

# BREVES APUNTES ACERCA DEL MATRIMONIO Y EL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO ROMANO

## ARTÍCULO

ARTURO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ\*

Introducción .....	519
I. La familia romana .....	520
II. Sobre el parentesco: De la configuración de la familia agnaticia .....	524
III. El matrimonio romano .....	527
A. Los requisitos sustantivos para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial.....	530
1. Pubertad legal .....	531
2. Capacidad jurídica de los contrayentes – <i>conubium</i> .....	532
3. El carácter consensual del matrimonio romano: La <i> affectio maritalis</i> .....	532
<i>i. Honor matrimonii</i> .....	533
4. Consentimiento del paterfamilias .....	534
Consideraciones últimas.....	534

## INTRODUCCIÓN

EL PRESENTE TRABAJO PRETENDE, ANTE TODO, INCITAR A UN PROCESO DE reflexión concienzudo e históricamente contextualizado en torno a la génesis jurídica del matrimonio, en tanto figura e institución<sup>1</sup> de medular importancia para el desarrollo de la vida social y jurídica. Asimismo, en aras de contribuir a los acuciantes debates contemporáneos en torno a la figura del matrimonio, las relaciones económicas que importa y sus elementos constitutivos, así como en atención a los límites temporales y espaciales que necesariamente circunscriben la labor aquí realizada, el presente trabajo abordará su tema de estudio desde el prisma conceptual del consentimiento

---

\* Estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Además, se desempeña como Director Asociado del Vol. LXXXIII de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. El autor desea agradecer el apoyo incondicional de la profesora Glenda Labadie Jackson en la redacción del presente artículo.

<sup>1</sup> Si bien distinguibles conceptualmente, para efectos del presente trabajo se deberán entender los términos *figura e institución* como sinónimos, es decir, como significando constructos jurídicos a los cuales un ordenamiento particular le reconoce determinados efectos.

como elemento fundamental e indispensable para la configuración del vínculo matrimonial en el contexto del Derecho romano.

La importancia del Derecho romano en la configuración de nuestros sistemas jurídicos modernos no debe ser subestimada.<sup>2</sup> En gran medida ha sido el Derecho Romano, a través de sus principios generales y construcciones conceptuales, el paradigma en relación al cual se ha concebido nuestro ordenamiento jurídico. De ello que resulte casi un imperativo lógico *volver* al Derecho romano con tal de pautar las condiciones básicas en función de las cuales poder elaborar una reflexión cabal en torno a la figura del matrimonio; reflexión que, a su vez, sirva como punto de partida para una resignificación *radical* de la figura a la luz de los debates contemporáneos que ponen en entredicho la noción convencional del matrimonio, enquistada en consideraciones morales y religiosas de poca o ninguna relevancia jurídica.

## I. LA FAMILIA ROMANA

Antes de abordar en propiedad el matrimonio, como cuestión de umbral, conviene hacer una distinción entre matrimonio y *familia*, puesto que la concepción romana de esta difiere sustancialmente de la noción convencional arraigada en el imaginario moderno, esto es, que la familia nuclear, en tanto sociedad doméstica, es una suerte de consecuencia del matrimonio o está habitualmente relacionada a este. Por su parte, lo que los romanos entendieron por *familia*:

[E]s un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la *familia* [romana] –*familia proprio iure*–, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad –*manus, potestas*– de un jefe –*paterfamilias*–, señor o soberano de familia, y no “padre de familia”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Para un conciso recuento histórico sobre la influencia del Derecho romano en los sistemas jurídicos europeos y sus respectivos procesos de codificación, véase PETER STEIN, *ROMAN LAW IN EUROPEAN HISTORY* (2010).

<sup>3</sup> JUAN IGLESIAS, *DERECHO ROMANO: HISTORIA E INSTITUCIONES* 351 (18va ed. 2010). Asimismo, respecto a la formación de la familia romana se ha dicho que:

It was the existence of the *potestas* that determined the legal constitution of a Roman family, so artificial as it seems to us, as indeed it did to the juriconsults of the Empire. The Roman family cannot be defined as consisting of parents with their children; it was composed of those persons who were subject to the *potestas* of the same individual, whether they were his children, grandchildren, great-grandchildren, or entirely unconnected with him in blood. Hence a child who had been emancipated from the *potestas* was at first, from a legal point of view, no member of the family, while a stranger introduced by adoption was regarded to all intents and purposes as the offspring of the head of the family. So far was this view carried that the conception of blood relationship was submerged in that of persons living under the same *potestas*. A sister who was married into another family,

De esta concepción de la *familia* cabe destacar, de un lado, el papel protagónico de la figura del *paterfamilias*<sup>4</sup> como centro de gravedad de la organización y composición familiar, y, de otro, la sumisión a su autoridad como elemento definitorio de pertenencia a determinada *familia*. De tal forma, la existencia de la familia no está predeterminada por ningún acto constitutivo particular, como lo es el matrimonio, sino que está articulada en función de la figura del *paterfamilias*, eje de la unidad familiar, y el sometimiento al poder de este.

Corolario de la centralidad del *paterfamilias*, la *patria potestas*, es decir, el poder o autoridad del *paterfamilias* sobre todos los miembros del núcleo familiar, se sitúa como la expresión conceptual abstracta de dicha centralidad. Dicho poder, a su vez, no se limita meramente a la relación del *paterfamilias* con su prole, sino que abarca todas las personas, incluso esclavos, pertenecientes a determinada agrupación familiar.<sup>5</sup> La *patria potestas*, en los albores de la época histórica, además de solo estar disponible para ciudadanos romanos libres,<sup>6</sup> se

---

and placed under a different *potestas*, was looked on as no longer related to her brothers for any legal purpose.

W.A. HUNTER, A SYSTEMATIC AND HISTORICAL EXPOSITION OF ROMAN LAW IN THE ORDER OF A CODE 193 (2da ed. 1885). Otros autores establecen que bajo el Derecho Civil romano:

The word 'family', within the meaning of the Roman civil law, signifies an *agnatic* family, i.e. the aggregate of those who are bound together by a common *patria potestas*. 'Agnates' are all those who are subject to the same *patria potestas* or would have been subject to it, if the common ancestor were still alive.

RUDOLPH SOHM, THE INSTITUTES: A TEXTBOOK OF THE HISTORY AND SYSTEM OF ROMAN PRIVATE LAW 449 (Clarendon Press 3ra ed. 1907). Véase también STEPHANIE COONTZ, MARRIAGE, A HISTORY: FROM OBEDIENCE TO INTIMACY, OR HOW LOVE CONQUERED MARRIAGE 79 (2005) (donde se dice que "[t]he word *familia* encompassed everyone under the patriarch's authority or attached to his household. It even included slaves and freedmen who bore the family names of their former owner.") (citas omitidas).

4 Entiéndase por *paterfamilias*:

[C]abeza libre, esto es, persona no sometida a potestad alguna o, como decían las fuentes, "el que tiene dominio en la casa" (*qui in domo dominium habet*). El vocablo *paterfamilias* no aludía a la idea de generación, ni se refería a alguien que tuviera descendencia biológica; indicaba una situación de independencia jurídica (*sui iuris*), una ausencia de sumisión a potestad. No coincidía, pues, con padre de familia, ya que podía no haber procreado y ser, inclusive, impúber, mientras no estuviera sujeto a una potestad. A los miembros de la familia colocados bajo el poder o potestad del jefe se les llamaba *filiifamilias*, sólo que *filius* no significaba procreado, ni equivalía exactamente a nuestra palabra "hijo".

LUIS RODOLFO ARGÜELLO, MANUAL DE DERECHO ROMANO: HISTORIA E INSTITUCIONES 398 (3ra ed. 1998).

5 Véase BERNARDO NESPRAL, EL DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XXI: HISTORIAS E INSTITUCIONES, SU VIGENCIA EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS 469 (2002) (donde se menciona que "en el [D]erecho romano la *patria potestas* no se limitaba a las relaciones entre padres e hijos, sino que era el *poder del pater* sobre todas las personas que formaban el núcleo familiar").

6 HUNTER, *supra* nota 3, en la pág. 188, dice que "[t]he *potestas* could be enjoyed only by Roman citizens, and thus the loss of citizenship involved the loss of the *potestas*. Slaves who, on being manumitted, became Roman citizens, and were married, acquired the *potestas* over their children born after the manumission."

constituyó en una especie de poder irrestricto y cuasi judicial del *pater* sobre los miembros de la *familia*:

La familia fue también una sociedad de carácter civil. Su constitución autónoma, de cuño monárquico, investía al *pater*, magistrado doméstico por derecho propio, de suma autoridad dentro del grupo, en el que ni siquiera el poder estatal pudo penetrar durante mucho tiempo. La magistratura que ejercía le concedía poderes de supremo juez y en su ejercicio pronunciaba sentencias por las que podía condenar a los integrantes del núcleo familiar con penas como la exclusión de la *domus* [casa o residencia familiar], la flagelación, la prisión y hasta la muerte.<sup>7</sup>

Sin embargo, a medida que el Estado romano (la *civitas*) evolucionaba políticamente, la *familia* fue perdiendo alguno de sus rasgos autonómicos originarios.<sup>8</sup> Como consecuencia de esta paulatina erosión de la autonomía familiar, el Estado llegó a tener cierta injerencia en la conformación del grupo familiar; por ejemplo, durante el principado de Augusto, la legislación matrimonial de este, a través de sus disposiciones a favor de la procreación, eximiendo de tutela a la mujer que, en atención a su condición socio-política, procreara más de un determinado número de personas, buscó incrementar el número de ciudadanos, haciendo de la *familia*, a su vez, un asunto de política pública.<sup>9</sup> De igual forma, en tiempos de Constantino se tipificó como asesinato la muerte acaecida producto de una sanción del *paterfamilias*,<sup>10</sup> coartando así efectivamente el otrora poder irrestricto de este. Por otro lado, la cristalización en época de Justiniano de una serie de prohibiciones que atentaban

---

<sup>7</sup> ARGÜELLO, *supra* nota 4, en la pág. 400. Véase también HUNTER, *supra* nota 3, en la pág. 190 (donde se apunta que “[b]e that as it may, the right to kill his offspring undoubtedly belonged to the Roman father during the Republic. The power of life and death included all minor inflictions of pain.”).

<sup>8</sup> Respecto al desarrollo del Estado romano y su influencia en la autonomía de la familia romana, se ha establecido que:

En las fuentes romanas las *familiae* aparecen en la época histórica como grupos de personas, unidas entre sí por el hecho de estar sometidas a la *potestas* absoluta de un solo jefe, grupos que originariamente parecen haber sido autónomos y haber realizados funciones propias, pero que están en proceso de disgregación frente a la autoridad creciente de la *civitas*.

EDUARDO VOLTERRA, INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO 100 (Editorial Civitas S. A. 1986). Para un recuento más detallado de los orígenes históricos de la *familia* romana y su ulterior evolución, véase *id.* en las págs. 100-05.

<sup>9</sup> JUDITH EVANS GRUBBS, LAW AND FAMILY IN LATE ANTIQUITY: THE EMPEROR CONSTANTINE'S MARRIAGE LEGISLATION 54 (1995), donde dice “the legislation of the first emperor Augustus on marriage and adultery turned what had previously been a private family responsibility [la procreación] into a public concern”; ARGÜELLO, *supra* nota 4, en las págs. 435-36; SOHM, *supra* nota 3, en las págs. 497-98.

<sup>10</sup> HUNTER, *supra* nota 3, en la pág. 191, señala que “it was not until the time of Constantine that an exercise of the ancient right of slaying was declared to be murder.”

directamente contra el señorío propietario del *paterfamilias* sobre la masa de bienes dotales<sup>11</sup> implicó una limitación efectiva al poder del *paterfamilias* dentro de sus prerrogativas tradicionales.<sup>12</sup> De manera análoga, la consolidación del sistema de peculios<sup>13</sup> trastocó el entendido convencional de que el *filiusfamilias*, al estar sometido a la autoridad paterna, no podía ser propietario de bien alguno. En fin, en el devenir histórico de Roma, la *familia*, si bien siempre una entidad fundamental en la configuración de lo político<sup>14</sup> y lo jurídico,<sup>15</sup> va perdiendo terreno frente al creciente poder del Estado, que cada vez con mayor frecuencia se inmiscuye, directa o indirectamente, en la conformación del núcleo familiar, sea propiciando su numerosidad o limitando la autoridad de su ente definitorio, el *paterfamilias*.

---

<sup>11</sup> La dote, en el Derecho romano, es una importante institución patrimonial que servía a los efectos de mitigar las cargas típicas del matrimonio. Si bien las relaciones patrimoniales no habrán de quedar comprendidas dentro del ámbito del presente trabajo, algo más se dirá sobre dicha institución en el contexto de los efectos típicos que suponía el matrimonio en Roma. Véase ARGÜELLO, *supra* nota 4, en las págs. 439-43.

<sup>12</sup> *Id.* en las págs. 442-43.

<sup>13</sup> El peculio ha sido definido de la siguiente forma:

[E]n su primera figura, es una pequeña suma de dinero o una pequeña masa de bienes concedida por el *paterfamilias* al *filiusfamilias* en goce y administración – *libera administratio peculii*. El *filius* puede disponer libremente del peculio, pero no puede donarlo. La concesión del peculio se entiende revocable en todo momento. A la muerte del *filius*, retorna automáticamente al *paterfamilias*.

IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 358 (citas omitidas). Sin embargo, a medida que el sistema de peculios evolucionó, con la proliferación de distintos tipos de peculios, se fue reconociendo el interés propietario del *filius* sobre los bienes o dineros dados en peculio.

<sup>14</sup> HÉCTOR GONZÁLEZ ROMÁN, DERECHO ROMANO: SU INFLUENCIA EN LA VIDA DE LAS PERSONAS, LA FAMILIA, LAS COSAS Y LAS SUCESIONES 67 (2002) donde se señala que “[e]l Estado romano auspició la familia con precisión y consecuencias muy importantes, cimentó en ella su propia constitución. De la familia procedía la ‘gens’; y de la gens las ‘curias’; de las ‘curias’ (diez) el pueblo de los perfectos ciudadanos”; PIERRE GRIMAL, EL AMOR EN LA ROMA ANTIGUA 72 (2000) donde se observa que “[e]l conjunto de textos referidos al matrimonio ocupa en las recopilaciones jurídicas un espacio considerable, lo que nos informa de la importancia otorgada a un acto del cual dependía la supervivencia, pero también, y lo que es quizás más importante, la estabilidad del Estado”.

<sup>15</sup> Respecto al status de la familia romana, se indica que:

Los juristas romanos hablan también de un *status familiae* del ciudadano romano, es decir, de la posición que tiene éste en relación con una familia.

Tal *status*, en el ordenamiento estatal romano, tiene relieve solo por lo que se refiere a la capacidad jurídica del ciudadano en el ámbito del Derecho privado. No tiene, en cambio, ningún relieve en el campo del Derecho público, en el que se reconoce al ciudadano romano plena capacidad jurídica, independientemente de su posición como *paterfamilias* o *filiusfamilias*.

VOLTERRA, *supra* nota 8, en las págs. 99-100.

## II. SOBRE EL PARENTESCO: DE LA CONFIGURACIÓN DE LA FAMILIA AGNATICIA

La concepción romana del parentesco que vincula a los miembros de determinada unidad familiar, tal y como ocurre con el concepto mismo de familia, difiere sustancialmente de la noción contemporánea, basada en vínculos de consanguinidad. Así, en Roma, cuya unidad familiar, como se ha dicho, se organiza en torno al poder del *paterfamilias*, es la pertenencia a esta especie de órbita de poder lo que, en primer lugar, determina las relaciones de parentesco. A este tipo de parentesco civil, con plenos efectos jurídicos, se le conoce como agnación:

Se llama agnación (*adgnatio*) al parentesco civil reconocido por el [D]erecho romano que unía a todas las personas que estaban sometidas a la patria potestad (*patria potestas*) o potestad marital (*manus*) de un jefe o *paterfamilias* común. Ello hacía que la sumisión a la potestad del jefe fuera su signo distintivo. El vínculo que mantenía esta comunidad estaba representado por los descendientes legítimos por línea de varones, porque la agnación quedaba suspendida por el lado de la mujer, que era “cabeza y fin de su propia familia” (*mulier familiae suae caput et finis est*). La mujer fue en la familia romana la genuina representante del parentesco por cognación.<sup>16</sup>

Estando condicionada la pertenencia a un grupo agnado al efectivo sometimiento a la autoridad del *paterfamilias* “se [entraba] a formar parte de la familia por nacimiento y por acto jurídico. Lo último, en las formas de la adopción [o la *adrogatio*, esto es, la absorción de una familia por otra] y de la *conventio in manum*”.<sup>17</sup> Para entrar en la esfera del poder familiar a través del nacimiento, este debía acaecer dentro de una unión matrimonial legítima,<sup>18</sup> siendo precisamente este uno de los objetivos medulares de la institución

<sup>16</sup> ARGÜELLO, *supra* nota 4, en la pág. 402. Igualmente, se ha indicado que la agnación:

Era el parentesco civil, formado por las personas que se encontraban sometidas a una misma autoridad: el *paterfamilias*. Esa autoridad recibía el nombre de *potestas* o *manus*; la persona que la ejercía se llamaba *pater* (que significa ‘jefe’ y que era un *sui iuris*, y las personas sometidas a ella se llamaban *filiifamilias* (eran *alieni iuris*).

NESPRAL, *supra* nota 5, en la pág. 468.

<sup>17</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 352.

<sup>18</sup> J. INST. 1, 9 (“Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias”). Véase J. INST. 1, 9, 3 que establece lo siguiente:

Así, pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto o biznieta, y así los demás. Mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.

Nota: para las referencias al *Corpus Iuris Civilis*, principal recopilación del Derecho romano, se utilizará el formato de citación convencional de las publicaciones romanistas, a saber: [fuente], [libro], [título], [sección].

matrimonial: la procreación de hijos legítimos. De otra parte, como se ha señalado, la inserción en el grupo familiar podía estar precedida de un acto jurídico formal, tal como la adopción o la *adrogatio*. Empero, es la *conventio in manum*, como mecanismo para someter efectivamente personas a la autoridad del *paterfamilias*, la que presenta mayores complejidades a la luz de la institución matrimonial, objeto de estudio del presente trabajo.<sup>19</sup>

La *manus* comprende, en primer término, el poder *general y unitario* del *paterfamilias* en conjunción con sus múltiples potestades: “a) sobre la mujer *-manus maritalis* o *potestas maritalis-*; b) sobre los hijos *-potestas* o *patria potestas-*; c) sobre los esclavos *-dominica potestas-*; d) sobre los hijos de otros entregados en venta al *paterfamilias -mancipium*”.<sup>20</sup> Se puede colegir, por tanto, que la *manus*, en algunas circunstancias, podía ser sinónimo de *patria potestas*, puesto que el sentido ulterior que ambos conceptos jurídicos persiguen es dar cuenta del sometimiento de determinada persona a la autoridad de determinado *pater*. Sin embargo, es dable hacer una distinción precisa entre ambos términos con el fin de apuntalar las diferentes relaciones de poder que subsisten en el seno del grupo familiar agnaticio. Sobre esta distinción, se ha mencionado que:

Aunque la condición jurídica de la mujer se definía en la fórmula *loco filiae mariti est* [la mujer casada está en el lugar de la hija], el poder que el marido ejercía sobre su esposa difería radicalmente del que tenía respecto a sus hijos; de ahí tal vez que no se usara el término *potestas* para designar el poder marital. El esposo no habría poseído nunca el *ius vitae el necisque* [derecho de vida y muerte] sobre la mujer, ni el derecho a venderla o darla en *noxae* [entregarla en reparación de algún delito o perjurio]. Es cierto, sin embargo, que cuando la mujer se hallaba sometida a la *patria potestas* o la tutela legítima (*tutela mulierum*), una y otra quedaban absorbidas por la *manus*.<sup>21</sup>

La distinción, aunque pudiera parecer espuria o de poca importancia dado el hecho de que la *manus*, en su acepción general y abarcadora, engloba todas las potestades del *pater*, sí nos ayuda a distinguir con precisión el mecanismo a

---

<sup>19</sup> Dichas complejidades se cifran en un álgido debate romanista en torno a la naturaleza del matrimonio en el Derecho romano. Para algunos, el matrimonio se debe entender como una situación fáctica independiente del sometimiento a determinado *paterfamilias*, estando dicho sometimiento sujeto a la celebración de un acto jurídico formal, esto es, la *conventio in manum*. Por ende, los adeptos a esta teoría, entre los que se encuentran Eduardo Volterra y Juan Iglesias, distinguen conceptualmente el matrimonio de la *conventio in manum* en aras de dar consistencia lógica a la exégesis doctrinal del Derecho romano. Por otra parte, un nutrido grupo de juristas, prefiere distinguir entre matrimonio *cum manu* y *sine manu*, imbricando así la constitución del vínculo matrimonial con la cuestión del efectivo sometimiento de la mujer a la *manus -poder marital-* del marido. En todo caso, el matrimonio *cum manu* fue el más común en tiempos del Derecho romano antiguo, mientras que el matrimonio *sine manu* fue adquiriendo mayor relevancia a partir del período republicano. Para una discusión general en torno a los distintos planteamientos teóricos de este debate, véase GELASIO CERMEÑO TAPA, *MANUS Y MATRIMONIO* (1987).

<sup>20</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 352.

<sup>21</sup> ARGÜELLO, *supra* nota 4, en la pág. 425.

través del cual la mujer, en particular, la esposa, ingresaba a la órbita del poder familiar. Mientras los hijos e hijas ingresaban a través del nacimiento producto de una unión legítima y las demás personas a través de actos jurídicos, tales como la adopción o la *adrogatio*, la esposa ingresaba a través de la *conventio in manum*, que consistía en un acto jurídico en función del cual esta rompía “todo lazo con su familia originaria. La entrada en la nueva familia [podía] situarla en el lugar de hija *-filiae loco-* si el nuevo *paterfamilias* es su marido, o de nieta *-neptis loco-* si el propio marido se [encontraba] bajo la potestad de su padre *-in patris potestate-*”.<sup>22</sup> La *conventio in manum* podía o no coincidir con la celebración del matrimonio.<sup>23</sup>

Por último, cabe destacar que la preeminencia de este tipo de parentesco por agnación no implicó que otros tipos de parentesco, tales como la cognación y la afinidad, no tuviesen cierta relevancia jurídica. Tanto la cognación<sup>24</sup> como la afinidad<sup>25</sup> fueron pertinentes, por ejemplo, en lo atinente a la doctrina de impedimentos matrimoniales.<sup>26</sup> Más aún, el vínculo por cognación se fue imponiendo paulatinamente como el paradigma de parentesco y conformación familiar, siendo la *familia* cognaticia la gran protagonista del Derecho justiniano.<sup>27</sup>

Una vez establecidas ciertas coordenadas conceptuales acerca de la *familia* romana, pasemos, entonces, a abordar el matrimonio, si bien someramente, enfatizando el papel central que jugó el consentimiento en el *perfeccionamiento* de dicho vínculo. No obstante, deberá recordarse que la exposición precedente en torno a la *familia* romana no pretende ser exhaustiva ni mucho menos; temas de gran interés han quedado al margen debido a las limitaciones del presente

<sup>22</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 355.

<sup>23</sup> *Id.* en la pág. 352.

<sup>24</sup> Véase NESPRAL, *supra* nota 5, en la pág. 468 (donde se establece que la cognación era el “parentesco consanguíneo, fundado en la existencia de un ascendiente común. Era el nexu biológico”).

<sup>25</sup> Véase ARGÜELLO, *supra* nota 4, en la pág. 401 (donde se menciona que la afinidad constituía el “vínculo parentela . . . que se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.”).

<sup>26</sup> J. INST. 1, 10, 2 nos presenta algunas prohibiciones al matrimonio por parentesco colateral:

Entre las personas unidas por parentesco colateral existen *también* semejantes prohibiciones, pero no con tanta extensión. Se hallan prohibidas las nupcias entre el hermano y la hermana, ya procedan del mismo padre y de la misma madre, ya de uno de los dos. Mas cuando una mujer ha llegado a ser tu hermana por adopción, no puedes casarte con ella mientras dure la adopción; mas si se disuelve la adopción por la emancipación, puedes casarte con ella. Y si tú te hallas emancipado, no hay ningún impedimento para las nupcias. Es, pues, constante que si alguno quiere adoptar a su yerno, debe antes emancipar a su hija; y si alguno quiere adoptar a su nueva, debe primero emancipar a su hijo.

*Id.* Véase *también* RICARDO PANERO, FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS 491-92 (2006); VOLTERRA, *supra* nota 8, en la pág. 645.

<sup>27</sup> Véase SOHM, *supra* nota 3, en la pág. 450 (donde se señala que “[j]ust as in the older times everything depended on agnatio, so in Justinian’s law everything depended on cognatio”).

trabajo. Más bien, dicha exposición pretende servir a los propósitos de contextualizar la discusión ulterior y, sobre todo, ir problematizando nociones o entendidos convencionales en torno a las relaciones personales propias tanto de la familia como del matrimonio.

### III. EL MATRIMONIO ROMANO

I do not believe, then, that marriage was invented to oppress women any more than it was invented to protect them. In most cases, marriage probably originated as an informal way of organizing sexual companionship, child rearing, and the daily tasks of life. It became more formal and more permanent as groups began to exchange spouses over larger distances. There was nothing inherent in the institution of marriage that protected women and children from violence or produced the fair and loving relationships that many modern couples aspire to. But there was also nothing inherent in the institution of marriage, as there was, say, in slavery, that required one group to subordinate another. The effect of marriage on people's individual lives has always depended on its functions in economic and social life, functions that have change immensely over time.

-Stephanie Coontz<sup>28</sup>

El matrimonio,<sup>29</sup> y sobre todo, el vínculo social y, a veces, afectivo que tutela, son constantes en la inmensa mayoría de las agrupaciones sociales a través de la historia. Quizás la presencia ubicua del matrimonio en diversas sociedades se debe a que, de una manera u otra, dicha institución facilita la organización social, política y económica de lo que resulta ser la célula embrionaria del estado político: la familia.<sup>30</sup> Dicho proceso de organización, que el matrimonio

---

<sup>28</sup> COONTZ, *supra* nota 3, en la pág. 44.

<sup>29</sup> Sobre la posible etimología del término, véase NESPRAL, *supra* nota 5, en la pág. 475 donde se dice que “[e]l término matrimonio proviene originariamente del latín ‘*mater*’: madre, e indicaba la maternidad legal u oficio de madre; y ‘*monium*’ es la terminación de sustantivos abstractos como *patrimonium*, *testimonium*”.

<sup>30</sup> COONTZ, *supra* nota 3, en la pág. 48, dice del matrimonio:

By the time we have written records of the civilizations that arose in the ancient world, marriage had become the way most wealth and land changed hands. Marriage was also the main vehicle by which leading families expanded their social networks and political influence. It even sealed military alliances and peace treaties.

presuntamente facilita, a su vez está condicionado al reconocimiento jurídico, si no social, del matrimonio; esto es, una vez se le reconocen ciertas consecuencias a la unión de determinadas personas, en atención a ciertos requisitos indispensables para la validez de tal unión, es que el matrimonio, *per se*, cobra relevancia social, política y económica como un *estado* de hecho, y, derivativamente, de Derecho, que contribuye a darle coherencia al tejido social.

En el contexto del Derecho romano, así como en la vida social, política y económica de la antigua Roma, el matrimonio cumplió roles análogos. Sin embargo, lo verdaderamente distintivo del matrimonio romano fue su naturaleza fáctica,<sup>31</sup> su inusitada flexibilidad<sup>32</sup> y la centralidad del consentimiento entre los cónyuges como elemento rector en la conformación del vínculo, ello a pesar del talante eminentemente patriarcal de la sociedad romana.<sup>33</sup> En términos sucintos podría definirse el matrimonio romano como:

[L]a cohabitación de dos personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer, de procrear y educar a sus hijos y constituir entre ellos una comundiada absoluta de vida. No importaba un acto jurídico que los contrayentes hacían nacer por una declaración de voluntad, sino una situación de hecho fundada en la convivencia o cohabitación del hombre y la mujer, cuyo comienzo no estaba marcado por formalidad alguna, a lo que debía agregarse la intención permanente y recíproca de tratarse como marido y mujer, que los

---

<sup>31</sup> ARGÜELLO, *supra* nota 4, en las págs. 422-23, donde expresa que “[e]l matrimonio, a pesar de ser una situación de hecho – *res facti*, no *res iuris* – como la posesión, tuvo siempre en Roma un carácter severamente monogámico, y como su finalidad era constituir una comunidad de vida, no cabía someterlo a plazo o condición”.

<sup>32</sup> GRIMAL, *supra* nota 14, en la pág. 72 donde dice que “la realidad fue . . . que el matrimonio romano aparece, incluso el de épocas más tempranas, con tonalidades menos sombrías, hasta el punto de mostrarse ante nuestra mirada como una de las instituciones más flexibles y humana, plena de matices, nunca imaginadas por los juristas”.

<sup>33</sup> COONTZ, *supra* nota 3, en las págs. 79-80, donde nos presenta que:

Despite these strict patriarchal principles, the Romans were casual about what made for a legal marriage. There were few rules. Roman citizens had to get special permission to marry foreigners or Latins (those living in territories around Rome but not incorporated under its rule), and they could not marry slaves or prostitutes. At one point senators were prohibited from marrying women of low social origins. In addition, a union entered into without the consent of an individual's father was not valid.

Aside from these rules, the Roman state did not get involved in ratifying marriage or divorce. No special formality was needed to legalize marriage between partners who were not prohibited from marrying. There was no wedding license, and the modern distinction between cohabitation and marriage was unknown.

Rome did recognize a distinction between marriage and concubinage, in which a man kept a female slave or freed woman as mistress. It also recognized a difference between marriage and cohabitation with a woman close in social rank. The difference, however, was entirely a question of intent. Roman jurists believed marriage was defined by a ‘marital attitude’ on the part of the couple.

Véase, en general, JANE J. GARDNER, *WOMAN IN ROMAN LAW AND SOCIETY* (1991) para una discusión en detalle sobre el rol de la mujer en la sociedad romana.

romanos llamaron *affectio maritalis*. Constaba, pues, el matrimonio de dos elementos: uno objetivo, representado por la cohabitación, y otro subjetivo o intencional, que era la *affectio maritalis*. Las características muy especiales que presentaba el matrimonio romano han hecho sostener, con toda razón, que se diferencia del matrimonio moderno en que aquél era una relación jurídica de hecho con consecuencias jurídicas, en tanto éste es una relación jurídica con consecuencias sociales.<sup>34</sup>

Llama la atención el carácter fáctico de la concepción romana del matrimonio. Es decir, el matrimonio en Roma, como se señala en la cita precedente, es un hecho con consecuencias *en Derecho* y no, por el contrario, un acto jurídico con consecuencias *de hecho*, o sociales, tal y como suele concebirse la unión marital en nuestras sociedades contemporáneas. Resulta interesante, además, notar los paralelismos entre el matrimonio y la posesión en el universo del Derecho romano.<sup>35</sup> Ambas figuras jurídicas<sup>36</sup> están condicionadas a la convergencia de determinadas circunstancias fácticas las cuales condicionan su validez. Esta íntima relación con lo fáctico, a nuestro entender, es lo que dota de particular flexibilidad a las mismas y, a la vez, hace imperativo que se establezcan determinados requisitos que sancionen su validez. De lo contrario serían inoperantes; si no se prescribieran ciertos requisitos sustantivos que condicionaran y convalidaran semejantes estados fácticos, no se le podrían atribuir los efectos jurídicos correspondientes a las respectivas figuras. Así, los requisitos sustantivos que sujetan la validez de estas figuras son una suerte de imperativo jurídico con tal de que dichas instituciones cumplan sus cometidos dentro de la organización socio-económica romana y puedan ser oportunamente reconocidas por el sistema político. Estos cometidos son, en el caso de la posesión, entre otros, favorecer y proteger la explotación económica, sobre todo, de fundos agrícolas y, en el caso del matrimonio, facilitar las transferencias patrimoniales entre personas adeptas a un mismo grupo,<sup>37</sup> por ejemplo, a través de la sucesión. Abona, además, a la flexibilidad del matrimonio en Roma, como

---

34 ARGÜELLO, *supra* nota 4, en la pág. 421.

35 *Id.* en la pág. 422-23.

36 Si bien, tanto la posesión como el matrimonio, en la concepción romana, son situaciones de hecho que acarrear consecuencias jurídicas, no resulta errado catalogarlas como figuras jurídicas, en tanto y en cuanto, dichas situaciones fácticas están sujetas al reconocimiento jurídico para ser plenamente efectivas.

37 COONTZ, *supra* nota 3, en la pág. 65, la cual dice:

For people with property, marriage was an economic transaction that involved the transfer or consolidation of land and wealth as well as the development of social networks. Even small landowners manipulated kin and marriage ties to consolidate property. For families with larger amounts of wealth, marriages in the ancient world were equivalent of today's business mergers or investment partnerships.

se ha intimado anteriormente, la ausencia de requisitos formales para convalidar la unión marital.<sup>38</sup>

*A. Los requisitos sustantivos para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial*

Son cuatro los requisitos sustantivos indispensables que reconoce la doctrina para la configuración de un matrimonio válido –*iustae* o *legitimae nuptiae*, *iustum* o *legitimum matrimonium*–, con plenos efectos jurídicos, a saber: (1) capacidad natural de los contrayentes, entiéndase, que los futuros cónyuges cumplieran con el requisito de pubertad legal, fijado en doce años para las féminas y catorce para los varones; (2) capacidad jurídica de los contrayentes (*conubium*) –dicha capacidad jurídica tenía como presupuestos la libertad (*status libertatis*) y ciudadanía (*status civitatis*) de los contrayentes; (3) consentimiento continuo y duradero de los cónyuges –*affectio maritalis*; recuérdese, empero, que dicho consentimiento no tenía que conformarse a formalidad alguna, y (4) el consentimiento del *paterfamilias* cuando alguno de los contrayentes no fuese *sui iuris*, es decir, estuviese sometido a la autoridad paterna.<sup>39</sup> De manera análoga, en las *Instituciones* de Justiniano, texto didáctico que, sin embargo, tenía pleno carácter normativo, se recogen, en el epígrafe de la décima sección del primer libro, de manera concisa, estos mismos requisitos:

Contraen entre sí nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya sean hijos de familias; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres, bajo cuya potestad se hallan. Más que esto debe hacerse lo persuaden el derecho civil y natural, de tal manera que deba preceder la autorización del padre. De donde procede esta cuestión: ¿el hijo o la hija del loco pueden casarse? Y como respecto del hijo estaban divididas las opiniones, tuvo lugar nuestra decisión, según la cual, y a ejemplo de lo que

---

<sup>38</sup> TERESA M.G. DA CUNHA LOPES & RICARDO CHAVIRA VILLAGÓMEZ, INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL DERECHO ROMANO 83 (2009), donde se expresa que la “[c]aracterística del matrimonio romano era la falta absoluta de formalidades (aunque en la práctica podía ir acompañado de fiestas y ceremonias), por lo cual se le suele parangonar con el instituto de la posesió[n]”. FREDERICK J. TOMKINS & HENRY D. JENCKEN, A COMPENDIUM OF THE MODERN ROMAN LAW: FOUNDED UPON THE TREATIES OF PUCHTA, VON VANGEROW, ARNDTS, FRANZ MOEHLER, AND THE CORPUS JURIS CIVILIS 115-16 (1870) añade además:

By the ancient Roman Law no special forms were required to constitute Marriage; but simply the consent of the contracting parties. There were, however, forms for Marriage as in the case of *conventio in manum*; but these were marriage *rites*, and not necessary to its validity. Marriage was always *solo consensus*.

<sup>39</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en las págs. 262-63; NESPRAL, *supra* nota 5, en las págs. 476-77; VOLTERRA, *supra* nota 8, en la pág. 644; German J. Brau, *Notas sobre la historia del Derecho romano*, 78 REV. JUR. UPR 224 (2009).

sucede a la hija del loco, es permitido al hijo de otro contraer matrimonio, sin intervención del padre, según se declara por nuestra constitución.<sup>40</sup>

Además de los requisitos antes consignados, es de medular importancia el componente ético, u objetivo, que complementa la  *affectio maritalis*, a saber, el  *honor matrimonii*.

La configuración de un matrimonio jurídicamente válido, esto es, legítimo, en consecuencia, acarrea determinados efectos entre los cónyuges y su prole. De una parte, los hijos nacidos de esta unión habrían de ser ciudadanos romanos libres y legítimos, sometidos, por ende, a la  *patria potestas* de su padre o, en caso de que el padre fuera  *filiusfamilias*, del  *paterfamilias* de este. Cabe destacar, que la condición de ciudadano romano libre y legítimo no guardaba relación con la situación jurídica de la madre, siempre y cuando entre esta y el padre existiera  *conubium*.<sup>41</sup> Así, el matrimonio descargaba una de sus funciones principalísimas: garantizar la descendencia legítima de determinado grupo familiar agnático.<sup>42</sup> Por otro lado, la unión matrimonial jurídicamente válida creaba un vínculo de afinidad entre los cónyuges y sus ascendientes y descendientes inmediatos.<sup>43</sup> Por último, eran de aplicación a los cónyuges una serie de disposiciones legales que, entre otros particulares, regulaban “los derechos sucesorios recíprocos; los derechos sobre la dote y sobre las donaciones nupciales”, así como sujetaban a los cónyuges a “los derechos y las limitaciones establecidas por las leyes de Augusto” y a las sanciones penales por el adulterio que estableció la legislación familiar de este.<sup>44</sup>

### 1. Pubertad legal

Durante la época clásica del Derecho romano,<sup>45</sup> la determinación de la edad mínima con tal de configurar la pubertad legal fue tema de debate entre proculeyanos y sabinianos.<sup>46</sup> Los proculeyanos propiciaban que fuera el  *paterfamilias* quien determinara la pubertad, mientras que los sabinianos preferían que se fijase taxativamente la edad en doce años para las féminas y catorce para los varones. Tal y como puede colegirse de lo antes dicho, fue esta

---

<sup>40</sup> J. INST. 1, 10.

<sup>41</sup> VOLTERRA, *supra* nota 8, en la pág. 645.

<sup>42</sup> W. W. BUCKLAND, A MANUAL OF ROMAN PRIVATE LAW 63-64 (2da ed. 1947).

<sup>43</sup> VOLTERRA, *supra* nota 8, en la pág. 645.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 36 (130 a. de C. hasta el 230 de C).

<sup>46</sup> Los proculeyanos y los sabinianos fueron los dos grupos de juristas principales del período clásico del Derecho Romano.

última visión la que predominó, quedando así preceptuada en los textos jurídicos justinianos.<sup>47</sup>

## 2. Capacidad jurídica de los contrayentes – *conubium*

El *conubium* comprendía la capacidad jurídica que le reconocía el ordenamiento a los ciudadanos libres para contraer matrimonio legítimamente –*iustae nuptiae*.<sup>48</sup> Si bien en principio esta capacidad solo la ostentaban los patricios, eventualmente pudieron acceder a ella los ciudadanos romanos libres;<sup>49</sup> incluso, en algunas ocasiones hubo concesiones que permitieron la configuración de matrimonios legítimos entre ciudadanos romanos y latinos,<sup>50</sup> o peregrinos.<sup>51</sup> Por ende, puede inferirse que la *conubium* fue un elemento centralísimo para la legitimidad del matrimonio mientras coexistían dentro de la demarcación territorial de Roma distintos pueblos y grupos jurídicamente diferenciados. Sin embargo, con la promulgación de la *Constitutio Antoniniana* en el año 212, la cual hacía ciudadanos legítimos a todos los habitantes del Imperio, la *conubium* perdió definitivamente su relevancia jurídica y su centralidad en tanto requisito para la validez de la unión marital.<sup>52</sup>

## 3. El carácter consensual del matrimonio romano: La *affectio maritalis*

Sobre el elemento objetivo del matrimonio, esto es, la cohabitación, la cual será comentada más adelante, prevalece la *affectio maritalis*.<sup>53</sup>

Tal resulta claramente de lo que dicen los conocidos aforismos: “El matrimonio no nace de la cohabitación, sino del consentimiento”; “No es la unión carnal lo que determina el matrimonio, sino la afección matrimonial”.

A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento *inicial* sino que es preciso el *continuo* o *duradero*. Además, no

<sup>47</sup> NESPRAL, *supra* nota 5, en la pág. 476. GARDNER, *supra* nota 33, en las págs. 38-41. Entre otras disposiciones pertinentes del Digesto, véase la sección D. 23, 2, 4 que “[d]ice que la menor de doce años que convivía en casa del marido se hará su mujer legítima cuando haya cumplido la edad de doce años en poder de su marido”. A. D’ORS ET AL., *EL DIGESTO JUSTINIANO* 103 (1972).

<sup>48</sup> VOLTERRA, *supra* nota 8, en las págs. 639-40. ARGÜELLO, *supra* nota **Error! Bookmark not defined.**, en la pág. 427. GARDNER, *supra* nota 33, en la pág. 31. SOHM, *supra* nota 3, en la pág. 471.

<sup>49</sup> JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ, *SIETE MILENIOS DE ESTADO Y DE DERECHO* 419 (2008).

<sup>50</sup> Habitantes de la región del Lacio (donde actualmente ubica Roma).

<sup>51</sup> BUCKLAND, *supra* nota 42, en la pág. 68. En la antigua Roma, se les denominaba *peregrinos* a los extranjeros.

<sup>52</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 363.

<sup>53</sup> VOLTERRA, *supra* nota 8, en la pág. 640. La *affectio maritalis* también es llamada *consensus, mens coeuntium*.

está sujeto a formalidades de ninguna especie, cuales serían la celebración ante una autoridad o la redacción de un documento.

Cuando falta la intención de ser marido y mujer – *affectio maritalis*–, cesa el matrimonio. No siendo el matrimonio un acto jurídico, tampoco el divorcio puede configurarse como tal.

El matrimonio romano fue siempre monogámico, y dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social.

Dado que el matrimonio se endereza a la constitución de una comunidad perpetua, de un vivir común y duradero, no cabe sujetarlo a modalidades de condiciones o términos.<sup>54</sup>

Por consiguiente, la  *affectio maritalis* importa una efectiva, continua y duradera voluntad de vida en común entre los cónyuges. Es en este contexto que el consentimiento es medular, puesto que, de cierta forma, la implicación más significativa de la  *affectio maritalis* es propender a una continua y duradera renovación del consentimiento inicial en función del cual se configuró originariamente el vínculo conyugal. Así, podríamos decir que la  *affectio maritalis* romana es una suerte de continua actualización del vínculo marital. De igual forma, la  *affectio maritalis* se constituye en la posible respuesta que da el ordenamiento jurídico al problema de la naturaleza fáctica del matrimonio. Es decir, dado que el matrimonio romano, “en sus mejores tiempos, [no fue] un acto o un negocio jurídico, sino un hecho social con relevancia jurídica”,<sup>55</sup> resulta imperioso idear un medio de constatación efectiva que permita reconocer una situación determinada y otorgarle los efectos jurídicos que correspondan; en el caso del matrimonio romano, pues, la  *affectio maritalis*, en conjunción con su corolario y elemento objetivo –el  *honor matrimonii*– viene a suplir la ausencia de formalidades y permite que la unión marital sea reconocible como tal.

#### *i. Honor matrimonii*

El  *honor matrimonii* no es más que la concreción de la voluntad recíproca de vida en común. A todas luces, es lo que denota la efectividad del consentimiento renovado, continuo y duradero que supone la  *affectio maritalis*. Sin embargo, la efectividad que el  *honor matrimonii* denota no tiene que ser concreción de la voluntad recíproca a través de la efectiva cohabitación de los cónyuges, más bien se refiere a un componente ético que se satisface, por ejemplo, con que la mujer sea dirigida a la casa del marido – *in domum deducta*.<sup>56</sup> Cabe destacar, además,

---

<sup>54</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 362; COONTZ, *supra* nota 3, en la pág. 2; NESPRAL, *supra* nota 5, en las págs. 474-75.

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ BULTÉ, *supra* nota 49, en la pág. 417.

<sup>56</sup> GARDNER, *supra* nota 33, en la pág. 47, donde se dice que “[o]ne other circumstance which must occur was that the wife should be  *in domum deducta*, that is, should take up the residence in the husband’s home.” Véase, además, ARGÜELLO, *supra* nota 4, en las págs. 421-22 donde el autor expone que:

que el *honor matrimonii* servía propósitos evidenciarios al constituirse en prueba fehaciente de que, en efecto, existía *affectio maritalis* y, por consiguiente, había matrimonio.<sup>57</sup>

#### 4. Consentimiento del *paterfamilias*

Sobre el consentimiento de los *paterfamilias* no habrá mucho qué decir. Como se ha señalado anteriormente, este solo era necesario cuando uno de los contrayentes era *alieni iuris*, es decir, estaba sometido efectivamente a la autoridad del *pater*. Por último, se debe señalar que en la evolución jurisprudencial romana se “llegó a decir que el *paterfamilias* mostraba su consentimiento si no mostraba evidentemente su disenso”,<sup>58</sup> configurándose así su consentimiento tácito. Esto último pone en perspectiva la poca importancia relativa de este requisito para la consumación de la unión marital.

### CONSIDERACIONES ÚLTIMAS

Antes que todo, habrá que enfatizar que la intención del presente trabajo no ha sido idealizar la figura del matrimonio tal y como esta fue concebida en el dilatado desarrollo del Derecho romano. Más bien, como se apuntó al principio, el objetivo ha sido repasar algunos aspectos fundamentales de la institución matrimonial romana, paradigma de la nuestra, con tal de propiciar la reflexión en torno a la política pública y jurídica que informa dicho instituto. De otra

La cohabitación, aunque es un elemento fáctico que inicia la vida conyugal, no debe entenderse exclusivamente en sentido material, sino más bien ético, porque existía aun en el caso de que los esposos no compartieran el mismo hogar y podía contraerse el matrimonio hasta cuando el marido estuviese ausente, siempre que la mujer entrara en su casa (*deductio in domum mariti*). La ausencia de la mujer impedía el perfeccionamiento del matrimonio.

En IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 362 se menciona que:

Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de éste –*deductio in domum mariti*– y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio, en modo alguno, si la ausente es la mujer.

<sup>57</sup> NESPRAL, *supra* nota 5, en la pág. 479 explica que “en Roma no era necesario ningún documento escrito basta[ndo] el testimonio de amigos y vecinos [para probar la existencia del matrimonio], siendo de mayor importancia aún, la *manifestación exterior* del comportamiento matrimonial (el ‘*honor matrimonii*’). Por otro lado ARGÜELLO, *supra* nota 7, en la pág. 422, declara que:

La intención marital se demostraba mediante declaración de los esposos y de los parientes y amigos, pero más propiamente por una manifestación exterior, llamada *honor matrimonii*, que era el modo de comportarse en sociedad los esposos y, muy especialmente, el trato que el marido dispensaba a la mujer, que debía ocupar la posición social de aquél y la dignidad de esposa.

<sup>58</sup> IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 363.

parte, es evidente que el presente trabajo no es más que un mínimo preámbulo de lo que, a todas luces, sería un proyecto mucho más abarcador.

No obstante, de la exposición precedente, es posible colegir que el consentimiento, tanto en su manifestación subjetiva y abstracta *-affectio maritalis-*, como en su ámbito objetivo *-honor matrimonii-*, jugó un papel fundamental en la configuración del vínculo matrimonial en el Derecho romano. Es justamente la centralidad del consentimiento lo que dotó de inusitada flexibilidad dicha figura.<sup>59</sup> Si bien la misma estaba sujeta a determinadas funciones sociales –por ejemplo, asegurar la descendencia legítima y procurar la transmisión patrimonial *mortis causa-*, gran parte del entramado normativo que predeterminaba su existencia no estaba dirigido a otra cosa que no fuera verificar efectivamente la vitalidad del consentimiento recíproco en virtud del cual los cónyuges constituían la unión matrimonial.

Por último, es meritorio enfatizar la importancia cardinal del proceso de contextualización y reflexión histórica que este trabajo busca propiciar. Solo así se podrá intentar ajustar la institución del matrimonio a las exigencias sociales y culturales del presente. Ante todo, debería resaltarse el rol del consentimiento en la confección del vínculo matrimonial y en la determinación recíproca de los deberes y obligaciones que el mismo impone. En fin, lo idóneo sería *vaciar* de contenido moral dicha institución y propiciar que sean los propios cónyuges quienes determinen las condiciones en las que desarrollarán sus vínculos de solidaridad.

---

<sup>59</sup> Cabe destacar, además, que la centralidad del consentimiento en la unión matrimonial también se manifiesta en la disolución de dicho vínculo; así “[e]l *divortium* lo mismo que el matrimonio, no está sujeto a la observancia de forma alguna. Es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito *-per litteras-* o por medio de mensajero *-per nuntium-*”. IGLESIAS, *supra* nota 3, en la pág. 367. Para una discusión, en particular, de la disolución del matrimonio, véase *id.* en las págs. 366-68.