

## LAS JUSTAS NUPCIAS. TRANSFUSIÓN DEL DERECHO ROMANO AL ARGENTINO

Por Ángela Vinti y Mariela Zanetta Maggi\*

Sumario: I. Introducción. II. De las justas nupcias. III. Los esponsales. IV. Concepto y definición de matrimonio. V. Requisitos para contraer matrimonio: 1. Capacidad natural; 2. Consentimiento de los contrayentes; 3. Consentimiento de los padres; 4. *Connubium*, ausencia de impedimentos: a) Parentesco, b) Afinidad, c) Otros impedimentos. VI. Celebración del matrimonio. VII. Los efectos del matrimonio romano: 1. Entre los cónyuges; 2. En cuanto a los hijos; 3. Patrimoniales: a) Matrimonio *cum manu*, b) Matrimonio *sine manu*, c) La dote. VIII. Disolución del matrimonio: 1. Por la muerte de uno de los cónyuges; 2. Por la cautividad en poder del enemigo; 3. Por destierro; 4. Por impedimento sobreviniente; 5. Por divorcio: a) Divorcio por justa causa, b) Divorcio sin causa. IX. Otras uniones lícitas. El matrimonio *sine connubium*. X. Influencia del derecho romano en la legislación argentina. XI. Conclusión.

### I. Introducción

En Roma, la fuente principal de la patria potestad era el matrimonio o *justæ nuptiæ*, pues los hijos que nacían en su seno formaban parte

---

\* Ayudantes alumnas de Derecho Romano II.



de la familia civil del padre (aunque la *patria potestas* también podía ser establecida por la legitimación y la adopción).

Para los romanos el matrimonio era un *factum*, una situación de hecho capaz de producir consecuencias jurídicas. Todo lo relacionado a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece fundamentalmente a las *mores*. Lo que hoy se llama derecho matrimonial aparecerá muy posteriormente; será en principio obra de la Iglesia a través del derecho canónico.

## II. De las justas nupcias

Se llama *justæ nuptiæ* o *justum matrimonium*, al matrimonio legítimo conforme a las reglas del derecho civil en Roma. En la sociedad primitiva romana, el interés político y el religioso hicieron necesaria la continuación de cada familia o *gens* por los hijos, que permanecieron subordinados a la potestad del jefe. De ahí que uno de los motivos esenciales de su existencia fue el engendrar hijos, que continuaran la estirpe. Aunque la procreación jamás fue requisito *sine qua non* del matrimonio romano.

## III. Los esponsales

Los esponsales (*sponsalia*) son muy bien definidos por Florentino como "mención y promesas de futuras nupcias" (D.23.1.1). Los esponsales solían hacerse directamente por los *patres* del *filius* y la *filia*, o también entre el *pater* de la mujer y el joven que deseaba casarse con ella. La utilización actual de "esposos" para los que celebran el matrimonio comienza en el derecho canónico posterior, que admite las bodas como esponsales de presente a diferencia de los de futuro.

En el derecho antiguo e incluso en la época republicana se admitía una "*actio de sponsu*" para el caso de que, sin causa justificada, una de las partes no se quisiera casar. Esto no era para obligar a la otra parte a celebrar las nupcias, sino para reclamar una suma de dinero por el incumplimiento.

Cuando se llega al derecho clásico, se va a reafirmar la idea de que los matrimonios deben contar con un consentimiento libre, por lo que ya no existirá acción compulsoria alguna para que las nupcias se realicen. La vieja acción por una indemnización ha desaparecido ya en la época



de Cicerón; al mismo tiempo, cualquiera de las partes podía desligarse de la promesa con una simple declaración.

En el derecho posclásico, se admite el uso de las arras, que generalmente consistían en sumas de dinero o de otros presentes, que una o ambas partes recíprocamente se entregaban. Aquel que rehusaba contraer matrimonio perdía las arras que había entregado, debiendo restituir las que había recibido (por el cuádruplo en la época prejustineana y por el doble a partir de Justiniano).

#### IV. Concepto y definición de matrimonio

Existen dos definiciones clásicas de matrimonio en los textos romanos: la primera corresponde a Modestino "*unión del macho y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano*" (D.23.2.1).

La palabra *coniunctio* permite hablar de *coniux*, que se vincula con *iugum* que es el instrumento rústico llamado yugo. El mismo posibilita a dos animales estar uncidos a dicho aparato de madera el cual los liga por el cuello. La palabra *consortium* proviene de *sors* (suerte), ordinariamente la pequeña tablilla de madera que servía para responder a preguntas presentadas a los oráculos. Así que *consors* (consorte), es quien comparte la misma suerte con otro. Cuando marido y mujer se casan arriesgan su *sors* para el futuro. Al decir que este *consortium* o *societas* es de toda la vida se está significando que el propósito inicial es la duración vitalicia de la unión matrimonial, no que ésta sea indisoluble.

Bajo el Imperio, los vínculos del matrimonio y las costumbres se relajaron, de manera que el culto privado perdió su importancia, de modo que la *manus* (cada vez menos utilizada) cae en desuso. Es por eso que en la definición de Justiniano no se hace ya alusión a la *communicatio divini et humani juris* entre los esposos. El concepto que figura en las Institutas de Justiniano (1.9.1) dice: "*Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene la costumbre indivisa de la vida*".

Se observa en esta definición el remplazo de la expresión "macho y hembra" por la designación más espiritualizada de *vir et mulier* (varón y mujer), expresando una mayor economía de palabras para referirse a la finalidad de esta *coniunctio*. En la especificación de la costumbre indivisa de la vida queda descrita la unión de sexos que viven unidos el uno para el otro, así como una idea de procreación en caso de que ello fuera posible.



## V. Requisitos para contraer matrimonio

### 1. Capacidad natural

Ésta se considera existente con la *pubertas*, significada por la *potestas generandi*. Es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para realizar el objeto principal del matrimonio, que es poder aparearse para así continuar la familia.

La pubertad fue fijada en los doce años para las hijas. Los hijos eran declarados púberes a la edad en que el padre de familia había reconocido en ellos (por el examen del cuerpo) los signos de la pubertad. Durante el Imperio, los sabinianos —siguiendo la opinión de los estoicos— querían que los hombres fueran reputados púberes a los catorce años; pero los proculeyanos fueron siempre partidarios de las antiguas prácticas. Justiniano, consagró la opinión de aquéllos.

### 2. Consentimiento de los contrayentes

Quizás hubo una época en que el poder del *pater* le permitiera obligar a sus hijos al matrimonio, pero pronto este derecho deja de corresponderle. Aunque no sea considerado un contrato, se necesita el consentimiento de quienes van a celebrar el matrimonio. Éste debía ser dado por las partes con total libertad, sin violencia ni coacción.

Los enfermos mentales no pueden casarse, puesto que no pueden expresar su consentimiento (salvo en intervalo de lucidez). Esto por supuesto hace referencia al consentimiento inicial, pues si luego de casado uno de los cónyuges se vuelve demente, y el otro mantiene su voluntad de seguir unido, el matrimonio continúa.

### 3. Consentimiento de los padres

Si los que se casan son *sui iuris* no tienen la necesidad de consentimiento paterno alguno, pero los hijos bajo potestad son *alieni iuris* y se requiere la conformidad del jefe de la familia. En la época primitiva sólo estos últimos son quienes determinan el casamiento de sus hijos e hijas. Esta condición se funda en el interés y la protección de la familia agnaticia y de los derechos de los que está investido el *pater*, de lo que surgen las siguientes consecuencias:



a) Este consentimiento era necesario para el descendiente, cualquiera fuera su edad.

b) El de la madre (que no tenía la potestad de sus hijos) nunca era exigido.

c) El jefe de la familia debe consentir, aunque sea el abuelo de la persona que se casa, aunque en tal supuesto se requerirá también acuerdo del padre, futuro titular de la potestad sobre la nuera. En el caso de las hijas, como ellas pasarían a la familia civil del marido, sólo basta con el consentimiento del abuelo, no siendo exigido el de su padre.

Si el jefe de familia está loco, cautivo, o rehúsa su consentimiento sin causa legítima, en principio el hijo no podía casarse. Más tarde fue moderándose la estrictez de la regla hasta llegar a la aceptación de los matrimonios contraídos en dichas circunstancias.

En el Bajo Imperio (fin del siglo III d. J.C.) conforme a las ideas modernas, se tendió a organizar aunque de manera incompleta, una cierta protección al hijo que se casara antes de haber llegado a la edad de la madurez.

#### 4. *Connubium*, ausencia de impedimentos

Consiste en el derecho de contraer matrimonio legítimo. Éste debía existir recíprocamente entre ambos contrayentes (Ulpiano, 5.2.7). Según éste, el *connubium*, es la facultad de tomar *uxor* de acuerdo con el *ius*.

Por lo general lo tenían los ciudadanos, de manera que estaban privados del mismo —salvo concesiones especiales— en el derecho antiguo: los esclavos, los latinos (excepto los *latini veteres*) y los peregrinos. En un comienzo sólo lo tenían los patricios y luego se extendió a los Plebeyos (*Lex Canuleia* del 445 a. J.C.). Con el otorgamiento de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio por la *Constitutio Antoniniana* (Caracalla, 212 d. J.C), esto pierde importancia. Desde Justiniano sólo los esclavos, los bárbaros y ciertos condenados carecerán del derecho a acceder al matrimonio legítimo.

Pero puede suceder que una persona que tenga el derecho de casarse en general, no pueda hacerlo válidamente con otra persona determinada. El derecho romano admitía ciertas causas de incapacidad relativa, fundadas en razones de moral y de conveniencias sociales o en razones de orden político. Algunas de ellas fueron:



### a) Parentesco

No se distinguía la *agnación* de la *cognación*. En línea recta el matrimonio estaba prohibido sin límites. Tal limitación regía en todas las legislaciones, porque esas uniones violan abiertamente la moral y el respeto debido a los ascendientes.

En línea colateral, el matrimonio estaba prohibido solamente entre hermano y hermana, y entre personas de las cuales una es hermana o hermano de la otra (caso del tío y la sobrina, o la tía y el sobrino), porque los tíos y tías ocupan en cierto modo el lugar de los padres. Los primos hermanos podían casarse y tales uniones —desconocidas en un principio— llegaron a ser bastante frecuentes.

### b) Afinidad

Es el vínculo que une a cada esposo con los parientes del otro. Entre afines el matrimonio estaba prohibido en línea recta sin límites, y en línea colateral no hubo prohibición hasta Constancio —la estableció entre cuñado y cuñada—, restricción que fue mantenida por Justiniano. Dichas prohibiciones entre afines no fueron aplicables después de la disolución del matrimonio, pues terminaba así la afinidad.

### c) Otros impedimentos

Desde los orígenes de Roma, el matrimonio estuvo prohibido entre patricios y plebeyos, y la *Ley de las XII Tablas* consagraba esa interdicción que fue abolida por la *Lex Canuleia* en el año 309. Por mucho tiempo estuvo también vetado entre Ingenuos y Libertos. Pero con Augusto, las leyes *Julia* y *Papia Poppæa*, aunque en un principio permitieron esas uniones, prohibieron el matrimonio de senadores o sus hijos con libertos, cómicos o cómicas, y mujeres de costumbres fáciles.

Debemos recordar que estuvo vedado para los funcionarios de provincia y sus hijos, el casarse con una mujer que estuviera domiciliada en la misma; al tutor y su hijo, con su antigua pupila, etc. El fundamento de tales disposiciones era que se temía que los funcionarios abusaran de su autoridad para contraer un matrimonio de conveniencia, y que los tutores y curadores buscaran en esas uniones, los medios de escapar a la obligación de rendir cuentas.



## VI. Celebración del matrimonio

Además de las condiciones de validez de las *justæ nuptiæ* en sí mismas, ninguna otra formalidad era exigida, pues ni las ceremonias religiosas que acompañaban al matrimonio pagano, ni la bendición que lo santificaba bajo el cristianismo eran necesarias para que fuera válido. No era preciso que hubiese cohabitación efectiva entre los esposos, o al decir de algunos autores el *matrimonium consumatum*; pero era preciso que la mujer estuviera a disposición de su marido, que se hallara instalada como *uxor* en su casa.

El matrimonio así contraído, sin verdadera celebración ante un funcionario público, carecía de prueba legal. Con frecuencia se redactaba un documento *tabulæ nuptiales*, y el testimonio de las personas presentes en las ceremonias (amigos y vecinos) que acompañaban al matrimonio, podía también suministrar un medio de prueba, cosa usual también para regulación de la dote. En caso contrario se usaba una presunción: la cohabitación de personas honorables y de igual condición hacía suponer el matrimonio.

Al margen de lo atinente a la *confaeratio*, fuertemente vinculada a los ritos religiosos, la celebración del matrimonio romano era un acto regulado por las *mores* y no por el *ius*. Dentro de las festividades nupciales (las cuales tenían un carácter meramente social) se considerará como requisito probatorio de que las nupcias han ocurrido, que la novia sea conducida a la casa del marido. Los detalles nupciales son muy interesantes, puesto que muchos de ellos pervivirán en el derecho cristiano.

## VII. Los efectos del matrimonio romano

### 1. Entre los cónyuges

El matrimonio romano produce efectos personales muy concretos. Existía entre los cónyuges un deber de reverencia mutua, en virtud del cual: a) uno de ellos no podía accionar contra el otro sin permiso del pretor; b) no era admitida entre los cónyuges la *actio doli*, y c) así como tampoco la *actio furti*, por ser ambas infamantes.

Si el matrimonio es *cum manu*, la *uxor* entra a la familia de su marido como agnada (es decir que jurídicamente ocupa la misma posición de sus hijos), es *alieni iuris*. Si su marido es también un *alieni*



*iuris*, por estar bajo la potestad de su *pater*, será considerada como nieta de éste. La esposa carece de independencia patrimonial, al igual que sus hijos, pero tiene vocación hereditaria.

Si el matrimonio es *sine manu*, lo cual será la situación común en la época clásica, la mujer sigue siendo agnada de su primitiva familia. Si vive su *pater* continúa bajo su potestad. En caso de no ser así se encontrará sometida a tutela; cabe destacar que a diferencia de lo ocurría antiguamente en nuestro derecho, el marido en Roma no era el tutor legítimo. Sea el matrimonio *cum manu* o *sine manu*, las relaciones personales entre marido y mujer, por ser las *Iustæ nuptiæ un factum*, no se regulan por el *ius* sino por las costumbres sociales.

## 2. En cuanto a los hijos

Los que nacieran *ex justis nuptiis* eran hijos legítimos, *liberi justii*, y estaban sometidos a la potestad de su padre y del abuelo paterno si aquél fuere *alieni iuris*. Forman parte de la familia civil del padre a título de agnados, tomando su nombre y condición social. Pero no sucede lo mismo entre los hijos y la madre, pues allí no hay más que un vínculo natural de cognación, ya que solamente la *manus* puede modificar esa relación.

La prueba de filiación legítima respecto a la madre resulta del alumbramiento, que es un hecho fácil de establecer. Pero con respecto del padre, siendo incierta la paternidad, se recurría a una presunción: se consideraba que el padre era el marido de la madre, aunque tal presunción no se imponía de manera absoluta, pues caía si el hijo no había sido concebido durante el matrimonio, o si la ausencia o enfermedad del marido hubieran hecho imposible toda cohabitación con su mujer en el período de concepción.

Para facilitar la solución a este tipo de conflictos, el derecho romano fijó en trescientos días el *maximum* de duración del embarazo, y el *minimum* en ciento ochenta; de manera que el hijo es *justus* si al menos nace a los ciento ochenta días de haberse contraído el matrimonio (comprendiendo el de la celebración), o a los trescientos un días desde la disolución de los *justiæ nuptiæ* (comprendiendo éste).

Capitolinus y Apuleyo refieren que desde Marco Aurelio, la filiación era anotada en registros públicos. El padre debía declarar el nacimiento de sus hijos en un plazo de treinta días al *præfectus ærarii* en Roma, y a los *tabularii publici* en las provincias.



### 3. Patrimoniales

Al tratar este tema es también conveniente diferenciar si el matrimonio se ha celebrado: a) *in manu*; b) *sine manu*, y c) las incidencias de la institución de la dote así como las donaciones hechas entre los cónyuges.

#### a) *Matrimonio cum manu*

Si la mujer *in manu* fuese *alieni iuris*, carece de capacidad patrimonial *per se*. En consecuencia, todo lo que ingrese por causa suya incrementará el patrimonio del pater de la familia de su marido. Si la mujer *in manu* era *Sui Iuris*, al contraer matrimonio se producía una *Capitis Deminutio*, pasando a ser por tanto *alieni iuris*. Su situación será igual a la del caso anteriormente planteado.

#### b) *Matrimonio sine manu*

El régimen de bienes de estas nupcias es el de la separación de bienes. A semejanza nuestro régimen actual, marido y mujer continúan siendo propietarios de los bienes que tuviesen al tiempo de contraer matrimonio. Cada uno de ellos adquiere los bienes para sí o para su *pater*. Igual situación se da respecto de las deudas, ya que el marido no responde por las de su mujer.

Este régimen de matrimonio libre, estaba basado en un fuerte individualismo, y en muchas ocasiones era desfavorable para la mujer, porque ella no participaba de los bienes adquiridos por la actividad del marido durante el matrimonio. Sin embargo, este sistema de independencia económica estaba morigerado por las costumbres: a) jurídicamente el marido no está obligado a mantener a la mujer, pero en la práctica es él quien suministra todo lo necesario para la manutención del hogar; b) Si bien la mujer casada *sine manu* no heredaba por el derecho civil a su marido, era costumbre que uno de los cónyuges instituyera al otro heredero, al menos *pro parte*, y c) Era usual que en un matrimonio bien avenido los cónyuges se comportaren respecto de los bienes del otro como si fuesen propios.

#### c) *La dote*

La dote era una cantidad especial de dinero o de otros bienes, hecha por la mujer (su *pater* o un tercero), al marido para solventar los gastos



del matrimonio. Si bien no era obligatoria, las buenas costumbres prácticamente exigían al padre conceder una determinada cantidad de dinero —suponiendo que en ello consistiese la dote— al futuro esposo de su hija.

El caso más frecuente es que fuese el *pater* quien constituía la dote, y en dicho caso recibía el nombre de profecticia. También podía hacerlo la propia mujer, si era *sui iuris*; o bien en un tercero y en dicho caso recibía el nombre de adventicia.

La dote se podía dar o prometer, anteriormente al matrimonio o luego de constituido éste. En el primer caso, *dotis datio*, era necesaria la celebración del acto de constitución a favor del marido. Por otro lado, se podía prometer mediante una estipulación *dotis promissio*; había también una forma verbal específica que era la *dotis dictio*.

La regla general, que imperará durante todo el derecho republicano y se extenderá a la época clásica, es que la dote corresponde en propiedad al marido. Durante todo este primer período, él es el dueño de los bienes dotales, pudiendo usarlos, administrarlos, y disponer de ellos sin necesidad alguna de autorización por parte de la mujer. Sin embargo, se impone una limitación: La *Lex Iulia de fundo dotali*, prohibió al marido enajenar los fundos itálicos recibidos en dote, o incluso hipotecarlos aun contando con la debida autorización.

En la época posclásica se reafirmará la idea de que los bienes dotales son *res uxoriae*. De este modo, si bien se reconoce la propiedad formal al marido —debido a las numerosas limitaciones, sobre todo de disposición— su derecho sobre la dote es más bien la de un dominio fiduciario o usufructo.

En la época republicana se reafirmó la función doble de la dote: a) contribución de cargas matrimoniales, y b) fondo de reserva para la mujer.

En un principio se acostumbró celebrar una *stipulatio precautoria*, en virtud de la cual se hacía prometer a quien recibía la dote, que todos los bienes que la integraban serían devueltos en caso de disolución del matrimonio. La dote era llamada recepticia y daba lugar a la *actio ex stipulato*.

Con posterioridad, y reafirmando el principio de fondo de reserva para la mujer, se otorgó una *actio rei uxoriae*, por la que se podía reclamar la devolución de la dote aunque no se hubiese celebrado la *stipulatio*. El marido condenado por esta acción debía devolver los bienes inmuebles de manera inmediata, y si se trataba de cosas fungibles podía restituirlas en tres plazos de tres años. Al mismo tiempo gozaba de ciertos beneficios: el beneficio de competencia, se quedaba con los frutos y podía efectuar determinadas retenciones.



En tiempos del emperador Justiniano, la regla general fue que la dote (salvo algún pacto especial al tiempo de constituirla) no debía quedar en poder del marido, el cual debía restituirla a su mujer o a sus herederos. El Emperador estableció que, aunque no se hubiese celebrado ninguna estipulación, su existencia debía presumirse. En consecuencia se suprimió la *actio rei uxoriæ*, y se creó para todos los casos una *actio ex stipulato*.

## VIII. Disolución del matrimonio

### 1. Por la muerte de uno de los cónyuges

Si uno de los cónyuges se ausenta durante largo tiempo, no teniendo noticias sobre él, o habiéndole llegado al otro información de que ha fallecido, dicha ausencia queda en cierto modo equiparada a la muerte.

### 2. Por la cautividad en poder del enemigo

Aun en el supuesto de que hubiera caído prisionero uno de los cónyuges, sin darse la posibilidad de que renaciese por el *postliminium*, al regresar a Roma, si deseaban continuar casados, debían celebrar un matrimonio nuevo. Justiniano variará el principio clásico; de este modo, por la cautividad en guerra de uno solo de los cónyuges el matrimonio no se disolverá. El que se ha quedado en Roma, puede contraer nuevas nupcias pasados cinco años.

### 3. Por destierro

Por el destierro de uno de los cónyuges (*deportatio*), el matrimonio se disolvía en la época clásica. Más tarde, según una constitución de Constantino, el matrimonio no concluía por esta causa; posición reafirmada por Justiniano siempre que el cónyuge que no soporte la pena y mantenga la *affectio maritalis*.

### 4. Por impedimento sobreviniente

Esto ocurría cuando el *pater* adoptaba a su yerno o a su nuera, ya que los cónyuges pasaban a ser hermanos agnados y esto era un impe-



dimento. Otra hipótesis más discutida es que el marido de la liberta fuese elevado a rango senatorial.

### 5. Por divorcio

La vigencia de este modo de extinción de las nupcias se explica fácilmente por ser el matrimonio romano una *res facti*, que se mantiene con la *affectio maritalis*. Al faltar éste el vínculo cesaba por voluntad de uno o ambos cónyuges.

La disolución por divorcio estuvo presente desde el inicio mismo de Roma. En tiempos posteriores será admitido el repudio, no sólo para ser ejercitado por el marido sino también por la mujer.

A comienzos del Principado (Augusto), la costumbre era meramente el empleo de ciertas palabras: "*ten para ti tus cosas*", "*ocúpate tú misma de tus asuntos*". Augusto estableció que el divorcio debía ser realizado de un modo formal, por medio de un liberto del cónyuge que debía anunciar al otro la voluntad de divorciarse en presencia de siete ciudadanos libres.

Hasta el final de la época clásica regirá el principio general de la libertad de formas para divorciarse. Al comienzo de la época cristiana, la vigencia del divorcio continuó. Los emperadores romanos, mantuvieron un criterio más restrictivo para el caso de separaciones unilaterales cuando se realizaban sin causa justificada.

Constantino permitía el repudio del marido por tres causas justificadas: si la mujer era:

- a) adúltera;
- b) envenenadora, o
- c) alcahueta.

Si fuera por otra causa el divorcio era válido, pero debía devolver toda la dote y no tenía derecho a casarse con otra. En cambio, la mujer no podía repudiar a su marido por ser bebedor, jugador o mujeriego, pero sí lo podía hacer si probaba que era homicida, envenenador o violador de sepulcros.

Por una constitución del año 421, los Emperadores Honorio, Teodosio y Constancio hablaron de manera más general de causas graves y leves, pero sin mencionarlas expresamente.

Justiniano continuará la línea posclásica, pero con una marcada restricción a la posibilidad de divorciarse. En el régimen que estableció se distinguen las siguientes clases:



### a) *Divorcio por justa causa*

Las causas se enumeran taxativamente; el marido podía divorciarse *iustæ causa* mediando: a) adulterio de la mujer; b) que ésta haya conocido de una conspiración contra el Príncipe y no le haya informado; c) si la mujer hubiese atentado contra su vida; d) si no queriendo al marido comiera con extraños o se bañara con ellos, y e) si no queriendo al marido se quedare fuera de su casa, a no ser la de sus padres.

Las siguientes eran las causales de divorcio que podía invocar la mujer: a) si el marido hubiere conspirado contra el Emperador, o sabiendo que otros lo hacían no lo hubiese denunciado; b) haber atentado contra su vida; c) si la hubiere incitado al adulterio, entregándola a otros hombres, y d) si el marido la hubiese acusado falsamente de adulterio.

Respecto de los efectos, si la mujer es la culpable pierde la dote y no puede exigir la *donatio propter nuptias*. Si el marido es culpable debe restituir la dote, y pagar lo recibido en virtud de *donatio propter nuptias*.

### b) *Divorcio sin causa*

Es decir, cuando uno de los cónyuges de manera unilateral y sin alegar las causales correspondientes toma la decisión de disolver el matrimonio. Según regulan las Novelas (22.4), la mujer que ha repudiado sin causa pierde su dote, de modo que pasa a su marido en propiedad, si hubiese hijos en usufructo. Pero aparte de ello, la mujer debe entrar a un monasterio y permanecer allí de por vida.

Si el marido produjo la disolución sin causa debe devolver la dote íntegra y la donación *propter nuptias*, y además deberá darle de sus bienes un monto equivalente a la tercera parte de la donación nupcial.

## IX. Otras uniones lícitas. El matrimonio *sine connubium*

Es el matrimonio de dos personas que no tienen (o de las cuales uno no tiene) el *ius connubium*. Tal unión no era considerada ilícita, pero no producía los efectos civiles de las justas nupcias.

Los hijos son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero nacen *sui iuris* y —la mayor parte de las veces— peregrinos a causa de la *Lex Minicia*. El marido podía acusar de adulterio a su mujer y este matrimonio podía transformarse en *justæ nuptiæ* por la *cauæ*



*probatio* y por la *erroris causæ probatio*, en donde el padre adquiriría la potestad sobre los hijos ya nacidos.

Este matrimonio llegó a ser cada vez más raro con la extensión del derecho de ciudadanía, otorgado por una Constitución del Emperador Caracalla en el 212 d. J.C. Desaparece definitivamente con Justiniano después de la supresión de los *latinos junianos*.

## X. Influencia del derecho romano en la legislación argentina

Debido a la gran importancia del derecho romano, y siendo que la Argentina es un país de tradición romanista, una muy importante parte de nuestra legislación tiene sus orígenes en las fuentes romanas. La incidencia de las costumbres y cultura romanas en el derecho americano, más puntualmente en el derecho argentino, se evidenciaron con la sanción del Código Civil.

La materia de matrimonio ha sido regulada por las siguientes leyes: ley 2393, sancionada el 2 de noviembre de 1888, en Buenos Aires; posteriormente algunos de sus artículos, referidos a los derechos civiles de la mujer, fueron derogados por la ley 11.357, sancionada en 1936. Luego, fue la ley 23.515, sancionada en 1985, la que le dio a la materia del matrimonio su forma actual en nuestra legislación. Al mismo tiempo, no debemos olvidar la adhesión de nuestro país a la convención sobre el consentimiento para el matrimonio y edad mínima para contraerlo, en 1969.

La redacción originaria del código, en la nota al artículo 159 dice: "*siendo el matrimonio un contrato consensual, puede juzgarse que la ley civil, es la que debe resolver toda cuestión que con respecto a él nazca, pero debe observarse que el matrimonio es un contrato sui generis, diferente en muchos aspectos de todos los otros contratos. El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas, es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos en que los derechos y obligaciones de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados no pueden alterar en cosa alguna*".

La ley de matrimonio civil 2393 no da una definición del matrimonio. En su primer capítulo, comienza estableciendo el régimen de matrimonio en la materia de validez, que habrá de regirse por las leyes de la república. El artículo 3° establece que: "*los derechos y obligaciones*



de los cónyuges son regidos por las leyes de la república mientras permanezcan en ella". El artículo 4° dispone que: "el contrato nupcial rige los bienes del matrimonio cualesquiera que sean las leyes del país donde se celebró".

En la ley 23.515, el artículo 163 dice que "las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto de los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que sobre materia de estricto carácter real, no este prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes [...]".

El capítulo II de la ley 2393 habla de los esponsales y nos dice que "la ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado". La ley 23.515, con un criterio más elástico, elimina la última parte de la primitiva redacción del artículo, y establece que no habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, pero deja abierta la vía de indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 9°, ubicado en el capítulo III de la ley 2393, se refería en siete incisos a los impedimentos para contraer matrimonio.

El texto vigente, sancionado por la ley 23.515, les dedica el art. 166, con once incisos.

En lo referido al consentimiento, la ley 2393 en su artículo 10 disponía: "la mujer mayor de 14 años y el hombre de 16 no pueden casarse entre sí, ni con otra persona sin el consentimiento de su padre y de su madre o de aquél o aquellos que ejerzan la patria potestad o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o en su defecto sin el juez. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito necesitan el consentimiento del curador y autorización del juez".

La ley 23.515 desglosa las exigencias de este artículo, receptándolas en los artículos 172 y 168.

Artículo 172: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo". El artículo 168 recepta las mismas disposiciones que traía el artículo 10 de la ley 2393.

Cabe recordar que se encuentra vigente en nuestra legislación la ley 18.444 sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los matrimonios (ver Anexo A, arts. 1° y 3°).

En el capítulo V de la ley 2393, se establecían las diligencias para la celebración del matrimonio en el art. 17, problema que hoy es tratado



en el art. 186 del Código Civil, que agrega los requisitos de la solicitud: *“Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener:*

1. *Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si los tuvieran.*

2. *Su edad.*

3. *Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento.*

4. *Su profesión.*

5. *Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, los números de sus documentos de identidad si los conocieren, su profesión y su domicilio. Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución. Si los contrayentes o alguno de ellos no supieren escribir, el oficial público levantará acta que contenga las mismas enunciaciones”* (texto según ley 23.515). En la Ley 2393, el artículo 37 mencionaba el lugar y condiciones de celebración del matrimonio. Esta norma ha sido modificada por el artículo 188 del Código Civil (reformado por la ley 23.515), el cual establece en su segundo párrafo: *“si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse, en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos”*.

En lo que se refiere a los derechos y obligaciones de los cónyuges, se establece en los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil, que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. Y que fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.

El artículo 55 de la ley 2393 establecía que *“tampoco puede la mujer, sin licencia o poder del marido celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni adquirir bienes o acciones por título oneroso o lucrativo, ni enajenar ni obligar sus bienes, ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación a su favor”* (cfr. ley 11.357).

Al respecto, la Cámara Nacional Civil, en fallo del año 1984 estableció que *“El art. 55 de la ley 2393 debe ser interpretado conforme a la evolución que ha atravesado, en virtud de la ley 11.357 y el decreto-ley 17.711, la ubicación de la mujer en el ámbito de las relaciones conyugales. Al tiempo de la sanción de la ley de matrimonio civil era razonable considerar que recayera sólo en el marido el deber de atender a las necesidades del hogar, tal como surge del art. 51, y que sólo debiera alimentos cuando se promovía el divorcio, tal como surgía de la ante-*



rior redacción del artículo citado, ya que el esposo era el único administrador de los bienes comunes y sólo él tenía plena capacidad para contratar" (CNCiv., Sala D, agosto 8-1984, en *ED*, 111-41).

Con respecto a la extinción del vínculo matrimonial debemos hacer una previa aclaración conceptual. En la primitiva redacción del Código Civil, así como en la ley 2393, el concepto de "divorcio" corresponde al que en la actualidad entendemos por "separación personal".

Hoy la ley vigente admite el divorcio vincular.

## XI. Conclusión

Finalizando este trabajo de investigación, conviene recapitular los objetivos iniciales. Nuestro propósito, como lo dejamos expresado en la introducción, ha sido establecer cómo el derecho romano influyó en el pensamiento del codificador en lo referente a la materia de matrimonio, para así elaborar un sistema jurídico regulatorio, que fuera compatible con la sociedad argentina de aquella época.

Con el objeto de poner en sintonía las leyes con las transformaciones sociales, nuestro código ha sufrido modificaciones sustanciales en lo referente al vínculo matrimonial.

A pesar de que las leyes 2393 y 23.515 han alterado las primitivas disposiciones, hemos creído ver en ellas el espíritu del derecho romano.

Concluimos este trabajo afirmando, como hemos comprobado, que la filiación jurídica de una institución no se logra con sólo mencionar cuáles han sido sus fuentes. Se hace necesario además un verdadero trabajo de vinculación causal para discernir su actual estado y fijar sus semejanzas y diferencias con sistemas jurídicos pasados.

## Bibliografía

- DI PIETRO, ALFREDO, *Derecho privado romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- GHIRARDI, JUAN CARLOS, *Derecho romano I*, 3ª ed., Eudecor, Córdoba, 1999.
- PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, traducido por Silvestre Blousson, Enrique Tedi y Mario Saenz, Albatros, Editor Valerio Habedlo, Librería Jurídica Lavalle, 1917.



**PÁGINAS JURÍDICAS EN INTERNET:**

*Sistema Argentino de Informática Jurídica:* <http://www.saij.jus.gov.ar>

*Corte Suprema de Justicia de la Nación:* <http://www.csjn.gov.ar>