año entre el hombre y la mujer, lo que nos recuerda a formas de adquisición de la propiedad como la usucapión. Según la Ley de las XII Tablas, si la mujer no quería quedar sujeta a la potestad del marido, podía ausentarse durante tres noches anualmente para interrumpir el *usus*. A esto se le conocía como *usucapio trinocti*³⁹; figura propiamente del Derecho romano arcaico, el *usus* fue conocido en el Derecho romano republicano estando aún vigente en época de Cicerón pero que por pugnar con la *humanitas* existen fuertes indicios para pensar que no sobrevivió a finales de la Roma de la República. Se piensa que Augusto abolió esta figura; lo cierto es que no hay evidencias de su legitimación en la fase clásica romana.

Evitando profundizar en los citados actos jurídicos, es plausible que en todo momento se equipara a la mujer con una mercancía con su consecuente nivel simbólico legal.

La tutela, finalmente, se trataba de una especie de administración sin cuya intervención no podría actuar la persona sometida a la misma. Estaba prevista para los del sexo masculino impúberos, las del sexo femenino de cualquier edad y aunque estén casadas. Diferentes razones llevaron a los romanos a constituir la tutela sobre la mujer. Dícese que *los antiguos quisieron que las mujeres, aunque fueran de edad adulta estuvieran bajo tutela a causa de la ligereza de su espíritu*⁴⁰, su insensatez de juicio, la debilidad de su sexo y el desconocimiento de las cosas del foro. Para muchos estudiosos, empero, la verdadera razón práctica reside en el alto interés público que tenía la conservación de la familia romana la cual no podía quedarse rota tras el fallecimiento del *paterfamilias*⁴¹.

Durante la etapa clásica romana, la mujer mejoró su posición sustancialmente. La expansión de Roma originó un cambio en las costumbres que incidió positivamente en los derechos del sexo femenino. La mujer viuda fue beneficiada con la caída del *ligamen agnaticio*⁴². La mujer casada por su parte se benefició de la desaparición del concepto de *manus* en sentido estricto, el matrimonio no suponía una transferencia de la mujer a la familia del marido, poniendo a los esposos en una situación de menor desigualdad y dependencia⁴³.

37. En este punto, nos planteamos si ¿por alguna suerte representa este momento el nacimiento de la costumbre arral?

38. La *conventio in manum* puede tener lugar de tres modos: *confarreatio*, *coemptio* y *usus*.

39. GAYO, I, 111.

40. GAYO I, 144.

41. Vid., FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., «La patria potestad en el Derecho romano», *Los desafíos de la Familia Matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2000, págs. 94 y ss.

42. Se ha sostenido que la bigamia no apareció en Roma hasta la Roma postClásica. En la Roma Clásica, la teoría del consentimiento continuado de los cónyuges impide la situación de bigamia: la persona casada que celebraba nuevas nupcias provocaba el cese de la *affectio maritalis* anterior, y con ello, se presupone la ruptura del matrimonio preexistente.

43. La obligación de obedecer al marido se moderó por la obligación «simplemente de convivir junto con él, serle fiel y permitirle su corrección».

La mujer gozó de una cierta independencia económica al ser titular del patrimonio constituido como dote, de los bienes extradotales o parafernales y las donaciones nupciales. Frente a estos avances y por causa de la relajación de las costumbres, el Estado romano intervino en la esfera jurídico privada desfavoreciendo nuevamente a la mujer a través de legislaciones dictadas como la *Lex Voconia* del año 169 a. C., la *Lex Iulia* de Augusto retornando ciertas prohibiciones a la mujer en el ámbito civil y que, incidirán en las reglas matrimoniales de la época.

La etapa posclásica y justiniana se verá ampliamente influida por la presencia del cristianismo. Convertido en religión oficial del Imperio por Constantino las postulaciones de fraternidad, caridad e igualdad repercutirán en la condición y concepción de la mujer. Los efectos más radicales de esta nueva concepción de lo humano ocurrirán en materia matrimonial⁴⁴. Con Constantino, la legislación del Imperio intentará equiparar los derechos entre los cónyuges y buscará cierta protección de la mujer. Bajo el imperio de Justiniano, el matrimonio fue considerado como comunidad en la que los cónyuges se deben fidelidad, socorro y asistencia mutua. Fue con este emperador cuando a su vez, se introdujeron cambios en la concepción de la titularidad del patrimonio conyugal y a la formación del mismo.

En el ámbito extramatrimonial, la capacidad de obrar de la mujer mejorará con la desaparición de la *tutela mulieris*. Institución cuestionada por el propio Gayo quien ya reconoce la artificialidad de dicha institución cuando se refiere a ella en los siguientes términos:

Entre los extranjeros no hay similitud con lo que ocurre entre nosotros, pues las mujeres no están bajo tutela, aunque en muchos casos vienen a estar como bajo tutela, y así, por ejemplo, una ley de los Bitinios determina que si una mujer contrata debe contar con la autorización del marido o con la de un hijo suyo púber⁴⁵.

O bien cuando el mismo jurista reconoce la absurdez de dicha institución calificándola del siguiente modo:

(...) Apenas hay alguna razón de peso que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza⁴⁶ actos contra su voluntad forzado por el pretor.

44. Durante esta etapa, desaparecerá la tutela sobre las mujeres y el matrimonio *cum manu*, se reconoce la mujer una amplísima capacidad negocial y, en general, se produce un reforzamiento de forma sustancial en su capacidad de obrar.

45. GAYO, I, 193.

46. GAYO, I, 190.

Finalmente, es en este momento cuando le queda reconocido a la mujer capacidad para testar y la titularidad de derechos sucesorios sobre los bienes de sus hijos⁴⁷.

No obstante, y pese a la influencia del derecho justiniano en la producción legislativa de Bizancio, la mujer vuelve a experimentar el retorno de las endémicas limitaciones que le persiguen impuestas por León VI, menoscabando su capacidad de obrar. Las restricciones más destacables serán la restricción de su capacidad de testar, la pérdida de la tutoría sobre sus hijos para la mujer viuda que contraiga nuevas nupcias, entre otras.

V. SUI IURIS FEMINIS

No podíamos dejar sin mencionar en apartado independiente el concepto de esta situación jurídica que *a priori* parece reflejar una *contradictio in terminis*.

En una única ocasión de la obra completa de Gayo se menciona expresamente *sui iuris feminis*, es decir, a las mujeres de propio derecho o mujeres independientes. Se desconoce a ciencia cierta las características de esta tipología dado a que en este punto se carece de completitud escrita, faltando hoja y media y encontrándose el discurso cortado. Sin embargo, resulta de importancia traer a colación la causa de tal independencia de la adulta romana.

Fueron los juristas romanos quienes acuñaron el denominado *ius liberorum* de derecho por maternidad⁴⁸. De acuerdo con éste: *las que nunca han sido esclavas se liberan de la tutela a causa del derecho por maternidad al tener tres hijos*⁴⁹.

Al salir de la *patria potestas*, la mujer caía en la *manus* del varón, caso contrario, tenía reservada para sí la tutela. Sólo a través de la maternidad y como premio a su fecundidad⁵⁰ –tres hijos para el Estado– la mujer alcanzaba la plena capacidad en el derecho⁵¹.

La amplitud de su capacidad de obrar, las características de este estado y, en definitiva, los poderes que gozaron estas mujeres son desconocidos dado al considerable silencio con el que nos hemos encontrado en nuestra investigación. Su difusión entre la población parece haber sido amplia como demuestra la intervención del emperador

47. Justiniano derogó las Leyes Voconia y reconoció derechos sucesorios femeninos.

48. Otorgado por Augusto en las *Leges Caducariae* representa un régimen excepcional favorecedor a aquellas que hayan tenido un cierto número de hijos: tres para el caso de ciudadanas romanas o cuatro para las libertas. Gracias a este derecho las mujeres podrían suceder al hijo *sui iuris* que carecía de herederos, quedaron libres de tutela, entre otros privilegios desconocidos hasta entonces.

49. GAYO I, 194 en el mismo sentido puede verse I, 145; y III, 49-50.

50. GAMBOA URIBARREN, B. «Mujer y sucesión hereditaria en Roma». *Mujeres y Derecho: Pasado y presente*. I Congreso multidisciplinar de Centro. Universidad del País Vasco, Vizcaya 2008. Pág. 46, afirma que nos trasciende la asiduidad con la que se acudía a dicho *Ius Liberorum*. Presumiblemente, el requisito de los hijos causaba innumerables injusticias por lo que está práctica se solicitaba al Senado y al Príncipe y con frecuencia se concedieron a categorías enteras de personas, hasta que se convirtió en una mera formalidad por la que se concedía a todos los que la solicitaban.

51. CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, trad. Andrés Pociña, Madrid, 1991, págs. 210 y ss.

Adriano. En cualquier caso, el empleo de una expresión técnica como el de «*sui iuris*» resulta un indicio claro de las facultades que les pudieron haber concedido⁵².

Una *Lex Claudia* –de la época de Claudio– abolió la tutela legítima sobre las mujeres y las únicas formas que perduraron, con aplicación muy reducida, por la progresiva independencia de la mujer, serían la del tutor testamentario y el tutor dativo que la mujer puede solicitar del magistrado. Por otra parte, ya en tiempos de Diocleciano se menciona la tutela de las mujeres aisladamente en una constitución que fue derogada presumiblemente en los siglos IV y V d. C., por lo que con certeza la tutela así entendida no figura en el Código de Teodosiano, ni en la Compilación Justiniana.

Ciertamente, la práctica totalidad de la producción jurídica y literaria procede de los hombres, estando la visión de la mujer adaptada a las exigencias conceptuales del varón lo que nos sumerge en un conocimiento parcial de la exacta realidad jurídica y social femenina.

Por último y con todo lo expuesto, se puede afirmar que tanto los textos literarios como la literatura jurídica muestran que la condición jurídica de la mujer en el derecho romano cambió a la par que las costumbres y los tiempos.

VI. MATRIMONIO Y PATRIMONIO CONYUGAL EN EL DERECHO ROMANO

La denominada tradición de pensamiento occidental europeo en cuanto al modelo matrimonial se refiere, tiene sus principales fuentes en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico. Junto con la definición de familia, el concepto de matrimonio es uno de los que más ha variado a lo largo de la historia del Derecho Romano, en particular, y del Derecho general debido a la fuerte impronta sociológica y cultural que conlleva.

A continuación, trataremos de aproximarnos al concepto de matrimonio, teniendo siempre presente que, en el Derecho Romano Clásico, se parte de la idea de la compra de la mujer por el hombre, futuro cónyuge de un matrimonio basado en el albedrío de ambos, característica que comparte con el Derecho Germano (*kaufehe*, o matrimonio por compra) o el propio Derecho musulmán. En todos ellos, con relativa frecuencia, la idea de la compra se difumina, sustituyendo el pago del precio de la mujer a cargo del hombre por la figura jurídica denominada donación⁵³.

En Roma, el matrimonio es la unión solemne entre hombre y mujer, donde es la «unión de voluntades de los cónyuges y no la unión de los cuerpos, lo que caracteriza al matrimonio»⁵⁴. Lo que es lo mismo: «No es la unión sexual lo que hace el matrimonio, sino la afección, *affectio*, matrimonial⁵⁵». Por este motivo, se prevé para

52. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I. La tradición romana*, Barcelona, 1982, págs. 12 ss.

53. Existe una gran riqueza de vocablos para designar la misma realidad social: *matrimonium, nuptiae, consortium, coniunctio, communicatio, societas, pactum, foedus*, etc.

54. ULPIANO en D. 24.1.32.13.

55. ULPIANO en D. 24.1.32.13.

el caso de las donaciones entre cónyuges que «Si los cónyuges hubieran vivido separados mucho tiempo, pero se mantenían el recíproco respeto matrimonial, (...) creo que las donaciones no son válidas, como si el matrimonio no se hubiese interrumpido, pues no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino el afecto matrimonial». Así, prosiguiendo ULPIANO con su explicación: «No es la cohabitación lo que hace el matrimonio, sino el consentimiento⁵⁶»; siempre que se guarde el debido respeto y consideración (*honor matrimonii*). Es decir la convivencia no se interpreta en sentido materia, sino ético. No hay matrimonio, en modo alguno, si la ausente es la mujer⁵⁷.

Una vez analizadas nuevamente las fuentes romanas, se puede apreciar que, en el Derecho Romano, el matrimonio no estaba revestido del carácter formal, al menos en un primer momento, que distingue a la institución matrimonial con fecha posterior⁵⁸. El matrimonio era una situación de convivencia entre dos personas de distinto sexo, manifestación real que probaba la propia existencia del mismo. La *affectio maritalis* se erige en la causa, razón de ser y la durabilidad de la institución, de forma que al desaparecer ésta, se termina la significación de la institución en sí⁵⁹. Este *consensus* entre dos, configura al matrimonio con un único elemento esencial en orden a su existencia, asemejándose –como bien mencionaría Ulpiano– a un contrato de sociedad, surgido y sustentado por la mera voluntad de los cónyuges.

En las fuentes romanas se conservan dos definiciones de matrimonio, ambas aplicables, en su esencia, a la época postclásica. Así, para Modestino D 23.2.1, el matrimonio representa la unión entre un hombre y una mujer, una comunidad para toda la vida y una puesta en común del derecho divino y del derecho humano. *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication*.

Por su parte, para Justiniano 1.9.1, el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer que comporta una vida en común. *Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*

El consorcio para toda la vida, no hacía referencia a la indisolubilidad de la unión, porque en el momento de no permanecer la *affectio maritalis* daba lugar a ejercer la disolución del matrimonio. La puesta en común del derecho divino y humano hacía alusión al conjunto de normas jurídicas y preceptos religiosos aplicables de consuno a los dos miembros de la unión conyugal. Si bien es cierto que, siguiendo lo marcado

56. D50.17.30.

57. IGLESIAS REDONDO, J. *op. cit.* Pág. 483.

58. MORÁN MARTÍN, R. *Historia Del Derecho Privado, Penal y Procesal, op. cit.*, págs. 346-347, afirma que «Históricamente el patrimonio conyugal se formó mediante donaciones iniciales por parte de la familia de la novia o del novio, además de la posible existencia de patrimonios aportados al matrimonio por uno u otro cónyuge bien en el momento del matrimonio, bien con posterioridad (donaciones a su favor, herencias, botín, etc.) sus frutos y el destino de cada una de las masas patrimoniales».

59. La *affectio maritalis* no es únicamente manifestación de consentimiento inicial emitida en una sola vez: es más bien, un estado de voluntad cotidiano. De ahí que el divorcio aparezca tan natural para los romanos: el matrimonio sostenido únicamente por la *affectio maritalis*, se acaba si la *affectio* cesa. Y, por ello, es lógico también que cuando la influencia cristiana, contraria a tal concepto, se hace sentir, vaya acen tuándose el valor del *consensus* inicial. ARIAS RAMOS J.A y ARIAS BONET, J. A., «Derecho Romano», Tomo II, *Revista de Derecho Privado* 18ª edición, Madrid, 1981. Pág. 753.

por Justiniano, es reiterativa la idea de la vida en común. En ambos modelos, la naturaleza comunitaria o societaria del matrimonio romano es indubitable. Por tanto, la condición de socia de la mujer se pone de relieve en otros textos literarios como en los de VARRÓN, CICERÓN, OVIDIO, entre otros. Ovidio, por retomar las palabras de uno de los mencionados, define al matrimonio como una sociedad de afectos y de bienes, en la que los cónyuges son dueños de la fortuna familiar.

La investigación del Derecho comparado nos muestra que para generar el vínculo matrimonial de forma efectiva, son diferentes las tradiciones que generan dicha unión. En algunos casos la unión conyugal se establecía en un único acto, mientras que, en otras sociedades, el vínculo matrimonial aparece como una sucesión de actos múltiples emplazados en el tiempo. Es decir, se escalonaban los tiempos de constitución del matrimonio. A esta configuración que caracterizaba el matrimonio, la doctrina⁶⁰ suele denominar matrimonio «por etapas» en atención a las fases que deben ser cubiertas para la formación del vínculo conyugal. Al multiplicar los actos, se multiplican los gestos que consolidan la unión y esto respondía a la multiplicidad de las instancias interesadas que por tal razón participaban en ese compromiso⁶¹.

Se antoja contradictorio pensar que en una institución basada en la persistente voluntad de los intervinientes que la constituyen, actos jurídicos, ritos, y el tiempo en el que se efectúan tales formas pueda prevalecer como esencia para la configuración real de ese negocio de voluntades a las que hacemos referencia. Es decir, que la radicalidad en la validez del matrimonio completamente consensual tenga sus raíces en la ritualidad y no en el consentimiento. Pues bien, si se analizan los anales de la historia, primigeniamente el Derecho Romano establece el vínculo matrimonial en un solo acto y así lo hereda más tarde el Derecho canónico, quien sirve de transmisor para todas las legislaciones occidentales.

No obstante, y pese a presentarse ante nosotros como el régimen natural, el matrimonio contraído en un acto indiviso es una excepcionalidad. Es, sin duda, el matrimonio por etapas el que fue el más difundido en la antigüedad⁶², propio del derecho musulmán, de diversas tradiciones africanas y de las reminiscencias visigodas⁶³.

En el Derecho Romano, al igual como pasa a la inversa, encontramos como, con la lógica evolución labrada en la dimensión temporal, impera triunfalmente el formalismo sobre el consensualismo en la celebración del matrimonio. Para contraer correctamente matrimonio, el ordenamiento jurídico prevalente exigirá ritos, ceremo-

60. GAUDEMET, J., *El matrimonio en occidente*. Taurus Humanidades. Madrid 1993. Pág. 37

61. GAUDEMET, J., *El matrimonio en...*, *op. cit.* Pág. 37 y ss.

62. Uno de los ejemplos más antiguos que recuperaremos a tal fin es el que nos lo proporcionan los códigos mesopotámicos del segundo milenio antes de nuestra era. El matrimonio se presenta como resultado de dos actos particularmente importantes: el primero de ellos es la entrega de la TIRHATU o premio nupcial que el futuro marido ofrecía al padre de la muchacha. Tenía unos efectos mucho más graves que unos esponsales a la romana porque confería ya al futuro marido el calificativo de dueño de la mujer y de yerno. Cualquier ofensa o perjuicio contra la novia se castigaba con la muerte (Código de Hammurabi 161). El segundo, que en ocasiones tenía lugar muy dilatado en el tiempo, la mujer era confiada a su marido. Este segundo momento completaba el matrimonio inaugurado previamente con el pago de la TIRHATU.

63. En la Lex Visigotorum, los momentos que se distinguen son la VERLOBUNG (Compromiso de entregar a la mujer a su futuro marido junto con la autoridad sobre ella que hasta ese momento poseía su padre) y la TRAUUNG (Unión de instaurar la vida en común, por el vínculo existía ya desde el compromiso).

nias y otros actos que adquirirán valor constitutivo para la validez de ese matrimonio consensualmente contraído. Este concepto de constitución formal será análogo al exigido en otras culturas jurídicas que tendrán plena vigencia en el Medioevo español y con sede temporal el reinado de Felipe II⁶⁴.

En atención al orden de celebración del matrimonio, los actos que solían acompañar al consentimiento con un valor solemnizador o probatorio; con matrimonio formal, serán exigidos para su validez, estarán presididos de ritos, ceremonias y otro tipo de actos que pasan a tener valor constitutivo del enlace. Razón por la cual por matrimonio se entenderá aquel constituido en dos fases sucesivas, la promesa de futuro matrimonio y el acto prometido.

En general, se aprecia la impureza del sistema romano a través de la actividad pacticia llevada a cabo en la Roma postclásica en el marco de las donaciones entre cónyuges⁶⁵. En Roma, se registra la existencia de documentos especiales para la constitución de la dote, por ejemplo, en entornos socioeconómicos elevados.

1. Especial referencia a los esponsales

Proveniente de la palabra «sponsalia» o bien «spondeo» como afirman muchos autores⁶⁶, este acto, precedente al matrimonio, consistía en la mutua promesa de matrimonio entre hombre y mujer. En la Roma Clásica, esta promesa no era preceptiva, por lo que los esponsales pueden hacerse por simple convención no requiriendo las formas solemnes de un contrato verbal.

En el Derecho Romano arcaico, la denominada *sponsalicia* tenía sanción religiosa, no civil. Consistía en una doble estipulación del padre de la desposada al esposo consistente en la obligación de entregar a la hija y del esposo o su padre a aquél de recibirla, pero no vinculan a la mujer para un posterior matrimonio.

Superado este período y a medida que evoluciona el derecho romano en la promesa de futuro matrimonio (*sponsalia - spondere*), se introduce una pena por resarcimiento de daños de carácter patrimonial, dado a que intervienen las arras en la celebración de los esponsales⁶⁷. Más tarde, por la influencia del cristianismo se considera que, con ello, se crea un vínculo entre los esposos que se va asemejando al matrimonio, por lo que se fortalece la concepción de perjuicios patrimoniales en caso de incumplimiento.

64. Ciertamente, resultan claras algunas de las sutiles diferencias entre un ordenamiento como el Romano Clásico, el germano y el visigodo dado a que la expansión territorial y demográfica afina las semejanzas exógenas de sistemas jurídicos foráneos, terminando por traslucirse en un conjunto legislativo que hereda concepciones jurídicas de otros.

65. LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Ariel Derecho. Barcelona 1983. Págs. 697-708.

66. RODRÍGUEZ DE FONSECA, B., *Digesto Teórico Práctico*. Tomo VIII. Imprenta Real. Madrid 1788. Págs. 88 y ss. Para este autor la palabra *spondeo* se refiere a promesa; a la prometida y al prometido se le solía conocer como esposos, siendo en sentido estricto los esponsales *futurarum nuptiarum promissa*, es decir, la promesa de futuras nupcias.

67. Así se afirma MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*. Universitas, S. A. Madrid, 2002. Págs. 329-368

En el Derecho Romano oriental es nítido el perjuicio patrimonial incurrido por aquel que rompe la promesa efectuada, perdiendo las cantidades de dinero prestadas en garantía del cumplimiento o arras esponsalicias (*arrha sponsalitia*)⁶⁸.

Durante el Bajo Imperio, el incumplimiento del varón supondrá la pérdida de la donación en concepto de esponsales y de lo prometido, permitiendo a la esposa contraer otro matrimonio posterior. Por su parte, si el incumplimiento es debido por causas ajenas al varón, es decir lo determina la mujer, ésta tendrá la obligación de devolución de lo recibido, siempre que sea menor de diez años, o en su caso –para mujeres mayores de doce años– la devolución versará sobre el cuádruplo de dicha cantidad. Al mismo tiempo, los perjuicios no serán únicamente patrimoniales, sino que incurrirá en infamia.

La celebración de esponsales lleva casi implícita la intervención de terceros. El consentimiento matrimonial es otorgado o bien por los contrayentes, como se verá con posterioridad, o bien por terceros; entendiéndose como tales a los padres, las parentelas, el tutor, el señor o el rey dependiendo de la fase histórica en la que nos encontremos. En el Derecho Romano clásico resulta significativa la importancia del consentimiento otorgado por el denominado tutor. Este consentimiento de terceras personas distintas a los futuros cónyuges tendrá presencia a lo largo de la historia y será recogida tanto en las costumbres de los pueblos como en algunas leyes por las que se rigen.

El cuadro siguiente sirve de acopio de la manifestación de lo referenciado, en las fases históricas analizadas:

	Período	Textos jurídicos	Comentarios
Señor/ Rey	Edad Media/ Edad Moderna		Excepcional.
Tutor	Derecho Romano clásico / Período musulmán		Musulmán en cuanto a la mujer. Roma Clásica: cuando la mujer es <i>sui iuris</i> . En los restantes períodos sólo interviene en defecto de padres o parentelas
Padres	Pueblos primitivos.	Fueros Extensos: Cuenca y Las Partidas.	Más importantes. Excluyen o preceden a las parentelas.
Parentelas	Bajo Imperio. Derecho Germano. Derecho Visigodo Antiguo. Derecho castellano s. XIII y territorial Navarro.	Fuero Juzgo. Fuero Real	Como conjunto (familia lata) o dividida en grados (familia reducida)

68. Para mayor información véase LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Ariel Derecho. Barcelona, 1983. Págs. 697-708.

La mención a los conceptos y principios romanos que rigen a la familia no resulta baladí teniendo en cuenta que, sin temor, puede afirmarse que es un concepto que se ha ido estructurando a partir del cruce de los criterios romanos aquí expuestos, influencia de acertijos puramente canónicos y de vestigios germánicos amalgamados todos ellos de forma plena en la Recepción del Derecho común, afectando a los efectos producidos sobre las donaciones entre los cónyuges.

2. Modelo dotal romano: donaciones por causa de matrimonio

A continuación, se indicarán someramente conceptos propios del Derecho romano que parten desde la significación de matrimonio para las transferencias patrimoniales dividido por períodos del desarrollo jurídico romano.

a) Sistema Dotal

El matrimonio dotal por excelencia es propio de un derecho eminentemente escrito⁶⁹, evolucionado desde el punto de vista técnico y predominantemente testamentario como el modelo romano. En el Derecho romano clásico, el régimen económico marital era la separación de bienes⁷⁰, en virtud del cual, cada consorte retenía la propiedad, posesión y administración de sus bienes propios, presentes y futuros. Regla subsumida en la estricta dependencia jerárquica del *paterfamilias*, titular absoluto del patrimonio común de la célula familiar. Por este motivo, no es de extrañar la expresa prohibición de las donaciones entre cónyuges⁷¹ dentro de este marco.

Este cerrado sistema, encuentra relajación únicamente con respecto a la DOS o REX UXORIA, donación entregada o prometida por la mujer o por un tercero en su nombre al marido con el fin de contribuir a mitigar las cargas del matrimonio.

b) Patrimonio conyugal

Partiendo de la concepción romana de matrimonio anteriormente expuesta, las leyes aplicadas al mismo no demuestran alteración alguna en cuanto a la pertenencia de los bienes del marido y de la mujer (o de su poderhabiente) tras la celebración matrimonial, sino que ambos continuaban siendo los propietarios de los bienes que tuvieron durante su respectivo estado civil precedente. Así lo expone Kaser cuando señala:

«La celebración del matrimonio no altera la pertenencia del patrimonio del marido y de la mujer ni los respectivos derechos de disposición de éstos so-

69. La tendencia hacia el derecho escrito es uno de los rasgos más resaltantes en Roma ya desde el derecho romano arcaico, especialmente en el ámbito privado y su procedimiento. Para más detalle INHERING, R. *El espíritu del Derecho romano e las diversas fases de su desarrollo*. Comares, Granada, 1998. Pág. 315.

70. En este punto, destacamos que si bien es cierto que la mujer mantenía la exclusiva propiedad y administración del conjunto de bienes parafernales, se observa una tendencia a admitir su sostenimiento a la satisfacción de las cargas matrimoniales, adulterando el régimen de separación de bienes.

71. Prohibición suavizada a partir del año 206 al consentirse la convalidación tácita de las no revocadas en vida del donante. Para más detalle, GARCÍA GARRIDO, M. *Ius Uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 9, CSIC, Roma-Madrid, 1958. Págs. 78-84.

bre el mismo. Cada uno de los cónyuges (o su poderhabiente) conserva su patrimonio y responde por las propias deudas. Estas normas valen sin duda para el matrimonio libre, el cual lleva aneja la separación de bienes⁷²».

Empero, los efectos personales del matrimonio tenían una influencia decisiva en los efectos patrimoniales, girando en torno a la ya comentada figura de la *manus*⁷³. Si el hombre adquiría el poder marital sobre la mujer, ésta no tenía ninguna capacidad patrimonial. Es decir, para el caso de la mujer *alieni iuris*, todo lo que poseía pasaba de forma automática al marido⁷⁴. En el caso de transmisión de *manus* del *paterfamilias* de la mujer a la *manus* del marido, cualquier aportación que se realizara al matrimonio forzosamente pasaba a la propiedad del varón.

La masa dotal, por tanto, quedaba colocada bajo la tutela económica del esposo, pasando a integrarse como parte de su propiedad pese a que su capacidad dispositiva estaba limitada a la percepción de las rentas que dichos bienes generasen. Así es como tenía la obligación de no menoscabarlos, ya que funcionaban como una especie de fondo de garantía para la concedente, a la que revertirían en la eventual disolución matrimonial.

En cuanto al matrimonio *sine manu*, donde la mujer seguía perteneciendo a la familia del padre y modalidad más frecuente en la Roma clásica, el contrapunto se detalla al caracterizarse por una verdadera separación de bienes. En el caso de la mujer *sui iuris*, las adquisiciones por causa y estando constante el matrimonio formarían un patrimonio separado, le pertenecería en propiedad personalmente todo lo que poseyese antes del matrimonio o adquiriera después, con libertad de disposición. Si la mujer no era independiente y continuaba bajo la *potestas* de su *paterfamilias*⁷⁵, tales adquisiciones no harían más que aumentar el patrimonio de éste. Sería también él el que respondería

Ciertamente, la tradición marca que fuese el marido el encargado de sufragar los gastos del hogar y el mantenimiento de la familia, y el uso exigió desde antiguo que el *paterfamilias* de la mujer concediese al marido con ocasión al futuro matrimonio, ciertos valores patrimoniales en concepto de bienes matrimoniales.

Originariamente, tal traspaso de bienes era enmarcado dentro del matrimonio *cum manu* antiguo. Posteriormente, debido a su probable carácter teleológico para la satisfacción de los gastos generados en el ámbito doméstico (*onera matrimonii*), podía ser constituido en los matrimonios *sine manu*. Así fue una vez universalizado

72. KASER, M. *Derecho Privado Romano*, versión directa de la 5ª edición alemana por Jose Santa Cruz Tegeiro, Madrid Reus, 1968. Pág. 268.

73. Los romanos llaman *manus* al poder marital, utilizando, por tanto, el símbolo de la mano que protege a la vez que domina. MIQUEL, J. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Barcelona, PPU, 2986. Pág. 119.

74. La mujer podía poseer bienes propios de época anterior al matrimonio, si al contraerlo estaba emancipada; en otro caso, y en cuanto filia familia tenía incapacidad patrimonial. JÖRS, p. y KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. prieto Castro, Barcelona, 1965, Pág. 402.

75. Si no se halla en *potestas patris* al tiempo de contraer matrimonio, debe serle nombrado un tutor. No es habitual nombrar al marido tutor de la propia mujer y así lo recoge Miquel, J. *Instituciones de Derecho Privado...*, Op. Cit. Pág. 119.

tal sentido de constitución; es decir, a pesar de las evidentes diferencias existentes entre un tipo de matrimonio (*cum manu*) y otro (*sine manu*), en ambos se dio, con el devenir del tiempo, la institución de transferencia patrimonial de la mujer al hombre.

Bien es cierto que la dote, aparece como donación característica de todo matrimonio legítimo no fue hasta que con CALACALLA y SEPTIMIO SEVERO adquiere esta obligación moral su sustrato jurídico⁷⁶. Por todo ello, se podría afirmar de forma simplificada que la *dos profecticia* actúa como un *propium patrimonium filiae* encaminado al enlace conyugal. Es decir, funcionaría como anticipo a cuenta sobre los bienes hereditarios que la hija deberá restituir en caso de divorcio y colacionar cuando muera el padre⁷⁷. A nuestro juicio, operaba como un mecanismo para mantener el status social entre las familias romanas de la época.

En referencia a la consideración de herencia anticipada de la dote, existen distintas interpretaciones y constantes debates entre los romanistas de la doctrina ya que se desarrolla en un momento histórico en el que las mujeres no tenían capacidad jurídica para heredar y la herencia además de su componente patrimonial incluía la *potestas*, un poder reservado únicamente al género masculino⁷⁸.

Un segundo apartado discutido ampliamente por la historiografía jurídica romana es el relativo al destino de la dote desde el punto de vista patrimonial. Parece deducirse del texto de PAULO (*ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*) la funcionalidad con respecto al alivio de las cargas del matrimonio. La discordancia entre unos y otros surge entorno al carácter clásico de este principio o fue sobrevenido a causa de interpolaciones bizantinas.

En un primer momento, la dote romana funcionaba como compensación no obligatoria del *paterfamilias* al marido como obligación moral de alimentar a la mujer *sine manu* y como medio de contribución a la constitución de un nuevo patrimonio familiar en aras al soporte de las nuevas cargas asumidas por el nuevo núcleo conyugal.

Ciertamente, los textos que establecen una conexión literal entre dote y onera son tardíos y en la época clásica no encontramos mención literal alguna aunque resulta coherente con este concepto y no cabe duda que ésta fue su finalidad principal⁷⁹.

Con la conversión al Cristianismo del Imperio Romano, se producen ciertos cambios en el concepto jurídico propio de Roma. Durante los siglos V al VIII d. C se produce como un proceso de germanización en la Europa latina. El derecho se presenta como versión clerical del *ius* teodosiano, se produce lo que es conocido como una vulgarización del *ius*: Las obras jurídicas aspiran a acomodarse a una realidad social y cultural distinta de la urbe y buscan una mayor eficacia sacrificando el nivel técnico.

76. GUTIÉRREZ MASSON, L. *La dote en el derecho roman*, RFDUCM 74 (1988-89). Pág. 272.

77. Así se demuestra por la obligación del padre de constituir dote, salvo pacto en contrario sobre sus propios bienes. Para más detalle Kaser, M. *Das römische privatrecht*. C. H. Verlangsbuchhandlung, Munich, 1975.

78. En este sentido, Manzo, A. *Un'ipotesi sull'origine Della dote*, Index 25, 1997. Págs. 307-332. y GARCÍA MARTÍN, J. *op. cit.* Págs. 56-59.

79. En esta línea lo afirma BRUGI con respecto a la legislación justiniana; ya que en el caso de que el marido se encontrase en estado de pobreza, la mujer se veía obligada a destinar la dote a las *onera matrimonii*. BRUGI, *Instituzioni de Diritto privato giustiniano*. Fratelli Drucker, Papua 1911 Pág. 279.

Se puede apreciar, por regla general, una supervivencia de algunas de las instituciones indígenas y la creación espontánea de nuevas ordenaciones⁸⁰ que poco o nada tenían que ver con los períodos anteriores.

La legislación imperial postclásica reguló una asignación inversa *ex marito*, la *donatio ante nuptias* o donación antenuptial (*sponsalitia largitas*), refiriéndose a los bienes que el marido aportaba a la mujer antes de contraer el matrimonio. Se perfila dirigida a reforzar el compromiso de los esponsales, a blindar la virtud de la novia y a garantizar a la esposa una porción de los bienes de su prometido en caso de muerte o incumplimiento del pacto⁸¹. No obstante, las discusiones doctrinales a este respecto están servidas; no las reproduciremos aquí por su extensión y por la inadecuación con el objeto de nuestro estudio.

Podemos observar, por otra parte, como se inserta en la dote la máxima *Nuptias non concubitus sed consensus facit*. Es decir, aunque la dote romana está condicionada a la celebración del matrimonio, no lo está con respecto a su consumación y es así como lo podemos comprobar en los matrimonios celebrados entre ausentes, donde la mujer virgen y viuda puede reclamar la dote⁸².

Finalmente, cabe mencionar que en la dote romana se transfiere la titularidad en el momento de la entrega y no tras la celebración de la boda. Será este modelo, de carácter consensual matriz independiente a la consumación marital el que se establezca en Occidente hasta el Concilio de Trento, momento en el que se marcará un antes y un después con importantes consecuencias en relación a la dote en la época alto medieval.

Durante el período postclásico se puede apreciar un abandono en los negocios formales en general. En cuanto a lo que afecta a las donaciones por causa de matrimonio cabe destacar la inexigibilidad con respecto a la *pollicitatio dotis* y la *promissio dotis*⁸³ bajo mandato de Teodosio II y Valentiano III y la inherencia del deber de restitución aparejado a la dote con Justiniano. El *legislator uxorius* convierte a la propiedad del marido de tiempos anteriores en algo meramente formal, adjudicándole facultades de usufructuario.

El régimen de separación establecido y aún más protegido debido al implemento de todos estos mencionados cambios, seguiría acompañado igualmente del principio clásico de prohibición de donación entre los cónyuges.

80. Para más detalle acudir a MORÁN MARTÍN, R. *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*. Editorial Universitas, S. A. Madrid, 2002. Págs. 642-644.

81. BERMEJO CASTRILLO, M. A. *Op. Cit.* Pág. 6 Para una aproximación más detallada GARCÍA GARRIDO, M. *El Régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico*. AHDE, 29 (1959).

82. GAUDAMET, J. *Op. Cit.* Pág. 40.

83. La *dictio dotis* es la declaración solemne del que constituye la dote, que –recordemos– podría ser la mujer si era *sui iuris* o el padre, el abuelo paterno o alguien que intervenga por mandato de la mujer. La *promissio dotis* es la promesa de dote que puede hacer cualquier persona en forma de estipulación.