

CONTROVERSIAS JURÍDICAS EN TORNO A LOS IMPEDIMENTOS ROMANOS Y LA INTERSEXUALIDAD*

ELISA MUÑOZ CATALÁN**

Resumen: De forma similar a como hoy se regulan los impedimentos matrimoniales en nuestro Ordenamiento jurídico español, el Derecho Romano trató de sistematizar las numerosas uniones que no cumplían con los requisitos exigidos para conformar un matrimonio clásico legítimo o un *iustum matrimonium*. En este sentido, con la realización del presente trabajo pretendemos investigar cuáles son las dificultades de las fuentes para definir etimológicamente el término *impedimentum*, y cómo dichas limitaciones evolucionaron en las leyes promulgadas por Augusto y Constantino, prestando especial atención a los impedimentos a las promesas de futuro matrimonio o esponsales romanos. Lo que nos servirá, en todo caso, para ofrecer una clasificación que integre esas restricciones y así comprender la razón de ser de las uniones extramatrimoniales *sine conubio* o la ilicitud de las relaciones esporádicas; destacando, finalmente, el controvertido supuesto de la intersexualidad en época de crisis generalizada como la que estamos viviendo actualmente en España.

Palabras clave: Derecho Romano, impedimentos, intersexualidad, esponsales, matrimonio.

Abstract: In a similar way as the matrimonial impediments are regulated nowadays in our Spanish legal System, Roman Law tried to systematize the numerous marriages that did not have the conditions required to form a legitimate classic marriage or *iustum matrimonium*. In this sense, with the accomplishment of the writing that follow we pretend to investigate what are the difficulties of the sources to define etymologically the term *impedimentum*, and how these limitations evolved in the laws promulgated by Augustus and Constantine, paying special attention to the case of the impediments to the promises of future marriage or roman betrothal. The above will serve us, in any case, to provide a classification of these marriage restrictions and we understand the reason for the extramarital unions *sine conubio* and the possible illegality of such casual encounters; highlighting, finally, the controversial case of intersexuality in a time of generalized crisis such as we are living in Spain.

Keywords: Roman Law, matrimonial impediments, intersexuality, betrothal, marriage.

* Fecha de recepción: 21 de enero de 2014.

Fecha de aceptación: 12 de febrero de 2014.

** Profesora Doctora de Derecho Romano. Integrante del Grupo de Investigación (SEJ-460): El Derecho de Familia: Efectos Personales y Patrimoniales, de Roma al Derecho Actual. Facultad de Derecho, Universidad de Huelva. elisa.munoz@dthm.uhu.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. JUSTIFICACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES DESDE ROMA; 1. Problemática planteada en cuanto a una posible delimitación conceptual del término *impedimentum* en las fuentes jurídicas; 2. Evolución de estas limitaciones conyugales: De las leyes matrimoniales de Augusto a la influencia del Cristianismo con el emperador Constantino; 3. Especial referencia a los impedimentos para los esponsales; III. HACIA UNA CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DE LAS RESTRICCIONES AL MATRIMONIO ROMANO LEGÍTIMO; IV. UNIONES EXTRAMATRIMONIALES SINE CONUBIO: CONTROVERSIAS EN TORNO A LA INTERSEXUALIDAD; V. CONCLUSIONES; VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS; 1. Bibliografía; 2. Fuentes electrónicas.

I. INTRODUCCIÓN

Tras casi diez años de la reforma del Código Civil español en materia matrimonial y, teniendo muy presente que hoy nos encontramos en una época de crisis generalizada que no sólo afecta al ámbito económico o social sino también de una muy manera especial a la transformación de los valores que han venido considerándose como tradicionales, entendemos que es buen momento para acudir al pasado y observar cómo el Derecho Romano clásico logró regular de forma brillante los problemas derivados de aquellas uniones que no cumplían con los requisitos legalmente exigidos como para conformar un matrimonio legítimo o un *iustum matrimonium*, sistematizando la diversidad de impedimentos matrimoniales y limitando el vínculo marital entre aquellos sujetos que no podían contraerlo dada la ausencia de elementos esenciales.

En este sentido, el interés que puede suscitar conocer cuál es el verdadero fundamento del matrimonio como institución familiar más importante a lo largo de la Historia, para de alguna manera poder resolver las lagunas legales existentes en nuestro Ordenamiento español en torno a lo que ya se denomina como la posible “crisis del modelo de familia tradicional¹”, nos ha llevado a plantearnos como objetivo principal de nuestro trabajo realizar una interpretación de los textos con los que contamos que refleje cuáles fueron realmente los impedimentos más frecuentes a la hora de contraer un *iustum matrimonium* o un matrimonio legítimo y con plena eficacia, así como su razón de ser y consecuencias para el Ordenamiento romano en su etapa de mayor esplendor.

Debemos tener presente que si bien son escasas y fragmentarias las fuentes jurídicas que regulan esta materia², lo cierto es que las mismas nos sirven hoy para definir al matrimonio romano como la unión de dos personas de sexo distinto capaces, natural y jurídicamente, con la intención de comportarse recíprocamente como marido y mujer. Siendo una

¹ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., “La familia en Roma: Entre los mores maiorum y la norma escrita”, LÓPEZ-ROSA, R. Y DEL PINO-TOSCANO, F. (EDS.), “El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española”, Huelva, 2001, p. 103.

² Cfr. D. 23, 2,1 (Mod. 1 *reg.*); Cfr. IJ. 1,9,1.

situación fundada en la convivencia conyugal, cuyos elementos constitutivos fueron, de un lado, el *honor matrimonii* o la necesidad de que existiese una reconocida convivencia entre los contrayentes y, de otro, la *affectio maritalis* conocida como la intención recíproca de los cónyuges de tenerse por marido y mujer; precisándose, en todo caso, la renovación diaria de ese consentimiento continuado y mutuo.

La existencia del matrimonio dependía, en definitiva, de la continuidad del *conubium* y, a su vez, de la voluntad recíproca de los contrayentes de compartir una vida en común y dicha intención mutua, a diferencia de otras relaciones extramaritales, se exteriorizaba a través de cualquier forma y mediante cualquier medio, deduciéndose del modo de vivir y comportarse de los cónyuges³. Por lo que como ya tuvimos ocasión de defender en un trabajo anterior⁴, el antes mencionado *conubium* o requisito del *ius conubii* se ha venido considerando como un elemento esencial que determinaba la capacidad jurídica de los contrayentes para poder contraer un *matrimonium iustum* en Roma y, cuya inexistencia, iba a determinar el surgimiento de las conocidas como uniones extramatrimoniales o extraconyugales, relaciones extra-familiares o vínculos esporádicos *sine conubio*; denominadas así por carecer de los presupuestos esenciales y por conformarse aún constituyendo una restricción legal a dicha unión⁵.

Es en este punto en el que nos va a interesar detenernos en cuál es la configuración legal de los impedimentos matrimoniales⁶, en base a una serie de precisiones terminológicas y a un análisis jurídico-evolutivo de tales limitaciones, teniendo como punto de partida la regulación llevada a cabo a través de la legislación matrimonial del emperador Augusto hasta su derogación parcial ya con Constantino I y por influencia del Cristianismo en el Imperio romano. El mencionado estudio evolutivo nos llevará, igualmente, a ofrecer una aproximación a las restricciones a las promesas de futuro matrimonio o esponsales romanos así como a profundizar, en última instancia, en las repercusiones derivadas del controvertido supuesto de la intersexualidad hasta su evolución en nuestros días dada la mezcla de cromosomas masculinos y femeninos que estas personas presentan; fundamentalmente tras la entrada en vigor el pasado 1 de noviembre de 2013 de una nueva normativa aprobada en

³ ROBLEDA, O., “La definizione del matrimonio nel Diritto Romano”, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Roma, 1980, pp. 42 ss.

⁴ MUÑOZ CATALÁN, E., “Consentimiento viciado o error en los matrimonios de conveniencia celebrados desde la antigua Roma”, *RJUAM: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 27, 2013 [En línea]: http://www.uam.es/otros/rjuam/numeros_publicados.html

⁵ Sobre este tema, vid. entre otros, CANTARELLA, E., “*Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: Una storia romana di amore coniugale*”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y tradición romanística*, XIII, 2001, pp. 21 ss; FALÇAO, M., *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Navarra, 1973, p. 8.

⁶ Para un estudio más detallado en materia de impedimentos al matrimonio y su evolución legal, vid. MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*, ARIAS MONTANO: Repositorio institucional de la Universidad de Huelva. Colección de Tesis Doctorales, 2013, pp. 339 ss. http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6457/Las_union_extramtrimoniales.pdf?sequence=2

Alemania, pues la misma supone que por primer vez se reconozca en Europa que los sujetos intersexuales o llamados originariamente hermafroditas poseen caracteres sexuales que no permiten adscribirlos a un género determinado.

II. JUSTIFICACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES DESDE ROMA

Mientras que el Derecho Romano clásico consideraba expresamente como prohibición matrimonial la ausencia del *ius conubii*, es decir, la inexistencia del requisito positivo clásico de capacidad jurídica o del derecho al matrimonio, a continuación demostraremos cómo posteriormente durante la vigencia del Derecho postclásico y justiniano, *matrimonium* y *conubium* se unieron llegando incluso a ser utilizados de forma indiferente por las fuentes. La complejidad de la materia así como su dualidad y transformación nos llevará a tener que interpretar la naturaleza jurídica de la institución matrimonial, en las distintas fases que componen el Ordenamiento romano⁷.

Por tal razón, a lo largo de nuestra intervención haremos uso del término *impedimentum* (impedimento) en el sentido genérico de prohibición a contraer matrimonio válido en Roma, teniendo presente que etimológicamente este vocablo encuentra sus raíces posteriormente con la llegada del Cristianismo al Imperio⁸ y, a su vez, lo compararemos con otros conceptos sinónimos que parecen ajustarse más a la propia esencia de esta institución, como son, los denominados obstáculos, trabas, dificultades, inconvenientes, limitaciones, restricciones, condiciones o prohibiciones a contraer justas nupcias.

1. Problemática planteada en cuanto a una posible delimitación conceptual del término *impedimentum* en las fuentes jurídicas

Partimos de la premisa general de que el antes mencionado *ius conubii* se configuró en época clásica como un requisito positivo esencial para que pudiésemos hablar de *matrimonium iustum*, por definirse como la capacidad jurídica de las partes para contraer un matrimonio romano válido⁹, de tal modo que su inexistencia iba a determinar los conocidos como *matrimonium iniustum* o ilegítimos por no cumplir con los presupuestos exigidos legalmente para su válida constitución. El inconveniente que se plantea es el de tratar de

⁷ En cuanto al origen del matrimonio desde época arcaica, vid. por todos, ROBLES VELASCO, L.M., “Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinatio y contubernium de Roma a la actualidad”, *RIDROM*, VII, 2011, pp. 281-318.

⁸ Sobre la importancia de utilizar en la etapa clásica la expresión “*uniones extramatrimoniales en ausencia de conubium*” en lugar de impedimentos por su origen posterior, vid. por todos, GÓMEZ RUIZ, C., “*Matrimonio. Efectos del matrimonio*”, Madrid, 2002.

⁹ FALÇAO, M., “O “*ius conubii*” romano e o *Direito ao matrimónio*”, *Revista española de Derecho Canónico*, LXIII, 2006, pp. 255 ss.

delimitar aquellas situaciones en las que existía una prohibición o un impedimento para contraer tales nupcias, ya que de ello iba a depender el alcance legal que esa unión pudiera o no producir en el Ordenamiento jurídico romano; al ser éste un requisito formulado negativamente, en el sentido de que la carencia de *conubium* dificultaba la celebración del matrimonio y producía el nacimiento de las prohibiciones matrimoniales, en las siguientes líneas se hace necesario investigar bajo los textos con los que contamos, su origen y etimología.

En primer lugar, nos detendremos en el origen de la voz impedimento. Esta palabra encuentra su raíz latina en *impedimentum* que se traduce textualmente por estorbo, limitación o prohibición para realizar un determinado acto. Si lo aplicamos al ámbito del Derecho, en sentido genérico, aludimos al obstáculo impuesto a la realización o validez de un determinado negocio jurídico; sin embargo, cuando nos referimos al matrimonio ello quiere significar aquellas circunstancias de orden diverso (física, legal o espiritual) que hacen imposible la unión marital entre dos personas.

Por lo que no es de extrañar que se resalte¹⁰ el hecho de que *impedimentum* sea una palabra cuyo significado completo no se alcanza durante el Derecho Romano clásico, sino posteriormente ya con el Derecho Canónico. Así, IGLESIAS¹¹ sostiene que el término *impedimentum* es propio del Derecho Canónico y lo define textualmente como aquellos motivos de variada índole (éticos, políticos, sociales o religiosos) que determinaron “una suerte de requisitos que se caracterizaron por estar formulados de modo negativo”, y son los que actualmente se denominan como impedimentos. Por su parte, el profesor BONFANTE¹² subraya la esencia de estas dificultades a contraer *matrimonium iustum* y las califica literalmente de “requisitos determinados de un modo negativo por la ausencia de ciertas condiciones”, por lo que en las Escuelas se usa el concepto de impedimentos matrimoniales.

A tenor de lo afirmado y, una vez analizado el vocablo *impedimentum*, seguidamente nos aproximamos a la naturaleza jurídica y efectos producían en el Orden romano. En primer lugar, se suele admitir que eran prohibiciones matrimoniales que obstaculizaban la normal convivencia de los contrayentes y que, a diferencia de la regulación canónica, no suponían la capacidad general de contraer matrimonio sino más bien la ausencia de la capacidad jurídica de los cónyuges. La naturaleza de esta institución se comprende si consideramos las limitaciones matrimoniales como prohibiciones para contraer justas nupcias; de este modo se observa cuando VOLTERRA¹³, al definir al matrimonio clásico, aporta implícitamente

¹⁰ En general, vid. entre otros, BETANCOURT SERNA, F., *Derecho Romano clásico*, Sevilla, 1995, p. 406; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1977, pp. 280 ss. Al tratar el vínculo marital, el autor parte de la base de que el *matrimonium* era una situación social de hecho (*factum*) y, por este motivo, el Derecho Romano sólo contempla un sistema de prohibiciones de *ius divinum* (*fas*) y de tipo social, pero no un sistema completo de impedimentos como existe en el *Ius Canonicum*.

¹¹ IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1972, p. 552.

¹² BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1929, p. 185.

¹³ VOLTERRA, E., “*Iniustum matrimonium*”, GROSSO, G. (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano, 1972, p. 450. De este modo, lo expone literalmente el autor en su obra: “*L'unione coniugale di un uomo e di una donna è giuridicamente qualificata iustum matrimonium e spiega effetti giuridici se vi*

los requisitos positivos y negativos para su válida constitución, aseverando explícitamente que para que se considerase matrimonio válido no debía existir impedimento legal alguno.

Bajo las premisas expuestas, podemos deducir el sentido de esta institución puesto que no tendrán las mismas consecuencias un matrimonio contraído contra las prohibiciones de la época clásica, que aquel otro llevado a cabo en un periodo ulterior. La razón de estas diferencias surge en el cambio de mentalidad respecto a lo que en Roma se entendía por *ius conubii*, de hecho, se suele defender que tal prohibición matrimonial se traducía en la denegación del derecho a contraer matrimonio, si bien es cierto que para el matrimonio postclásico los impedimentos se daban ante la falta de algunos de los requisitos matrimoniales exigidos, para el Derecho clásico existía tal limitación si específicamente faltaba el *conubium* entre los cónyuges.

No obstante lo anterior, existen otras fuentes que sí hacen un uso expreso de la voz *impedimentum* en el sentido general clásico de prohibición legal de la convivencia matrimonial, pero nunca aludiendo a los impedimentos matrimoniales propios del Derecho Canónico. Por este motivo, algunas veces se prefiere utilizar palabras como obstáculos o prohibiciones que no permitían el matrimonio, en lugar de usar el vocablo impedimento, evitando así mezclar el significado etimológico de la voz *impedimentum* con el que se le da en tiempo clásico. Veamos, pues, los textos a los que aludimos:

D. 23,1, 8 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est, sed postea interveniens sponsalia non infirmat.*

En este pasaje se mantiene que es evidente (*plus quam manifestum est*) que la locura también constituya un impedimento o limitación para contraer las futuras promesas de matrimonio (*furor quin sponsalibus impedimento sit*). Como en el supuesto siguiente pero refiriéndose a los esponsales, igualmente se utiliza el término impedimento (*impedimento*) y se hace una excepción para el caso en el que tal locura sucediera tras haber contraído las futuras promesas (*sed postea interveniens sponsalia non infirmat*), pues en ese supuesto sí serían válidas.

D. 23, 2,16 pr. (Paul. 35 *ad edict.*): *Oratione Divi Marci cavetur, ut, si Senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent; quam et Senatusconsultum secutum est.*

D. 23, 2, 16,1 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nepote uxorem ducente et filius consentire debet, neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.*

D. 23, 2, 16,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit.*

sono i tre requisiti che abbiamo elencato: altrimenti non esiste giuridicamente ed è priva di effetti. L'idea dell'impedimento, cioè di un ostacolo all'applicazione di una generale capacità matrimoniale è ignota ai giuristi classici. Il sostantivo impedimentum e il verbo impediri è da essi usato in tutt'altro significato".

En estos casos, el jurista Paulo examina las consecuencias jurídicas de la persona que, afectada por locura, pretendiese contraer un matrimonio legal en Roma (*si Senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent...Nepote uxorem ducente et filius consentire debet, neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficet*). Para dicho supuesto, se consagraba el principio de la imposibilidad de que el loco (*furor*) se casara dada la ausencia de uno de los elementos esenciales del matrimonio romano, como era, el consentimiento (*consensu*) válidamente prestado de los contrayentes en el momento de contraer la unión conyugal (*Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est*). Sin embargo, haciendo uso de la voz impedimento (*impedit*) Paulo añade la excepción de aquellos matrimonios llevados a cabo antes de que le hubiera sobrevenido tal locura, a los cuales, no les afectaba tal prohibición matrimonial (*sed recte contractum non impedit*).

D. 23, 2,17 pr. (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nuptias, donec manet adoptio; ideoque eam, quam pater meus adoptavit, et emancipavit, potero uxorem ducere, aequae et si me emancipado illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio.*

D. 23, 2, 17,1 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Itaque volenti generum adoptare suadet, ut filiam emancipet; similiter suadet ei, qui nurum velit adoptare, ut emancipet filium.*

D. 23, 2, 17,2 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Amitam quoque et materteram, item magnam quoque amitam et materteram magnam prohibemur uxorem ducere, quamvis magna amita et matertera quarto gradu sint. Utique autem amitam et amitam magnam prohibentur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis coniunctae sint.*

En este ámbito, hemos reproducido otros pasajes que también manejan el término impedimento (*impedit nuptias* o *impeditur*) para referirse a dos instituciones de carácter protector en Roma, como eran, la adopción y la tutela. En concreto, en este primer pasaje de Gayo se niega la posibilidad de constituir un matrimonio legal (*per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nuptias, donec manet adoptio*) dados los lazos de fraternidad que se producían entre el adoptado y sus familiares (*qui nurum velit adoptare...et materteram, item magnam quoque amitam et materteram magnam prohibemur uxorem ducere...et matertera quarto gradu sint. Utique autem amitam et amitam magnam prohibentur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis coniunctae sint*).

D. 23, 2,67 pr. (Tryph. 9 *disputat.*): *Non solum vivo tutore, sed et post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, exititerit ei heres filius, an abstinerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut praeteritus emancipatus; nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat.*

D. 23, 2, 67,1 (Tryph. 9 disputat.): *De uno dubitaris potest, si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipado natae, an nepote ex altero filio eam collocare possit sive emancipado, sive mamenti in potestate, quia par affectionis causa suspicionem fraudes amovet. Sed etsi Senatusconsultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt.*

D. 23,2,67,2 (Tryph. 9 disputat.): *Sed et si filiusfamilias tutor Puellas vel curator fuit, puto, vel magis patri eius non oportere eam nubere; numquid nec patri, qui est in eiusdem potestate?*

D. 23, 2, 67,3 (Tryph. 9 disputat.): *Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaveris, an perimuntur nuptiae, ut in genero adoptato dictum est, an adoptio impeditur? Quod magis dicendum est, et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius Puellas, cuius curator est; nam finita iam tutela, et nupta puella alii verdor, ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire, quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur; quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum Oratio Divi Marci continet.*

Finalmente decir que el jurista Trifonino también recoge la prohibición matrimonial de que los tutores o curadores pudieran casarse válidamente (*sed et si filiusfamilias tutor Puellas vel curator fuit, puto, vel magis patri eius non oportere eam nubere*), dadas las funciones protectores y de guarda que tenían asignadas (*quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum Oratio Divi Marci continet*). Cabe precisar que dicha imposibilidad no sólo se extendía durante el tiempo que durase la tutoría o curatela sino que perduraba incluso cuando ésta finalizase (*non solum vivo tutore*) pues, como dice literalmente el texto, el tutor ejercía como un padre (*cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit*) y ello era así incluso tras el fallecimiento del hijo tutelado (*post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam*).

A modo de cierre y, teniendo siempre presente que las fuentes regulan esta materia de forma fragmentaria haciendo uso de diferentes palabras para aludir a los impedimentos matrimoniales, creemos que el análisis jurídico del contenido de dichos textos nos va a ser de gran utilidad para posteriormente poder ofrecer una clasificación legal que de alguna manera integre de los impedimentos matrimoniales y reúna los elementos constitutivos de esta institución, desde el Derecho Romano clásico hasta el Derecho Canónico y ya por influencia del Cristianismo en el Imperio.

2. Evolución de estas limitaciones conyugales: De las leyes matrimoniales de Augusto a la influencia del Cristianismo con el emperador Constantino

Una vez conocida la delimitación conceptual de los impedimentos al matrimonio desde los textos jurídicos con los que contamos, seguidamente presentamos un estudio en el que se

precisa su evolución durante la existencia del Imperio romano y las reformas introducidas por los emperadores en las distintas etapas históricas de vigencia del Derecho Romano. De este modo, el análisis de la legislación matrimonial va a resultar clave en nuestra investigación debido no sólo a la finalidad que estas normas pretendían sino también gracias a la figura del emperador Augusto quien introdujo numerosas reformas sociales, de entre las que destacamos, la restauración de las tradiciones morales del pueblo romano, la recuperación de los antiguos festivales religiosos y, muy especialmente, la integridad del matrimonio como institución familiar.

En este sentido cabe subrayar, en primer lugar, que la evolución del derecho matrimonial vigente durante la segunda etapa clásica o también conocida como etapa clásica alta o central (del 30 a.C. al 130 d.C.) vino marcada por el tránsito de la forma política Republicana al Principado de Augusto; la situación social, política y económica de este periodo se caracterizó por una serie de circunstancias que rodearon a la fase final de la República y que, siguiendo a GÓMEZ RUIZ¹⁴, exponemos en las siguientes líneas. En primer lugar, la degeneración y tendencia al desorden pues como la misma autora advierte, la gran acumulación de riquezas, la ociosidad de la paz tras largas luchas sociales y civiles, así como las conmociones propias de una época de grandes conquistas habían destruido final y definitivamente los viejos principios de ética y moral que en gran medida soportaban, de una u otra manera, las bases de la familia romana.

En segundo término, se destaca la depauperación de las familias pertenecientes a las clases más elevadas por lo que, como consecuencia de este empobrecimiento, la institución familiar que había sido un núcleo indisoluble pasó a un segundo plano para hacer surgir nuevos estratos sociales centrados más en la riqueza que en su ascendencia familiar. A lo anterior se añade el hecho de que muchos libertos, con la intención de salir de su clase social y de dar riqueza al Estado con su actividad, pasaron a formar parte de la burguesía y del funcionariado imperial; así, los caballeros se habían enriquecido y quisieron ennoblecer su estirpe dedicándose a profesiones tradicionalmente aristócratas, como la de políticos o terratenientes mientras que, por su parte, la clase patricia había aumentado considerablemente su número.

En el aspecto social y económico, observamos que durante el siglo II a.C. a la destrucción de las familias de las clases más elevadas se unen hechos tan determinantes como, por ejemplo, el elevado número de guerras, el otorgamiento de la libertad a muchos esclavos (quienes normalmente se convertían en ciudadanos romanos, aunque no respondían a los mismos esquemas morales ni valores éticos que investían a un ciudadano propiamente dicho), el caos económico derivado de las luchas y la grave decadencia de las costumbres. Produciéndose, por ende, un desuso tanto de los *mores maiorum* como de los ideales o virtudes tradicionales del pueblo romano.

¹⁴ GÓMEZ RUIZ, C., “El divorcio y las Leyes augusteas”, Sevilla, 1987, pp. 12 ss.

En este punto, la tarea del emperador Augusto consistió en dictar normas unilaterales sin intervención del pueblo romano para recuperar el orden moral perdido. La reforma no se basaba en un ideal de perfección ética, como sí sucederá posteriormente con la llegada del Cristianismo, sino más bien en la restauración de las costumbres que habían caracterizado al pueblo de Roma, a través de nuevas leyes demográficas y matrimoniales, las cuales, favorecieron la recuperación del orden moral y social perdido aunque fueron gravemente restrictivas de la libertad y derechos de los *cives*. Por lo que Augusto, considerado como un defensor de la estructura familiar, pretendía no sólo aumentar el número de nacimientos sino que, de forma paralela, quería que los nacidos fuesen ciudadanos genuinamente romanos.

De ahí que se admita la idea de “*romanidad*”, para hacer como una especie de raza pura de los ciudadanos que efectivamente cumpliera con las condiciones establecidas para ser *cives* y, como mantiene textualmente GÓMEZ RUIZ¹⁵, con todas las “virtudes propias de aquellos ciudadanos de Roma que hicieron posible la grandeza, expansión y hegemonía universal de otros tiempos”. A lo anterior, añade el intento de restaurar la familia romana sobre la base de las tradiciones y de los *mores maiorum* para desarrollar una política legislativa que favoreciera las uniones matrimoniales lícitas, ya que durante este periodo histórico el Derecho de Familia adquirió un carácter humano alejándose de las etapas anteriores y configurando al matrimonio como una unión libre y disoluble en la que vivían ambos cónyuges en un plano de igualdad.

Por tanto, podemos decir que las leyes matrimoniales promulgadas durante el Principado favorecieron los matrimonios ampliando el círculo de personas que entre ellas tenían *conubium*, aunque se distinguiesen claramente las clases sociales y su regulación jurídica. La finalidad principal de estas normas fue el evitar el matrimonio entre personas desiguales y, a su vez, preservar el rango senatorial; además, las leyes augusteas impusieron determinadas limitaciones al divorcio, como la prohibición de que la liberta se divorciase unilateralmente contra la voluntad de su patrono-marido o el establecimiento de una determinada forma para realizar el *repudium*.

En cuanto a la evolución posterior, cabe citar que si bien la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea* habían introducido interesantes innovaciones para el Derecho clásico y se configuraron como un imperativo matrimonial, a partir del siglo IV d.C. empezaron a caer en desuso debido al desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia Oriente y la oposición del Cristianismo con sus ideas nuevas acerca del matrimonio, quedando en el Derecho justiniano algunos restos insignificantes de ellas. De este modo se acepta¹⁶ que, a pesar de que fue el emperador Justiniano quien derogó expresamente la legislación matrimonial de Augusto, ya el 31 de enero del año 320 d.C. el emperador

¹⁵ GÓMEZ RUIZ, C., “*El divorcio...*”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶ BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano...*, *op. cit.*, p. 257. Nos parecen muy ilustrativas las palabras del profesor BONFANTE quien inicia sus estudios sobre la legislación de Constantino empleando adjetivos calificativos, como legislación “enérgica” y “violenta” al decir que fue: “*Energica, anzi violenta ad eccessiva, come tutta la sua legislazione fu la prima reazione al divorzio di Constantino*”.

Constantino I había suprimido parcialmente el contenido de estas leyes a través de una Constitución dirigida *ad populum*. Reproduzcamos, pues, el texto de la Constitución a la que nos referimos:

CTh. 8,16,1: *Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulciantur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbis habeatur: proposita huic nomini damna orbis habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus inposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas.*

A través del texto de esta Constitución, el emperador Constantino suprimió parcialmente el contenido de estas leyes matrimoniales. No obstante, la contribución esencial de esta Constitución es que con ella se derogaron las limitaciones hereditarias de herederos ajenos, se promovió el principio de libertad de la mujer tanto para no contraer matrimonio contra su voluntad, como para permanecer viuda.

CTh. 8, 17,2: *Impp. honorius et theodosius aa. isidoro praefecto urbi. in perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte Lex alia minuerit derelicta. tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit.*

Del presente texto, podemos concluir afirmando que si bien es cierto que en la Constitución anterior del año 320 d.C. se había venido manteniendo la incapacidad de recibir *inter virum et uxorem*, ésta no quedó definitivamente suprimida hasta la promulgación de la presente Constitución del emperador cristiano Teodosio II en el año 410 d.C. (*Impp. honorius et theodosius aa. isidoro praefecto urbi. in perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi*).

En consecuencia, lo cierto es que no fue hasta el emperador Justiniano cuando se derogó de forma expresa y completa la legislación sobre el matrimonio de Augusto mediante la siguiente Constitución del año 534 d.C., la cual, transcribimos a modo de cierre:

CJ. 6, 51,1 pr.: *Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret.*

3. Especial referencia a los impedimentos para los esponsales

Entendemos que un análisis de los impedimentos matrimoniales debe ir acompañado del estudio de la fase previa que se daba en el Derecho Romano arcaico, esto es, las promesas verbales de futuro matrimonio o lo que las fuentes¹⁷ denominan como *sponsio* o *sponsalia*, concluidas estas promesas incluso varios años antes del casamiento. En cuanto al origen etimológico de los esponsales, decir que si bien el verbo latino *spondere* significa prometer podemos definir jurídicamente a los esponsales romanos como aquellas promesas de matrimonio realizadas entre los futuros esposos, es decir, entre el novio (*sponsus*, el que promete) y la novia (*sponsa*, la que promete), a través de estipulaciones mutuas denominadas *sponsiones*. Esta institución perduró a lo largo de la Historia aunque con distintos efectos jurídicos, llegando incluso a ser regulada en nuestros días.

En este contexto, hemos estimado conveniente dedicar un mención especial de nuestra investigación a los denominados, desde el Derecho Romano postclásico y por la influencia progresiva de las ideas cristianas en el Imperio, como impedimentos para los esponsales o limitaciones para realizar las promesas de futuro matrimonio. De hecho, el Cristianismo comenzó a considerar estas promesas como una fase previa al matrimonio a la que se le debía aplicar muchas de las reglas jurídicas relativas a la propia unión marital legalmente constituida, y de la que se derivaban importantes consecuencias legales, como por ejemplo, el nacimiento de un vínculo obligatorio entre los esposos y la relación personal entre ellos.

Es en este ámbito en el que podemos afirmar que, desde la Roma postclásica, comenzaron a surgir ciertos impedimentos para los esponsales que conllevaban por existir una *iustae causae*, o bien la prohibición de realizar la promesa o bien la ruptura del compromiso y devolución de las arras sponsalicias; lo que conllevaría la no constitución de la misma o la anulación no culpable de la promesa con la consiguiente restitución de las arras (*arrhae*) por parte de la prometida¹⁸. Siendo esos casos, los que citamos a continuación: la ausencia del consentimiento del hijo de familia, la falta de anuencia entre personas ausentes, la inexistencia de ese consentimiento prestado por la doncella, el impedimento para los esponsales de aquellos futuros esposos menores de siete años, la locura antes de contraer las promesas de futuro matrimonio, el adulterio como prohibición para los esponsales, el parricidio, la vida monástica y, finalmente, otras limitaciones matrimoniales que se extendieron a los esponsales, como por ejemplo, la prohibición para el hijo del tutor de prometerse con la pupila del padre¹⁹ o la limitación de esponsales entre senadores, hijas de libertos y mujeres de teatro²⁰.

¹⁷ Cfr. D. 23, 1, 1-18.

¹⁸ Para la devolución de las arras, Cfr. D. 23, 2, 38 pr. (Paul. 2 *sentent.*).

¹⁹ D. 23, 1, 15 (Mod. lib. sing. *de enucleatis casibus*): *Tutor factam pupillam suma nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest; scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere*; D. 23, 2, 60, 5 (Paul. libr. sing. *ad orat. divi Antonini et Commodi*): *Quamvis verbis orationis cautum sit, ne uxorem tutor pupillam suam ducat, tamen intelligendum est, ne desponderi quidem posse; nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest, nam quae duci potest, iure despondetur.*

²⁰ D. 23, 1, 16 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Oratio imperatorum Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inhiuit, de sponsalibus nihil locuta est. Recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest.*

En cualquiera de los supuestos citados previamente, se observa que desde la etapa postclásica el Derecho Romano comenzó a equiparar matrimonio con los esponsales hasta tal punto de entender como impedimento algunos supuestos controvertidos de *iustae causae* que se podían dar en las promesas de futuro matrimonio, tales como el adulterio o el parricidio. De manera que, cuando existía una causa justa, se podía romper el compromiso esponsalicio al igual que ocurría con el matrimonio romano.

III. HACIA UNA CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DE LAS RESTRICCIONES AL MATRIMONIO ROMANO LEGÍTIMO

Frente a la exhaustiva clasificación que, a nuestro parecer, el Código de Derecho Canónico ofrece sobre los impedimentos matrimoniales en los Capítulos II y III del Título VII rubricados, respectivamente, “De los impedimentos dirimentes en general” y “De los impedimentos dirimentes en particular” (c. 1073-1094), en los que se distingue entre impedimentos que nacen de circunstancias personales de aquellos otros que surgen por causas jurídicas, delitos o por parentesco, la inexistencia de fuentes romanas que formalmente regulen los impedimentos matrimoniales desde Roma y el gran número de discusiones doctrinales o discrepancias acerca de una sistematización coherente que ayude a clasificar los distintos tipos de impedimentos al matrimonio nos ha llevado a, en las siguientes líneas, analizar algunas de las opiniones mayoritarias en este ámbito y poder así comprender qué tipos de impedimentos existieron realmente.

Teniendo presente, en todo caso, que en lo que sí existe unanimidad doctrinal es en el origen canónico del vocablo *impedimentum* pues muestra de esta conformidad y acuerdo entre la *Communis opinio* son las siguientes definiciones que confirman que esta palabra es extraña o directamente ajena al Derecho Romano. Primeramente, resultan muy ilustrativas las afirmaciones de D’ORS²¹ quien sostiene que a pesar de que las fuentes hablan a veces de *impedimentum*, se trata de alguna prohibición legal de la convivencia matrimonial en un sentido distinto de los impedimentos del Derecho Canónico, el cual, presupone la capacidad general de contraer matrimonio; señalando que hay autores que defienden una clasificación clásica de los impedimentos matrimoniales, esto es, aquella que distingue entre impedimentos “absolutos” y “relativos”, debiéndose añadir a dicha agrupación otros impedimentos complementarios obedientes a “motivos sociales, éticos o religiosos”.

En este sentido, recordemos que el profesor BONFANTE²² al referirse a los obstáculos a contraer un matrimonio lícito, los había identificado como otros requisitos determinados de un modo negativo por la ausencia de ciertas condiciones. Asimismo, el autor entiende que su origen se encuentra en motivos éticos, sociales, políticos, etc. y se distinguen entre “absolutos” y “relativos”, según que produzcan incapacidad absoluta para el matrimonio

²¹ D’ORS, A., “Derecho Privado...”, *op. cit.*, p. 282.

²² BONFANTE, P., “Instituciones de Derecho Romano...”, *op. cit.*, pp. 185 ss.

con cualquier persona, o solamente una incapacidad relativa para la celebración del matrimonio entre determinadas personas. Dentro del grupo de los absolutos, engloba a los supuestos de matrimonio ya existente (en virtud del principio monogámico que rige para el matrimonio clásico), la esclavitud de uno de los cónyuges, el impedimento a causa del luto pues en este caso la viuda incurre en infamia, el voto de castidad y las órdenes mayores (estos dos últimos, posteriormente). Y considera que son solamente impedimentos relativos, el parentesco de sangre o cognación dentro de ciertos grados, la afinidad, el adulterio y el raptó, y razones de tutela o de cargo público.

De otro lado, otros autores se posicionan a favor de la existencia de impedimentos de carácter “social-político” y otros de carácter “religioso” (*ius divinum*). A esta clasificación pertenece el profesor BETANCOURT²³ quien sostiene específicamente que, como situación social de hecho que era el matrimonio romano, sólo se contemplaba un sistema de prohibiciones de *ius divini* y de tipo social, pero no como lo hará el muy posterior *Ius Canonicum*, un sistema de impedimentos. A continuación, el autor engloba dentro de las prohibiciones de *ius divinum* a la prohibición de incesto y a la *ad finitas* de línea recta, así como enumera cuáles son las de tipo social destacando el contubernio (como unión estable entre esclavo y esclava, o entre *cives* y esclava), el matrimonio con ciudadanas romanas de malas costumbres o condenadas en causa criminal y el concubinato (esto es, la convivencia entre miembros de la clase senatorial y libertos, o la unión estable o convivencia entre *cives* y latina o peregrina), aunque podía convertirse en matrimonio justo si desaparecía la prohibición social y aparecía el *honor maritalis*. Como adelantábamos previamente, D’ORS²⁴ igualmente asegura que un sistema de impedimentos no existió propiamente en Derecho Romano pero sí de prohibiciones que provenían: unas, de la doctrina del *fas*, como la del incesto que alcanza hasta una ilicitud de las nupcias entre cognados de tercer grado, a la que se agrega la de la unión con los afines de línea recta; y otras, de miramientos sociales como la discriminación del contubernio con esclavos, la prohibición del matrimonio entre la clase senatorial y la libertina o con militares en servicio activo y el contubernio.

Asimismo, la tercera línea de autores clasifica los impedimentos en función del carácter “monogámico” o “exogámico” del matrimonio romano en sus distintos períodos históricos, ya que la mayoría aglutina los impedimentos de un modo genérico sin recabar en si tenía un carácter absoluto o relativo, social o de derecho divino. En concreto, ellos toman como punto de referencia tanto el principio monogámico del matrimonio romano clásico, esto es, las personas que se unían en matrimonio no podían estar vinculadas a una relación conyugal anterior (impedimento de ligamen) y la exogamia, configurada esta última como la inexistencia de determinadas relaciones de parentela o afinidad entre los cónyuges (impedimento de parentesco).

²³ BETANCOURT SERNA, F., “*Derecho Romano...*”, *op. cit.*, pp. 406 ss.

²⁴ D’ORS, A., “*Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*”, Salamanca, 1943, pp. 282-283.

Pertenece a esta clasificación, el profesor MIQUEL²⁵ quien se refiere al ligamen, al parentesco, al matrimonio de la adúltera con su cómplice, al respeto del tiempo del luto y, en términos generales, a todas aquellas prohibiciones introducidas por las leyes matrimoniales de Augusto. Sobre esta última cuestión, GARRIDO²⁶ aclara textualmente que la legislación matrimonial de Augusto establece otras prohibiciones de carácter social, para evitar el matrimonio entre personas desiguales y preservar el rango senatorial y, por ello, los emperadores que le suceden añaden nuevas limitaciones aunque concediendo con generosidad el *conubium*.

El propio ROBLEDA²⁷ explica cada uno de los impedimentos matrimoniales aclarando, en primer lugar, que no se detiene sólo en la época postclásica puesto que las circunstancias que constituyen los impedimentos en su mayor parte no fueron de origen precisamente postclásico en el sentido de hacer inválido el matrimonio, sino que fueron consideradas ya tales en el tiempo anterior, clásico y aun preclásico. A tenor de lo expuesto, el autor comienza su exposición con el impedimento de ligamen, consanguinidad, cognación legal, afinidad, adulterio, para seguir hablando del impedimento por razón de la tutela, luto, raptó; acabando con el de colonato, impedimento de disparidad de religión entre judíos y cristianos, de cognación espiritual y el de orden sagrado y voto de castidad.

Para ultimar este apartado destacamos, en última instancia, al profesor SCHULZ²⁸ cuando alude al principio exogámico al tratar las reglas de la consanguinidad y afinidad en el matrimonio romano lícitamente contraído; defendiendo que éstas fueron susceptibles de variación, por lo que el Derecho Romano de forma semejante a otros Sistemas jurídicos, cambió frecuentemente sus normas relativas a estas formas parentales y calificó específicamente al Derecho clásico como aquel Derecho que, en su conjunto, tuvo una orientación “sana” si se compara con las normas del Derecho Canónico.

IV. UNIONES EXTRAMATRIMONIALES *SINE CONUBIO*: CONTROVERSIAS EN TORNO A LA INTERSEXUALIDAD

Si bien el término extramatrimonial no aparece como tal en los textos jurídicos con los que contamos por tratarse de un concepto moderno que, a diferencia de la voz *impedimentum* no tiene origen latino, en general esta expresión alude a la existencia de relaciones

²⁵ MIQUEL, J., “*Derecho Privado Romano*”, Madrid, 1992, p. 356; MIQUEL, J., “*Consortium omnis vitae*”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, XX, 2003, pp. 1-15.

²⁶ GARCÍA GARRIDO, M.J., “*Derecho Privado Romano*”. *Casos. Acciones. Instituciones*, Madrid, 2008, pp. 463-464.

²⁷ ROBLEDA, O., “*El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*”, Roma, 1970, p. 180.

²⁸ SCHULZ, F., “*Derecho Romano clásico*”, 1960, p. 108.

extra-conyugales o extraordinarias en el sentido de irregulares, esporádicas, meramente sexuales o surgidas en Roma fuera del vínculo matrimonial y familiar²⁹.

En este punto debemos tener presente que el concepto que hoy tenemos de relación “extra-conyugal”, evolucionó en dos sentidos tal y como señala FERNÁNDEZ BAQUERO³⁰ al partir de la etapa arcaica hasta llegar a principios de la etapa republicana: por una parte, extra-familiar se considerarían aquellos supuestos en los cuales existían individuos libres para contraer un *matrimonium iustum* pero no poseían el *conubium* o capacidad jurídica requerida; de otro lado, en esta expresión también se podrían englobar a aquellas uniones extramaritales contraídas por voluntad del hombre, normalmente el *pater*, que la moral y las costumbres romanas reconocían como tal. El *ius conubii*, en las primeras etapas del Imperio, estaba directamente relacionado con la ausencia de igualdad jurídica entre hombre o mujer, y ello se manifestaba directamente en el matrimonio y en las diversas relaciones que surgían de forma paralela al mismo.

En este ámbito al hablar de uniones extramatrimoniales *sine conubio* nos referimos, en todo caso, a aquellos vínculos contraídos entre quienes no cumplían todos los presupuestos como para unirse conyugalmente en un *iustum matrimonium*, y se conformaban como otro tipo de supuestos, más o menos admitidos por la moral o reconocidos por las fuentes jurídicas o literarias, que efectivamente existieron con cierta frecuencia en el Imperio romano. Siendo uno de los supuestos más controvertidos las relaciones intersexuales de carácter esporádico e ilícito, pues fueron muy frecuentes en Roma y, actualmente, siguen existiendo bajo locuciones genéricas más propias del ámbito de la salud que engloban cualquier enfermedad intersexual conocida que acredite un tercer sexo, esto es, expresiones como “trastorno del desarrollo sexual³¹”, “ambigüedad genital o genitales ambiguos³²” y también algunos autores hablan de “cuerpos sexuados³³”; la razón de dichos enfrentamientos, no es

²⁹ MONTERO CARTELLE, E., “*El latín erótico. Aspectos léxicos y literarios (hasta el s. I d.C.)*”, Sevilla, 1991, pp. 222-224. Por lo que respecta a esas relaciones sexuales esporádicas o inestables, E. Montero recoge en su obra una serie de términos vocablos extraídos de las fuentes que se refieren sólo al acto sexual, como son: *abuti, coire, coitus, concubitus, futuere, luctari, ludere, penetrare, stuprare, violare, o voluptas*.

³⁰ Sobre el origen y evolución del matrimonio romano en relación con otro tipo de uniones, vid. por todos, FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., “*Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico*”, LÓPEZ-ROSA, R. Y DEL PINO-TOSCANO, F. (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Huelva, 2004, pp. 193-208.

³¹ ALLEN, L., “*Disorders of sexual development*”, *Obstet Gynecol Clin North Am.*, 36 (1), 2009, pp. 25-45 [En línea]: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19344846>

³² AGRAMONTE MACHADO, A., “*Tratamiento quirúrgico de los genitales ambiguos: fundamentos e implicaciones psicológicas y sexuales*”, *Revista Cubana de Endocrinología*, v. 17, 3, 2006 [En línea]: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532006000300004; UGARTE, F. y SEPÚLVEDA, C., “*Estudio del recién nacido con ambigüedad genital y gónadas palpables*”, *Revista Chilena de pediatría*, v. 78, 6, 2007, pp. 578-583 [En línea]: <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v78n6/art02.pdf>

³³ FAUSTO STERLING, A., “*Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*”, Editorial Melusina, Barcelona, 2006 [En línea]: <http://es.scribd.com/doc/104549167/Anne-Fausto-Sterling-Cuerpos-sexuados-La-politica-de-genero-y-la-construccion-de-la-sexualidad>

otra, que el rechazo y marginación social que los sujetos con dicha deformidad han sufrido a lo largo de la Historia.

En efecto, al no existir una definición legal comúnmente admitida sobre dicha ambigüedad en los genitales al aludir a la intersexualidad, desde un punto de vista jurídico, debemos remitirnos en primer lugar a su etimología para tratar de esclarecer aquellos supuestos que realmente se dieron durante la existencia del Imperio romano y que podemos encuadrar dentro del mismo. La llamada intersexualidad es una palabra compuesta por el prefijo “inter” (del lat. *inter*) que significa entre varios y el término “sexualidad” que, a su vez, deriva del adjetivo “sexual” (del lat. *sexuālis*) apuntando a aquello es perteneciente o relativo al sexo. Por lo que si bien la intersexualidad como tal no proviene del latín lo cierto es que al ser el resultado de dos términos complementarios, en sentido amplio, su unión quiere significar aquella cualidad por la que el individuo posee un sexo indiferente o, lo que es lo mismo, muestra caracteres propios tanto del sexo femenino como del masculino; alejándonos, de este modo, del sentido discriminatorio, peyorativo y de rechazo social que llamar enfermedad sexual a estos casos le puede suponer a la persona que presenta discrepancias entre su genitales, su sexo cromosómico o sus gónadas.

Cabe matizar, igualmente, que en la antigüedad fue más usual emplear en los textos la palabra hermafrodita como término sinónimo a intersexual o sujeto de sexo indefinido (por aludir a la unión de Hermes y Afrodita, dioses griegos representativos de lo masculino y lo femenino) para tratar de identificar a estos sujetos intersexuales. Sin embargo, dicho paralelismo plantea en nuestros días dos problemas principales pues el mismo no tiene una raíz latina como tal e indirectamente nos remite a una característica más propia de animales o plantas que del ser humano, pudiendo conllevar a confusiones sobre la verdadera esencia de la institución de la intersexualidad; de hecho, hermafrodita proviene a su vez de la voz griega afrodita (del gr. *Ἀφροδίτη*, *Venus*) refiriéndose a aquella planta o vegetal que se reproduce asexualmente.

Sea cual fuere la identidad sexual de la persona, esto es, hombre-mujer, varón-hembra, masculino-femenino o neutro, estos supuestos de ambigüedad incluso desde la vigencia del Imperio romano, se han caracterizado todos ellos por una clara marginación social o rechazo respecto al resto de seres humanos. Concretamente, desde un punto de vista médico, biológico o físico, hoy podemos encuadrar dentro de esta especie de tercera categoría o tercer sexo, los siguientes casos: a) en primer término, los supuestos en los que los sujetos presentan genitales ambiguos o con una apariencia inusual al nacer, nos estamos refiriendo a aquellos niños o niñas “aparentes” en el sentido de que su miembro en términos generales es confuso; b) en segundo lugar, se incluyen aquellos otros que tienen una fusión parcial de los labios genitales o en los casos de abertura vaginal; c) también se da la intersexualidad ante la hipospadias, refiriéndonos a aquella anomalía congénita, mediante la cual, el miembro viril no tiene un correcto desarrollo; d) finalmente, hablamos de un posible tercer sexo o género entre aquellas personas que presentan una ausencia o un retraso de la pubertad, e igualmente cuando suceden cambios físicos inesperados en la misma. Diferenciándose, en

todo caso, de las personas transexuales quienes poseen características físicas de un sexo pero se sienten del opuesto.

Pues bien, ante esto, podemos confirmar que la intersexualidad culturalmente ha sido reconocida incluso desde el propio Derecho Romano y, la misma, se ha venido configurado como un supuesto excepcional por el que el sujeto poseía caracteres genéticos tanto masculinos como femeninos, lo que en ningún caso permitía conformar un matrimonio romano legítimo en los términos que hemos venido delimitando respecto al *iustum matrimonium*; por ende, lo que sí se daba era una relación intersexual de carácter extramatrimonial y *sine conubium* que no producía plenos efectos en el Ordenamiento jurídico romano, por no cumplirse con el requisito de la capacidad jurídica ni que dicha unión se diese entre hombre y mujer en aras a la procreación, tal y como las fuentes establecen³⁴.

Lo que difiere con nuestra regulación actual, donde tanto el Código Civil como la Constitución española o ciertas leyes antidiscriminatorias (como puede ser, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aprobada ahora hace siete años y que pierde vigencia en unos meses), no sólo reconocen el derecho a que dos personas independientemente de su sexo se unan conyugalmente, sino que a la vez favorecen un marco legislativo en el que no quepa discriminación alguna por razón de género en ningún ámbito o esfera de la sociedad, dando cumplimiento de este modo a los valores que sustentan el Estado Democrático y de Derecho en el que vivimos. Siendo Alemania, como avanzábamos al inicio de nuestra exposición, el primer país de Europa que desde el 1 de noviembre de 2013 ha reconocido abiertamente la existencia de un tercer género en aquellos seres humanos que no entran en las categorías legales tradicionales de hombre o mujer; debiéndose adoptar, en los próximos meses, una serie de medidas tendentes a garantizar que ningún menor de edad sea víctima de discriminación, por las novedades que esta legislación incorpora.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión final, consideramos que centrar nuestro trabajo en el origen romano del matrimonio y sus elementos esenciales supone profundizar en una de las instituciones jurídico-sociales cuyo objeto de estudio puede hoy resultar más que nunca interesante, debido a las transformaciones constantes que no sólo el matrimonio sino la familia, en general, están experimentando en los últimos años. Por tal razón, bajo el título: “Controversias jurídicas en torno a los impedimentos romanos y la intersexualidad”, hemos analizado aquellos supuestos en los que desde la antigua Roma surgieron ciertos impedimentos al matrimonio los cuales, de alguna manera, limitaron o restringieron la válida celebración de una unión conyugal legítima, precisamente por no cumplirse con los presupuestos legalmente exigidos por el Derecho Romano clásico.

³⁴ Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*); Cfr. IJ. 1,9,1.

En este sentido, podemos afirmar que la aproximación a la sistematización de los mencionados impedimentos al matrimonio romano y a las uniones extramatrimoniales *sine conubio* han dado la razón de ser a nuestro trabajo de investigación pues, como advertíamos desde el inicio, a nuestro parecer el estudio de los efectos jurídico-sociales que se pueden derivar de esas otras relaciones extra-familiares nos puede ayudar a comprender muchos de los problemas nacidos en torno al matrimonio actual. Especialmente, nos referimos a aquellos derivados tras la reforma introducida hace ahora casi diez años por el Código Civil español, cuando el legislador permitió que personas del mismo sexo pudieran unirse legítimamente en un matrimonio produciendo los mismos derechos y obligaciones; extendiéndose, desde entonces, una nueva terminología en nuestro Ordenamiento legal que incluye otras relaciones frecuentes surgidas de forma paralela al matrimonio, tales como³⁵: las parejas de hecho, las uniones libres, la convivencia *more uxorio*, o las hoy conocidas como parejas intersexuales en los términos que hemos venido definiendo, las cuales, desde finales de 2013 en Europa ya están siendo formalmente reguladas y cuentan con una normativa propia.

Particularmente, aludimos a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la cual, comenzaba su exposición afirmando específicamente que la relación y convivencia de pareja basada en el afecto es una expresión genuina de la naturaleza humana y contribuye al desarrollo de la personalidad, por lo que la garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que: “el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución”. Indicándose, en un último inciso, que en general es la ley la encargada de desarrollar ese derecho teniendo presente cada momento histórico, determinando la capacidad exigida para contraer matrimonio, su contenido y el régimen jurídico aplicable.

En consecuencia y, a diferencia de la completa clasificación que existe de los impedimentos canónicos, uno de los problemas más importantes que nos encontramos en materia de impedimentos matrimoniales romanos es la inexistencia de una categorización doctrinal originaria completa que, a nuestro juicio, clasifique ordenadamente y bajo criterios integra-dores las diversas limitaciones al matrimonio que tuvieron lugar a lo largo de la Historia de Roma así como la dificultad de interpretar las escasas fuentes con las que contamos pues, en ocasiones, éstas parecen contradecirse entre sí o incluso surgen interpolaciones entre los propios textos.

Por tal razón, nos ha servido de ejemplo la doble clasificación de los impedimentos al matrimonio defendida por BONFANTE³⁶ quien distinguía entre impedimentos “absolutos” (matrimonio ya existente, la esclavitud, el luto, el voto de castidad y las órdenes mayores) y “relativos” (el parentesco de sangre o cognación dentro de ciertos grados, la afinidad, el

³⁵ P. PANERO ORIA, “*El concubinatio romano...*”, *op. cit.*, pp. 92-96.

³⁶ BONFANTE, P., “*Instituciones de Derecho Romano...*”, *op. cit.*, pp. 185 ss.

adulterio, el rapto y razones de tutela o de cargo público), según que produjeran incapacidad absoluta con cualquier persona o una incapacidad relativa entre determinadas personas.

A esa tipificación de los impedimentos hemos añadido, finalmente, una más que consideramos que completaría el listado anterior y que nos sirve de cierre a nuestro trabajo, pues ya desde época postclásica comenzaron a surgir ciertos impedimentos para los esponsales que conllevaron, o bien la prohibición de realizar la promesa de futuro matrimonio entre los esposos o la ruptura del compromiso con la consiguiente devolución de las arras esponsalicias; todo ello motivado por ciertos hechos, como que los futuros esposos fueran menores de siete años, por locura de al menos uno de ellos, por parricidio, a causa del adulterio, porque faltara el consentimiento del hijo de familia o que dicha promesa se había realizado entre ausentes. Lo que contrasta, en todo caso, con la realidad que presenta nuestro Sistema jurídico vigente donde no existe una categorización de los impedimentos a los esponsales como tal, pues únicamente nos encontramos con lo previsto por el artículo 42 del Código Civil español, precepto que textualmente matiza que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración, no admitiéndose a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Bibliografía

- BETANCOURT SERNA, F., *“Derecho Romano clásico”*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.
- BONFANTE, P., *“Instituciones de Derecho Romano”*, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- CANTARELLA, E., “Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: Una storia romana di amore coniugale”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y tradición romanística*, XIII, 2001, pp. 21-35.
- D’ORS, A., *“Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano”*, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Salamanca, 1943.
- D’ORS, A., *“Derecho Privado Romano”*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- FALÇAO, M., *“Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano”*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 1973.

- FALÇAO, M., “O «ius conubii» romano e o Direito ao matrimónio”, *Revista española de Derecho Canónico*, LXIII, 2006, pp. 255-276.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., “La familia en Roma: Entre los mores maiorum y la norma escrita”, LÓPEZ-ROSA, R. Y DEL PINO-TOSCANO, F. (EDS.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2001, pp. 103-123.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., “Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico”, LÓPEZ-ROSA, R. Y DEL PINO-TOSCANO, F. (EDS.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pp. 193-208.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., “*Derecho Privado Romano*”. *Casos. Acciones. Instituciones*, Ediciones Académicas, Ediciones Académicas, Madrid, 2008.
- GÓMEZ RUIZ, C., “*El divorcio y las Leyes augusteas*”, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987.
- GÓMEZ RUIZ, C., “*Matrimonio. Efectos del matrimonio*”, IUSTEL: Portal Derecho, Base de Conocimiento Jurídico, Madrid, 2002.
- IGLESIAS, J., “*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*”, Editorial Ariel, Barcelona, 1972.
- MIQUEL, J., “*Derecho Privado Romano*”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.
- MIQUEL, J., “*Consortium omnis vitae*”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, XX, 2003, pp. 1-15.
- MONTERO CARTELLE, E., “*El latín erótico. Aspectos léxicos y literarios (hasta el s. I d.C.)*”, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1991.
- ROBLEDA, O., “*El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*”, Librería Editrice Università Gregoriana, Roma, 1970.
- ROBLEDA, O., “*La definizione del matrimonio nel Diritto Romano*”, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Pontificia Università Lateranense, Pontificium Institutum Utriusque iuris, Roma, 1980.
- ROBLES VELASCO, L.M., “*Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad*”, *RI-DROM*, VII, 2011, pp. 281-318.
- SCHULZ, F., “*Derecho Romano clásico*”, Bosch, Barcelona, 1960.

VOLTERRA, E., “Iniustum matrimonium”, GROSSO, G. (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo*, II, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1972, pp. 441-470.

2. Fuentes electrónicas [Recuperado: Enero 2014]

AGRAMONTE MACHADO, A., “Tratamiento quirúrgico de los genitales ambiguos: fundamentos e implicaciones psicológicas y sexuales”, *Revista Cubana de Endocrinología*, v. 17, 3, 2006 [En línea]: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532006000300004

ALLEN, L., “Disorders of sexual development”, *Obstet Gynecol Clin North Am.*, 36 (1), 2009, pp. 25-45 [En línea]: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19344846>

FAUSTO STERLING, A., *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*, Editorial Melusina, Barcelona, 2006 [En línea]: <http://es.scribd.com/doc/104549167/Anne-Fausto-Sterling-Cuerpos-sexuados-La-politica-de-genero-y-la-construccion-de-la-sexualidad>

MUÑOZ CATALÁN, E., “Consentimiento viciado o error en los matrimonios de conveniencia celebrados desde la antigua Roma”, *RJUAM: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 27, 2013 [En línea]: http://www.uam.es/otros/rjuam/numeros_publicados.html

MUÑOZ CATALÁN, E., *Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: Fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica*,

ARIAS MONTANO, *Repositorio institucional de la Universidad de Huelva*. Colección de Tesis Doctorales, 2013, pp. 339 ss. http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6457/Las_union_extramatrimoniales.pdf?sequence=2.

UGARTE, F. y SEPÚLVEDA, C., “Estudio del recién nacido con ambigüedad genital y gónadas palpables”, *Revista Chilena de pediatría*, v. 78, 6, 2007, pp. 578-583 [En línea]: <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v78n6/art02.pdf>.

Código Civil español (Edición vigente hasta el 22 de Julio de 2014) [En línea]: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html.

Constitución española de 1978 [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Vigente hasta el 01 de Enero de 2015). [En línea]: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo3-2007.html.

Textos jurídicos de Derecho Romano [En línea]: <http://bib.us.es/derecho/recursos/pixelegis/areas/derechoRomano-ides-idweb.html>