

CONSENTIMIENTO VICIADO O ERROR EN LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA CELEBRADOS DESDE LA ANTIGUA ROMA *

ELISA MUÑOZ CATALÁN^{**}

Resumen: Con la realización del presente trabajo pretendemos investigar sobre el alcance jurídico de los matrimonios celebrados en Roma ante la falta de determinados requisitos esenciales, lo que impedía considerarlos como un *matrimonium iustum*, es decir, un matrimonio legítimo con plenos efectos para el Ordenamiento romano clásico; reparando, muy especialmente, en los casos de inexistencia de un consentimiento matrimonial verdadero o en aquellos supuestos en los que no se daba la *affectio maritalis*, entendida como el elemento subjetivo e intencional generador de la unión marital. Lo anterior nos llevará a, en última instancia, sistematizar las relaciones estables existentes en el Imperio, teniendo presente el criterio de si mediaba o no el *consensus* de los cónyuges; en este sentido, diferenciaremos entre matrimonios simulados, de conveniencia o a cambio de un precio, uniones celebradas con violencia o miedo, relaciones por error o dolo, o incluso matrimonios contraídos sin formalidad, solemnidad ni rito nupcial.

Palabras clave: matrimonio, consentimiento, engaño, miedo, error.

Abstract: With the accomplishment of the writing that follow we pretend to investigate the legal scope of the marriages celebrated in Rome at the lack of certain essential requirements, this prevented consider them as a *matrimonium iustum*, namely, a legal marriage with full effects to the classical roman System. Repairing, especially, in cases of absence of a true marital consent or those in which there was no *affectio maritalis*, understood as subjective and intentional element that generated the marital union. The above will lead us to, ultimately, systematize stable relationships existing in the Empire, taking account the criterion of whether mediated or not the *consensus* of the spouses; in this sense, we will differentiate between sham marriages, for complacency or for a price, marital unions celebrated with violence or fear, relationships by mistake or fraud, or even marriages without formality, solemnity or wedding ritual.

Keywords: marriage, consent, sham, fear, mistake.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA DESDE ROMA; 1. Hacia una definición de las uniones a cambio de un precio; 2. Repercusiones jurídicas de la simulación matrimonial; III. UNIONES MARITALES CONTRAIDAS CON VIOLENCIA O MIEDO; IV. RELACIONES MATRIMONIALES POR ERROR; 1. Alcance jurídico-social

* Fecha de recepción: 24 de mayo de 2013.

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2013.

** Licenciada en Derecho en 2006 y Doctora por la Universidad de Huelva desde 2013. Actualmente, es profesora PSI en el área de conocimiento de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva. Correo electrónico: elisa.munoz@dthm.uhu.es

de estos matrimonios viciados; 2. Posibles efectos del error o dolo; V. LOS MATRIMONIOS INFORMES DESDE EL DERECHO ROMANO; 1. La posible forma del matrimonio en las fuentes; 2. Ausencia de solemnidades en el matrimonio clásico; VI. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de matrimonio celebrado sin que realmente exista un consentimiento verdadero o no viciado entre los cónyuges puede resultar llamativo debido a la propia naturaleza de esta institución familiar, pues precisamente uno de los presupuestos esenciales que tradicionalmente ha caracterizado al matrimonio es la necesidad de que entre las partes exista un acuerdo de voluntad, libremente prestado y consciente, para unirse maritalmente formando de este modo una familia¹. Sin embargo, a lo largo de la Historia nos encontramos con diversas fuentes que efectivamente aluden de forma directa o indirecta a la existencia de matrimonios que carecen de este elemento subjetivo generador del vínculo conyugal, siendo el propio Derecho Romano el que por primera vez reconoce y, de algún modo regula, los supuestos de ausencia de asentimiento consciente (continuado en tiempo clásico o, meramente inicial, en época postclásica) entre los que se casan².

Razón por la cual, a lo largo de nuestro trabajo vamos a investigar la consideración jurídico-social y efectos que se derivaban de las mencionadas uniones que en Roma carecían del presupuesto esencial del *consensus* y, a la misma vez del elemento subjetivo o *affectio maritalis*, pues entendemos que en esta materia existe una falta de sistematización doctrinal que de alguna forma haya ordenado el llamado *matrimonium iniustum*, denominado así porque esa ausencia de consentimiento matrimonial le impedía desplegar plenos efectos en el Ordenamiento romano.

En este sentido, a lo largo de nuestra exposición vamos a tomar el criterio clasificatorio de si mediaba o no un consentimiento conyugal real y no coaccionado, viciado o simulado entre los esposos, para diferenciar entre³: a) de un lado, los conocidos también hoy como

¹ Sobre la familia romana como organización patriarcal en la que surgía el matrimonio, vid. por todos, FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., *El significado del término familia en el Derecho Romano, según el texto de Ulpiano, Lib. 46 ad Edictum, D. 50, 16, 195, 1-5, RGDR, XVI, 2011*, pp. 1-21; LÓPEZ-ROSA, R., *Familia y matrimonio: A propósito de la organización social y política en la Roma antigua*, Libro Homenaje in Memoriam Carlos Díaz Rementería, Huelva, 1998, pp. 411-432; SANZ MARTIN, L., “Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atención a la situación jurídica y familiar de la mujer”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, LXXXVIII, 1996-1997, pp. 291-306.

² En cuanto a la importancia del *consensus* matrimonial, vid. por todos, LÓPEZ-ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, Cádiz, 1977, pp. 53-57; RASI, P., “Consensus facit nuptias”, NÚÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, pp. 25 ss.

³ Entre otros, tomamos la idea de *matrimonium* y *consensus facit nuptias* de los siguientes autores: ALBERTARIO, E., *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, Estratto dagli Studi in Memoria di Aldo

“matrimonios de conveniencia”, dada su frecuencia y el carácter fraudulento de los mismos por realizarse normalmente a cambio de un precio; b) los comúnmente calificados de “matrimonios celebrados bajo violencia o miedo”, porque entendemos que son el ejemplo más claro de consentimiento obligado y no libre; c) en tercer término, los “matrimonios por error o dolo” puesto que la equivocación en la persona con la que casarse o en sus cualidades personales conllevaba la existencia de un matrimonio menos perfecto por su propia configuración; d) o, incluso, aquellos otros en los que no se había producido solemnidad alguna o rito nupcial considerándose, en este último caso, como “matrimonios informes o sin forma”; si bien la forma no fue siempre exigida, tal y como ocurrió durante la vigencia del Derecho Romano clásico.

No obstante lo anterior, antes de comprender dicha tipología, consideramos necesario aportar en las siguientes líneas una breve referencia al concepto de matrimonio romano plenamente legítimo, sus presupuestos y elementos esenciales, tomando como punto de partida la etapa clásica o de mayor esplendor del Imperio, para en un último apartado de nuestra investigación, ofrecer de manera comparativa los supuestos de nulidad matrimonial reconocidos en nuestro Código Civil español en relación con los numerosos casos de relaciones extra-matrimoniales que se dieron en Roma.

Pues bien, partiendo de las dos célebres definiciones del matrimonio clásico contenidas en la Compilación justiniana⁴, que definen literalmente las nupcias o el matrimonio como “la unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida” y “la unión de hombre y mujer con la finalidad de vivir en comunidad”, a continuación hemos examinado el concepto de matrimonio romano clásico delimitándolo 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 situación fundada en la convivencia conyugal, cuyos elementos constitutivos eran el *honor matrimonii* (representado por la necesidad de que existiese una reconocida convivencia entre los contrayentes) y la *affectio maritalis* (conocida en Roma como la intención recíproca de los cónyuges de tenerse por marido y mujer, precisándose la renovación diaria de ese consentimiento continuado y mutuo)⁵.

La existencia del matrimonio romano justo o legal 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 extramatrimoniales, se exteriorizaba a través de cualquier forma y mediante cualquier medio deduciéndose

Albertoni I, Padova, 1935, pp. 241-256; ARIAS BONET, J. A., “El matrimonio en el Derecho Romano”, *AAMN*, 1962, pp. 18 ss.; ASTOLFI, R., *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*, Padova, 2006; DI MARZO, S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo, 1919; CASTELLO, C., “Consortium omnis vital”, *La definizione essenziale giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Roma, 1980.

⁴ Cfr. D. 23,2,1 (Mod. I reg.); Cfr. II. 1,9,1.

⁵ 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.

se del modo de vivir y comportarse de los cónyuges. Sobre este particular, ORTEGA⁶ aclara que dicho consorcio para toda la vida aludía a la unión sexual y física entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear y educar a los hijos nacidos en dicha unión conyugal formando así una familia, por lo que el consentimiento recíproco de permanecer unidos como marido y mujer se configuraba como un elemento esencial del *matrimonium*.

Motivo por el cual, podemos concluir asegurando que se producía un *matrimonium iustum*⁷ cuando un hombre y una mujer que habían alcanzado la pubertad y tenían reconocida entre ellos la capacidad mutua para contraer matrimonio válido (*ius conubii*), expresaban su consentimiento o intención de formar una comunidad de vida, con la conciencia y voluntad recíprocas de que la unión estable que integraban era un matrimonio en el que iban a respetar el principio monogámico. Lo que se manifestaba externamente en el modo de comportarse como marido y mujer, produciendo una serie de efectos jurídicos personales y patrimoniales, especialmente, para el Derecho Romano en su etapa de mayor esplendor.

II. LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA DESDE ROMA

1. Hacia una definición de las uniones a cambio de un precio

En primer lugar, vamos a examinar la controversia suscitada en torno a los matrimonios de conveniencia pues entendemos que merecen ser objeto de un estudio detallado en nuestro trabajo, no sólo por su frecuencia en los distintos Ordenamientos jurídicos actuales sino porque su origen, regulación y efectos jurídico-sociales surgieron desde el propio Derecho Romano. En este contexto, se trata de un tipo de matrimonio simulado y fraudulento donde el consentimiento para contraer el vínculo conyugal se encuentra condicionado a la obtención de ciertos beneficios jurídicos, sociales o económicos, sin que exista el elemento volitivo de crear una familia o procrear; de ahí que también se conozcan con la denominación de “matrimonios de complacencia” o “matrimonios a cambio de un precio” en el sentido de ficticios, simulados y fraudulentos por atender a unas necesidades concretas de obtener un resultado extramatrimonial engañoso (como puede ser satisfacer a alguien por dinero) o “matrimonios blancos”, en este último caso, dada la falta de consumación y la inexistencia

⁶ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Madrid, 2006, pp. 20-36.

⁷ Con relación a los requisitos del matrimonio legal en Roma, vid. por todos, ARIAS BONET, J. A., *El matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., pp. 5-23; CASTRO SÁENZ, A., “Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: Un estudio comparativo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXIII, 2001, pp. 75-112; FALÇAO, M., *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Navarra, 1973, pp. 5-10 y 27-38. El profesor Falçao aclara en su obra que, al hacer referencia a los requisitos, no aludimos a una circunstancia accidental sino a una exigencia requerida especialmente para un determinado fin o efecto como es, en este caso, la institución del matrimonio.

de relaciones sexuales íntimas entre los que contraen la unión motivado, especialmente, a la falta de afecto conyugal.

No podemos obviar que, desde hace aproximadamente dos décadas, el fenómeno de la inmigración en España ha favorecido la existencia de diversos métodos utilizados engañosamente por los inmigrantes para obtener una situación regular en España; concretamente, CABRIA⁸ alude al caso de los mencionados matrimonios fraudulentos celebrados entre ciudadanos españoles y extranjeros (normalmente, de países extracomunitarios) ya que su finalidad no es la de formalizar la relación afectiva sino, todo lo contrario, con ellos se pretende aprovechar las ventajas que ofrece la institución marital y poder así regularizar su estancia u obtener la nacionalidad en tan sólo un año.

Por tal motivo, los Registros civiles españoles han venido impidiendo precisamente esos matrimonios de complacencia y, como advierte la autora, son fundamentales las medidas que se están adoptando en esta materia desde los diversos frentes para evitar la falsedad documental, pues: “Además frecuentemente este tipo de matrimonios son promovidos por redes organizadas a cambio de dinero. Ante la imposibilidad de rechazar la autorización de un matrimonio entre un español y un extranjero si no existen hechos que demuestren la existencia de simulación, la lucha contra los matrimonios ficticios, se está llevando a cabo desde varios frentes: legislativamente, y desde las actuaciones administrativas y judiciales”.

Bajo las premisas expuestas, seguidamente centramos nuestra atención en la conceptualización de los matrimonios romanos de conveniencia. En efecto, pertenecen a esta categoría aquellos vínculos contraídos en la Roma clásica por personas entre las que no había un consentimiento verdadero como para formar una familia, sino todo lo contrario, la intención real era el beneficiarse de las ventajas que se daban a los matrimonios en las Leyes de Augusto⁹. En este punto, nos interesa conocer la etimología del término *simulare* pues éste se traduce por simular, imitar o llevar a cabo aparentemente un acto o negocio jurídico, por lo que en el caso del *matrimonium* como hecho con relevancia social, se trataría de la discordancia existente entre las voluntades declaradas por las partes y las que verdaderamente son queridas, no concurriendo una intención real de convivir en una sociedad conyugal ni una voluntad continuada de formar una familia, lo que finalmente conllevaría al divorcio.

Estas relaciones, también llamadas “matrimonios de complacencia” o “uniones a cambio de un precio”, se considerarían como relaciones extramatrimoniales *sine conubio* por

⁸ CABRIA PALMÓN, M., “Matrimonio de conveniencia”, *Artículos Doctrinales: Derecho Civil*, Noticias Jurídicas, 2007 [En línea]: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200705-41412321412789896.html>

⁹ En tema de matrimonio romano y la importancia de que existiese una voluntad real de unirse perpetuamente en una *consortium omnis vitae* con la legislación matrimonial de Augusto, vid. por todos, BIONDI, B., *Il Diritto Romano cristiano III*, Milano, 1954, p. 101; VALENTI ABREU, J., “La disolución del matrimonio romano: Efectos jurídicos respecto de la identidad del nasciturum”, *Estudios en Homenaje al profesor F. Hernández-Tejero II*, Madrid, 1994, p. 529.

razón de la simulación y la ausencia de *affectio maritalis*, tal y como se deriva del siguiente texto que incide en la simulación de las nupcias, el cual, lo reproducimos por entender que es la única fuente en la que se declara abiertamente que las nupcias simuladas o fingidas no tenían ningún valor ni efecto jurídico:

D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Simulate nuptiae nullius momento sunt.*

En dicho pasaje, el jurista Gayo recoge el supuesto en el que las nupcias fuesen simuladas (*simulate nuptiae*), reconociendo que en ese caso el matrimonio sería inexistente para el Derecho Romano (*nullius momenti sunt*). Recordemos que uno de los presupuestos esenciales para que se diera un *iustum matrimonium* era el consentimiento libre y conscientemente de quienes contraían matrimonio con la intención de vivir en una comunidad y compartir una suerte en común para toda la vida, de modo que si éste era fingido, no había unión conyugal dada la discordancia entre las voluntades declaradas y las queridas realmente por las partes.

2. Repercusiones jurídicas de la simulación matrimonial

Lo anterior nos lleva a determinar que los matrimonios romanos de conveniencia eran supuestos de inexistencia jurídica, a pesar de que las fuentes directamente tampoco emplean el vocablo “inexistencia”. Así lo indica la profesora NÚÑEZ¹⁰ en base al texto antes citado, cuando cuestiona la autenticidad de la *affectio maritalis* en los casos que califica de “matrimonios simulados” al carecer de cualquier valor jurídico; concluyendo que, del tenor literal del pasaje, se deriva que el matrimonio simulado no tendría ninguna eficacia jurídica y se podría calificar de cuasi-matrimonio.

Por lo que un ejemplo de matrimonio, que ya desde las primeras etapas del Imperio había sido fingido, era el matrimonio por *coemptionem* consistente en un negocio o acuerdo de voluntades entre las partes para realizar una venta simulada. Desde los orígenes de esta institución, el vínculo matrimonial carecía de efecto jurídico alguno, pues era una ficción de compra propia de los matrimonios *cum manu* en los que se empleaban las formalidades del cobre y la balanza por un precio fingido o *nummus unnnus*, si bien ya en época clásica era

¹⁰ NÚÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial...*, pp. 71-72. De esta forma, lo recoge la profesora en su obra al decir que: “Poniendo en concordancia la literalidad del texto con la concepción clásica del matrimonio, no parece haber duda de que el matrimonio simulado no tiene ningún valor. Desde el momento en que falta el consentimiento, la voluntad jurídica de realizar un matrimonio, falta el requisito fundamental para su constitución y en consecuencia aquel no puede surgir –si la simulación tiene lugar en el momento de contraer matrimonio – o cesa– si la simulación se produce en un momento posterior. Al ser necesaria la voluntad continuativa, si se rompe la continuidad a causa de la simulación, se rompe el matrimonio mismo”.

la mujer la que hacía la *mancipatio*; de hecho, el jurista Gayo¹¹ define a este tipo de uniones como “matrimonios por compra” por ser una *imaginaria venditio* que se veía modificada al tratarse del matrimonio sólo en la última parte del negocio, es decir, en las palabras o fórmulas usadas para indicar la unión entre las partes, esto es, el *mancipio accipiens* y la *uxor*.

III. UNIONES MARITALES CONTRAÍDAS CON VIOLENCIA O MIEDO

De forma similar a como regula los matrimonios por coacción, fuerza o miedo grave nuestro Código Civil español, el Derecho Romano reconoció la ausencia de un consentimiento matrimonial verdadero y la inexistencia del elemento subjetivo en aquellas uniones que hubieran sido contraídas bajo el miedo o la coacción de alguno o algunos de los cónyuges. En general, hacemos referencia a lo que en el matrimonio canónico se denomina “temor reverencial”, es decir, un vicio en el consentimiento que impide la válida formación del matrimonio y se configura como una causa expresa de nulidad matrimonial, siempre y cuando dicho miedo tenga relevancia jurídica por ser grave y contrario a la ley, extrínseco o externo por su propia naturaleza, indeclinable al no poderse rehusar, y antecedente pues dichas circunstancias deberán servir para comprender o valorar hechos posteriores. En este punto, FUENTES¹² trata este segundo tipo de vínculo marital por miedo y sin consentimiento libre o real, desde la perspectiva que ofrece el Derecho Canónico, demostrando cómo con el paso de los años se ha conseguido respetar lo que el autor denomina literalmente la dignidad de la persona, con el expreso reconocimiento matrimonial de la libertad como un derecho humano fundamental.

Ello nos sirve para, seguidamente, poner nuestro centro de atención en el caso de las uniones maritales contraídas con violencia o miedo en el Imperio romano. En efecto, los conocidos como matrimonios por miedo o violencia eran aquellas uniones cuasi-maritales contraídas en Roma contra la voluntad real de, al menos, uno de los cónyuges y, al igual que ocurría en los matrimonios simulados, también se producía una inexistencia de consentimiento efectivo y real pero a causa del miedo o el temor generado por la amenaza y coacción; este tipo de para-matrimonios por miedo (*metus*) o por violencia (*vis*) se caracterizaban por la fuerza material y física o la violencia externa, que había que ejercer para que

¹¹ Cfr. Gai. 1,113; Cfr. Gai. 1,120: *Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur. animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini, item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt italica, eodem modo solent mancipari*; Cfr. Gai. 1,138: *Hi qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt*; Cfr. Gai. 2,22: *Mancipi vero res/sunt, quae?/ per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. quod autem valet mancipatio, idem valet et in iure cessio*.

¹² FUENTES CALERO, A., “El matrimonio contraído por miedo (can. 1103) comentario a la Respuesta de la Comisión de Intérpretes de 23-IV-1987”, *Revista española de Derecho Canónico*, 151, 2001, pp. 647-697 [En línea]: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=265126>

una de las partes contrajese el vínculo marital, no consistiendo en un mero temor o coacción. Detengámonos, pues, en el texto¹³ que creemos nos sirve de base en esta materia:

D. 23,2,22 (Cel. 15 dig.): *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrio esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.*

Del tenor literal de este pasaje de Celso, podemos deducir que el miedo no impedía que se diera el consentimiento mutuo necesario para la existencia del matrimonio romano y, por ello en época clásica, hubo matrimonio aunque fuese contraído sin haber una voluntad expresada libremente entre los contrayentes. Concretamente, en este caso se mantiene que si un padre obligaba a su hijo a casarse (*Si patre cogente ducit uxorem*), dicha unión aun siendo bajo coacción era válida para el Derecho Romano (*quam non duceret, si sui arbitrio esset, contraxit tamen matrimonium*) por existir un consentimiento expreso, aunque éste no fuese real y se hubiera hecho por miedo (*maluisse hoc videtur*).

Como ya afirmábamos previamente, estas uniones extra-conyugales *sine conubio* a causa del miedo han sido también objeto de debate por considerarse tanto ineficaces como inexistentes. Siguiendo a ROBLEDA¹⁴, nosotros las englobamos dentro de los *iniustum matrimonium* y, a su vez, en los inexistentes al faltar el elemento del *consensus* y no haber acto jurídico alguno; en cualquier caso, el matrimonio romano clásico no podía ser contraído bajo coacción ya que era un derecho que debía ser aceptado libremente, pues la finalidad principal era formar un consorcio para toda la vida y perpetuar la especie.

Es por esto que, las principales fuentes que abordan este tipo de matrimonios, aluden más a los contraídos por miedo que a los realizados bajo fuerza física a pesar de que son similares. Teniendo presente la disparidad de opiniones doctrinales en esta materia, nosotros defendemos que los textos clásicos recogen el matrimonio por *metus* y el hijo de familia no podía ser obligado a tomar esposa, pues en ese supuesto el matrimonio era inexistente dada la ausencia de *affectio maritalis* entre ambos aun cuando no podía existir la nulidad del vínculo por ineficacia. Por lo que respecta al matrimonio conformado por miedo o bajo coacción en tiempo postclásico, señalar finalmente que dicho matrimonio no fue válido y se consideró como «no contraído» debido al cambio en la concepción del *consensus* como meramente inicial.

¹³ Cfr. D. 4,2,21,5 (Paul. 11 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*).

¹⁴ ROBLEDA, O., *Matrimonio inexistente o nulo en Derecho Romano*, Studi in Memoria di Guido Donatuti III, Milano, 1973, p. 1136. El profesor Robleda clasifica el matrimonio por miedo como de inexistente: “Creo que se puede reconocer la tesis general romana, del matrimonio inexistente cuando defecte el *consensus* (...) el sentido más obvio de los textos lleva a la conclusión de que el matrimonio celebrado o realizado por miedo no era nulo en la mente de los romanos (...) hubo matrimonio, porque hubo consentimiento: *maluisse videtur*”.

IV. RELACIONES MATRIMONIALES POR ERROR

1. Alcance jurídico-social de estos matrimonios viciados

Comenzamos el tercer supuesto de matrimonio sin que se diera un consentimiento matrimonial verdadero recordando cómo, el apartado 4 del artículo 73 del Código Civil español, reconoce literalmente que el matrimonio civil será nulo cuando haya sido: “Celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”. Como en el caso anterior sobre el matrimonio por miedo, en Roma la unión conyugal celebrada por error o dolo tampoco producía plenos efectos, causado principalmente por dos supuestos que también son frecuentes hoy: a) o bien que el error fuera en la identidad del otro contrayente (cuando, por ejemplo, éste finalmente era una persona distinta); b) o que dicha equivocación se diera sobre aquellas cualidades personales que, por su importancia, determinaban la voluntad del que alega el vicio de nulidad matrimonial (como en el supuesto de quien ofreciera una imagen diferente a la real).

En este ámbito nos resultan muy ilustrativas las palabras de MONDACA¹⁵ quien, al estudiar el error inducido por dolo como posible causa de nulidad matrimonial, concluye abiertamente que dicho error resulta el verdadero origen de la ausencia de un libre y espontáneo consentimiento matrimonial y, por dicho motivo, en nuestro Sistema vigente: “La principal ventaja que podría ocasionar la acreditación del error en las cualidades doloso es de índole pecuniaria. En efecto, podría originarse una indemnización de perjuicios en virtud de los daños sufridos por el que cayó en las maquinaciones fraudulentas de otro. Varios problemas se derivan de lo anterior, entre otros puntos de interés: la falta de una regulación expresa que autorice la indemnización; la determinación del acto ilícito; el daño indemnizable; su compatibilidad con la compensación económica”.

Por lo expuesto, seguidamente, pasamos a analizar la regulación jurídica y consideración social de los matrimonios por error en el Imperio romano. En la línea del anterior matrimonio, nos encontramos con un tipo especial de matrimonio *iniustum* considerado como tal por estar viciada la voluntad de al menos uno de los cónyuges; el problema principal que se plantea entre estos conocidos como “matrimonios por error” o “matrimonios por dolo” son los escasos textos que abordan la materia, lo que nos ha dificultado la tarea de determinar la esencia de este tipo de uniones extramatrimoniales *sine conubio* en época

¹⁵ MONCADA MIRANDA, A., “El error inducido por dolo como causal de nulidad del matrimonio civil en la Ley no. 19.947: aceptación y consecuencias de su regulación”, *Revista Ius et Praxis*, 2, 2010, pp. 121-146 [En línea]: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es

clásica e impedimentos matrimoniales ya en tiempo postclásico¹⁶. No obstante, reparamos en el pasaje que de algún modo los recoge:

Gai. 2,142: *Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatus consulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel latina, quae per errorem quasi civis romana uxor ducta esset, natus esset: Nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi adgnatione rumpebat testamentum.*

En este texto, Gayo trata el supuesto del matrimonio contraído entre un ciudadano romano con plenos derechos y una peregrina carente de la *civitas* o una latina (*quia forte ex peregrina vel latina, quae per errorem quasi civis romana uxor ducta esset*), afirmando que dicha unión sería ilegítima por estar viciada de error (*ex senatus consulto erroris causa probatur*) al faltar la capacidad jurídica o *conubium* de la mujer. En todo caso, en dicho pasaje se aclara que los hijos eran legítimos y eran tenidos en cuenta a efectos hereditarios (*nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi adgnatione rumpebat testamentum*).

2. Posibles efectos del error o dolo

Se trataría, en consecuencia, de una unión ilícita contraída a través de un consentimiento viciado por dolo o error entre las partes, lo que contrastaría con la voluntad libremente

¹⁶ Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 ad edict.); D. 23,2,43,10 (Ulp. 1 ad Leg. Iul. et Pap.): *Senatus censuit, non conveniens esse ulli Senatori, uxorem ducere aut retinere damnatam publico iudicio; quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas; Cfr. D. 23,2,58 (Marcian. 4 reg.); Cfr. Gai. 1,64; Gai. 1,67: Item si civis romanus latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis romanus est, sed aut latinus aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit; sed ex senatus consulto permittitur causam erroris probare; et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. idem iuris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis romana; Gai. 1,68: Item si civis romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi romano, permittitur ei causam erroris probare; et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem romanam perveniunt, et aequae simul incipit filius in potestate patris esse. idem iuris est, si peregrino tamquam latino ex lege aelia sentia nupta sit: nam et de hoc specialiter senatus consulto cavetur. idem iuris est aliquatenus, si ei qui dediticiorum numero est, tamquam civi romano aut latino e lege aelia sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est, in sua conditione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis romanus, in potestatem patris non redigitur; Gai. 1,75: Ex iis quae diximus, apparet, sive civis romanus peregrinam sive peregrinus civem romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse, sed si quidem per errorem tale matrimonium contractum fuerit, emendari vitium eius ex senatus consulto secundum ea, quae superius diximus. si vero nullus error intervenerit, sed scientes suam condicionem ita coierint, nullo casu emendatur vitium eius matrimonii; Gai. 1,86: Et ideo si cui testamento tutor sub condicionem aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est; qui desinit tutor esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit.*

expresada y continuada exigida en el Derecho Romano clásico para los matrimonios legales. De igual modo, el *error in persona* podría conllevar o bien que una de las partes careciese del *conubium* o que alguno de ellos no tuviera la capacidad física suficiente como para ser marido y mujer; si el error fuese cometido con dolo, configurado como aquella mala intención y engaño, el matrimonio no sólo sería considerado como inválido sino que se traduciría en una serie de sanciones, como por ejemplo, la ilicitud del acto constitutivo de la dote y la restitución de la misma¹⁷. A modo de valoración global de este tipo de relaciones extra-familiares, retomamos las precisiones de ASTOLFI¹⁸ quien concluye que estos matrimonios eran nulos debido al error en la identidad del cónyuge, conformándose como un impedimento al matrimonio legal en Roma.

V. LOS MATRIMONIOS INFORMES DESDE EL DERECHO ROMANO

1. La posible forma del matrimonio en las fuentes

Comenzamos este último supuesto de matrimonio sin forma o informe aclarando que las solemnidades matrimoniales o los ritos nupciales han ido variando a lo largo de la Historia y, en el caso del Derecho Romano, incluso de una etapa a otra; como vamos a tener ocasión de enunciar, en la fase arcaica el matrimonio romano era muy formalista mientras que, posteriormente, el matrimonio clásico no requería de ritos externos sino que principalmente que se dieran los requisitos y elementos esenciales para producir plenos efectos y considerarse como un *matrimonium iustum*.

Actualmente, se reconoce la nulidad matrimonial por defecto de forma y el carácter esencialmente formal del matrimonio para que éste no sea nulo; refiriéndose, en todo caso, a la forma religiosa contemplada en los artículos 59 a 60 del Código Civil español, así como a la forma jurídica especificada en los artículos 49 a 59, 61 a 65 del mismo Código. Debemos puntualizar, en la misma línea, que ello viene condicionado por lo regulado en

¹⁷ Para un estudio detallado de la restitución de la dote, vid. por todos, SALOMÓN SANCHO, L., *Las retenciones en la actio rei uxoriae*, RGDR, X, 2008, 5. En este sentido, la autora defiende que: “La restitución de la dote alcanzó auténtica relevancia jurídica cuando la disolución del matrimonio comenzó a plantear conflictos de intereses patrimoniales entre los esposos o más concretamente, entre los paterfamilias de los esposos”.

¹⁸ ASTOLFI, R., *Il Matrimonio...*, pp. 102-103. El profesor Astolfi declara textualmente que: “La volontà di dare inizio a un rapporto matrimoniale, cioè la volontà di contrarre matrimonio, può essere viziata da errore, circostanza, questa, che avalora la esistenza, nel matrimonio classico, di una volontà inficiale. L’errore può riguardare l’identità del cónyuge ed è tradizionalmente chiamata *error in persona*. Determina la nullità del matrimonio ed è rilevante anche quando a cometerlo non sia chi sposa, ma chi, nella sua qualità di paterfamilias, consente al matrimonio del figlio in potestà (...). Se il matrimonio è invalido perché un cónyuge non ha la capacità giuridica a contrarlo, cioè manca di *conubium*, l’ignoranza in proposito non ha rilievo alcuno: è la mancanza del *conubium* e non l’errore a invalidare il matrimonio (...). L’impedimento può non solo causare l’invalidità del matrimonio, ma sottoporre a sanzioni chi l’ha contratto”.

el artículo 78 (redactado por Ley 30/1981, 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio) cuando se advierte que: “El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe”; dejándose a salvo el caso contemplado en el número 3 del artículo 73 precepto que, recordemos, declaraba literalmente como matrimonio nulo aquel contraído sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario correspondiente, o sin la de los testigos.

Sobre la forma jurídica, LALAGUNA¹⁹ incide en cómo el matrimonio por su propia naturaleza se ha venido conformando como un acto o negocio jurídico solemne e incluso el contrato más solemne por excelencia ya que, tanto el Derecho Canónico como el propio Derecho Civil, así lo han calificado dadas las consecuencias legales que de su válida celebración se derivan; precisando su vinculación con el elemento subjetivo generador del vínculo, al señalar literalmente: “La forma como elemento específico del negocio jurídico, distinto del consentimiento –aunque para la validez del acto negocial no puede darse aisladamente de él ni de los otros elementos–, es un instrumento receptivo del consentimiento declarado de las partes, encaminado a dar una noticia objetiva del acto realizado para su relevancia en el orden jurídico (...). En tal sentido la forma es, ante todo, instrumento receptivo del consentimiento”. Siguiendo la explicación anterior, decir que mientras que el Derecho Romano arcaico exigía ciertas solemnidades para contraer *matrimonium*²⁰ en época clásica los vínculos maritales podían ser contraídos libremente y de cualquier forma. En este contexto, el matrimonio romano era un hecho con relevancia social y lo que importaba era la existencia de un consentimiento mutuo entre las partes, la capacidad jurídica y física, así como el respeto al principio monogámico del matrimonio, tal y como se deriva del texto que hemos tomado como referencia desde el principio de nuestra investigación y que transcribimos nuevamente:

D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

¹⁹ LALAGUNA, E., “Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico”, *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra*, Navarra, 1961, pp. 215-227 [En línea]: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/13611/1/IC_I-I_06.pdf

²⁰ En cuanto a los ritos nupciales y las solemnidades en las primeras etapas del Imperio romano, vid. por todos, ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos...*, pp. 64 ss.; ROBLES VELASCO, L. M., “Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad”, *RIDROM*, VII, 2011, p. 287. Este último autor parte de las siguientes premisas generales: “Lo cierto es, que en la época arcaica, esa relación con lo sagrado, ese toque divino, es esencial en el matrimonio. El efecto que produce el matrimonio es básicamente, introducir en el hogar del marido a una mujer que será su compañera en los actos del culto doméstico, y que simultáneamente asegurará la continuación de la estirpe familiar, mediante la descendencia que eventualmente se produzca. Por ello en un entorno mágico, ancestral de ritos y solemnidades, todo gira en función de la visión de los dioses porque todo forma parte de una ceremonia sagrada”.

Específicamente en dicho pasaje no se observa la exigencia de ninguna forma para el matrimonio, ya que lo que Modestino nos ofrece son los presupuestos para el matrimonio clásico válidamente constituido (*nuptiae sunt*). El jurista señala la capacidad jurídica y física de los contrayentes, marido y mujer, el respeto al principio monogámico y la existencia de un consentimiento mutuo manifestado externamente a través del *honor matrimonii* (*coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae*). No obstante, cabe señalar que en la práctica siempre existían determinados ritos, como por ejemplo, el manifestar externamente ese afecto (*voluntate maritali adfectu*) a través de la apariencia honorable de vida conocida como el elemento objetivo u *honor matrimonii*; y, en este caso, nos referimos a una *forma ad solemnitatem* que cumplía todo matrimonio romano contraído válidamente y que si no se verificaban tales notas o elementos formales, se producía lo que conocemos como “matrimonios informes” (*infomis*) considerados ilegítimos, no firmes y, en consecuencia, carentes de efectos y nulos aun cuando no ineficaces, tal y como interpretamos de los textos²¹:

D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestad sunt.*

En dicho fragmento de Paulo, se advierte que el matrimonio romano no se conformaba sólo (*nuptiae consistere non possunt*) por el consentimiento de las partes en alusión al elemento subjetivo e interno conocido como *affectio maritalis* (*nisi consentiant omnes*), ya que hacía falta el asentimiento del *paterfamilias* bajo cuya potestad estaban (*qui coeunt quorumque in potestad sunt*). Ante esto, se observa que formalmente hacía falta que existiera ese consentimiento expreso para que el matrimonio fuera válido.

D. 23,2,5 (Pomp. 4 *ad sab.*): *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in marito, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.*

Por su parte, este último texto hace referencia al elemento objetivo y externo denominado *honor matrimonii* como requisito para que se diera el matrimonio legal, así como a la *deductio in domum mariti* entendida como aquel rito por el que la mujer recién casada era conducida a casa del marido y ambos mostraban su intención de comenzar una nueva vida matrimonial. Sobre dicha convivencia, Pomponio aclara que no hacía falta que ambos cohabitaran en la misma casa pues si la mujer estaba ausente (*mulierem absenti*) pero seguía escribiendo al marido por cartas o por mensajero y le respetaba (*per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet*), dicha unión era legítima para el Derecho Romano. Precizando

²¹ Cfr. D. 23,2,6 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig.*); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig.*); Cfr. D. 23,2,25 (Mod. 2 *reg.*); Cfr. D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp.*).

lo anterior, el jurista añade que la citada comunicación se debía hacer al domicilio conyugal (*domicilium matrimonii*) y no a la casa de la familia de la mujer (*non in uxoris domum*) ni a la del marido (*duci a marito non posse*), pues para que el matrimonio continuase debía producirse la *deductio* como forma *ad solemnitatem* (*deductione enim opus esse in mariti... quasi in domicilium matrimonii*).

2. Ausencia de solemnidades en el matrimonio clásico

Comenzamos este apartado sobre la ausencia de solemnidades en el matrimonio clásico, retomando las palabras de ROBLEDA²² quien, al tratar esta materia, sostiene textualmente que habría dos tipos de matrimonio en función de la forma en la que se constituyesen, ya que si en tales casos la forma constituía la esencia tendríamos dos especies de matrimonio; el primero, un matrimonio consensual para cierta clase de persona y, el segundo, un matrimonio formal para lo que el profesor califica como de “otra cosa que a nadie se le ocurre sostener”. Concluyendo que dicha forma sólo fue una *iuris conditio*, en el sentido de que el matrimonio no sería eficaz sin ella. Es en este punto donde nos preguntamos qué alcance tuvo la forma²³ durante la etapa clásica y cuál fue su evolución posterior con el Derecho postclásico y justiniano, puesto que el matrimonio clásico era libre de formas exteriorizadas *ad solemnitatis*. Pues como advierte ORTEGA²⁴, nos encontramos con diversos textos²⁵ que eliminan expresamente la *deductio* y las *tabulae* como formas *ad solemnitatem* para el matrimonio romano clásico, otros pasajes²⁶ indican la importancia de la voluntad recíproca de los esposos de unirse en matrimonio frente al requisito de la forma, mientras que existen diferentes fragmentos postclásicos y justinianos²⁷ que abiertamente excluyen la forma como elemento necesario del *matrimonium iustum*.

²² ROBLEDA, O., *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1140-1141.

²³ ROBLES VELASCO, L. M., “Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho...”, op. cit., p. 282. En cuanto a la edad como formalidad legal en Roma el profesor Robles, partiendo de la afirmación generalizada de que en toda sociedad antigua el amor y el matrimonio son absolutamente distintos, explica en su obra que: “Al igual que todos sabemos la edad para contraer matrimonio, y que el varón no podía contraer matrimonio hasta los catorce años y a la mujer hasta los doce, esto en realidad no era sino una mera formalidad legal, porque los esposos no se casan, se les casa”.

²⁴ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos...*, pp. 75-80.

²⁵ Cfr. D. 23,2,24 (Mod. 1 reg.); D. 24,1,66 pr. (Scaev. 9 dig.): *Seia Sempronio, cum certa die ruptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, a nea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et poste contractum matrimonium fierent...Itaque, nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere*; Cfr. D. 39,5,31 pr. (Pap. 12 resp.).

²⁶ Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.); Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 ad edict.); Cfr. D. 23,2,3 (Paul. 1 ad sab.); Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 ad sab.); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 ad sab.); Cfr. D. 50,17,30 (Ulp. 36 ad sab.).

²⁷ CJ. 5,4,13: *Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non inpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est, cum omissa quoque scriptura cetera nuptiaerum indicia non sunt irrita*; CJ. 5,4,22: *Si donatium ante nuptias vel dotis*

A tenor de lo expuesto, nosotros asumimos que la solemnidad jurídico-matrimonial de época clásica exigida entre los cónyuges se refería a la necesidad de que la *affectio maritalis* estuviese reconocida socialmente y se configurase como una *iuris conditio* para que el matrimonio clásico fuese eficaz desde el punto de vista jurídico. Aun basándose estos matrimonios en el consentimiento manifestado expresamente y en la convivencia honorable en una comunidad conyugal, consideramos que la ausencia de las notas esenciales propias del *iustum matrimonium* hacían que estuviésemos ante una unión extra-conyugal *sine conubio* por razón de la forma. Así, ni la convivencia (*societas vitae*) ni las ceremonias o ritos nupciales propios de época arcaica eran necesarios, pues el Derecho Romano clásico y el postclásico consideraban que esas solemnidades la única misión que cumplían era la de manifestar aparentemente esa *voluntas* marital o *affectio maritalis* con la intención de formar una familia y perpetuar la especie, esto es, la conocida como *filiorum quaerendorum causa*.

Ni la formalidad de la *deductio in domum* ni las *tabulae* (esto es, el documento escrito de la constitución de la dote) eran exigidas para configurar un *iustum matrimonium*, pues éste surgía por el consentimiento mutuo exteriorizado externamente. Es por esto, que podía ocurrir que el matrimonio fuera plenamente válido por cumplir con los requisitos de capacidad física y jurídica, aun sin haber respetado las solemnidades externas o formas o, al revés, no considerarse como unión marital legal habiendo cumplido ciertos ritos externos. Estos “matrimonios informes” o “para-matrimonios” si no cumplían con los requisitos de capacidad, pasaban a pertenecer a la clasificación de *iniustum*, ilegítimos, nulos²⁸ y, en definitiva, contrarios a las normas clásicas, por lo que no eran firmes y carecían de efectos jurídicos plenos. A tenor de lo expuesto, el requisito de la forma no será desde la época clásica un elemento esencial del matrimonio romano, sino más bien un presupuesto que servía de complemento a los demás pues lo que importaba era la intención de contraer matrimonio para toda la vida, estando permitidos los matrimonios sin formas.

instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum culebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestote personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur; CJ. 5,17,11: Iubemus, ut, quicumque mulierem cum voluntate parentum aut, si parentes non habuerit, sua voluntate maritali adfectu in matrimonium acceperit, etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint nec dos data fuerit, tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum coniugium forum habeatur: Non enim dotibus sed adfectu matrimonia contrahuntur.

²⁸ ROBLEDA, O., *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1140-1141. El profesor Robleda califica el matrimonio informe como de nulo al decir que: “Comenzando por esto último, o sea, por la prescripción de la forma, se debe afirmar que aun supuesta la necesidad de ella, el matrimonio sigue consistiendo para el emperador postclásico, que la prescribiere, sólo en el consentimiento (...). Esta forma, bajo la determinación más o menos limitada en que se dio, fue, sí, absolutamente necesaria en orden a hacer reconocible la *affectio maritalis* interna como existente y operativa de la figura social jurídica del matrimonio. En otras palabras, fue tal forma sólo *iuris conditio*, en modo de no ser el matrimonio eficaz sin ella”.

VI. CONCLUSIONES

De forma paralela a como ocurría durante la vigencia del Derecho Romano y, tras diversas reformas, nuestro Código Civil español al regular el matrimonio civil establece en el Capítulo VI las causas tasadas de nulidad matrimonial; contemplando los mismos casos que hemos ido describiendo a lo largo de nuestro trabajo aun con algunas modificaciones respecto a Roma, fruto de las transformaciones sociales que se han ido produciendo en las dos últimas décadas y, específicamente, debido al fenómeno de la inmigración y el nacimiento de numerosos matrimonios simulados, de conveniencia o, en general, contraídos en fraude de ley ya sea conscientemente, por coacción o error.

Nos estamos refiriendo al artículo 73 pues en dicho precepto y, a diferencia de los textos jurídicos romanos con los que contamos, se relacionan de forma ordenada las uniones maritales que el Ordenamiento español reconoce como nulas, independientemente de la forma en la que se hayan celebrado, declarándose literalmente como causas de nulidad matrimonial las siguientes: “1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48; 3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos; 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; 5.º El contraído por coacción o miedo grave”. Matizándose expresamente en el artículo 75 que si la nulidad se debe a la falta de edad y, mientras que el contrayente siga siendo menor, la acción de nulidad sólo la ejercerán sus padres, tutores o guardadores legales y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

Bajo las premisas expuestas, finalizamos nuestra exposición retomando el propio título de nuestro trabajo: “Consentimiento viciado o error en los matrimonios de conveniencia celebrados desde la antigua Roma”, pues entendemos que el mismo resume la idea principal que pretendemos transmitir y, que no es otra, que la importancia de conocer la tipología de matrimonios menos perfectos, denominados así por carecer de los efectos propios de las uniones legítimas²⁹. Particularmente, aludimos a aquellos celebrados desde la antigua Roma en ausencia del presupuesto esencial del consentimiento matrimonial libremente prestado entre los cónyuges, ya fuese porque éste fuera simulado, viciado o se hubiera prestado por error, dolo o coacción; como es el caso más claro de los tan frecuentes hoy matrimonios de conveniencia, a cambio de obtener la nacionalidad española en el menor tiempo posible.

De este modo, entendemos que se pueden solventar muchos de los problemas actuales que han surgido desde comienzos del Siglo XXI, quizás fruto de la llamada doctrinalmente

²⁹ En cuanto a los *matrimonios iniustum*, imperfectos o menos perfectos, vid. por todos, FALÇAO, M., *O “ius conubii”...*, *op. cit.*, p. 261.

como “Crisis de la familia tradicional³⁰” o “Crisis del matrimonio”, y poder así dar respuesta o reconocimiento legal a otras uniones estables que no cumplen con los requisitos como para considerarlas un matrimonio con plena eficacia, pero de las que ya se están derivando una serie de efectos jurídicos y sociales trascendentales, los cuales, el legislador no puede obviar y debe hacer frente de manera progresiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Bibliografía

- ALBERTARIO, E., *La definizioni del matrimonio secondo Modestino*, Estratto dagli Studi in Memoria di Aldo Albertoni I, Editorial Antonio Milani, Padova, 1935.
- ARIAS BONET, J. A., “El matrimonio en el Derecho Romano”, *AAMN*, 1962, pp. 5-23.
- ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel Diritto Romano classico*, Editorial CEDAM, Padova, 2006.
- BIONDI, B., *Il Diritto Romano cristiano III*, Giuffrè Editore, Milano, 1954.
- CASTELLO, C., “Consortium omnis vitae”, *La definizione esénciale giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Pontificia Università Lateranense, Pontificium Institutum Utriusque iuris, Roma, 1980.
- CASTRO SÁENZ, A., “Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: Un estudio comparativo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXIII, 2001, pp. 75-112.
- DI MARZO, S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Edizione Anastatica, Palermo, 1919.
- FALÇAO, M., *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 1973.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., “La familia en Roma: Entre los mores maiorum y la norma escrita”, en 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.

³⁰ 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, pp. 103-123. Sobre esta cuestión, la profesora Fernández Baquero comenzaba su exposición afirmando literalmente que: “Atravesamos actualmente un momento en el que los temas relacionados con el Derecho de Familia, en general, y en el ámbito del Derecho Romano, en particular, están alcanzando un elevado grado de interés y un renovado aire de atención. La razón no es otra que la propia preocupación sentida en la sociedad en torno al porvenir que le espera a la familia de hoy por la evidente evolución que estamos experimentando: la nueva perspectiva de las relaciones de pareja (matrimoniales, de hecho, homosexuales, heterosexuales) (...) nos conducen a una novedosa y no menos inquietante etapa histórica (...). Los romanistas no podemos permanecer impassibles; y, menos aún, cuando otros especialistas comienzan a reconocer que el legado de la experiencia histórico-jurídica, especialmente el Derecho Romano, es imprescindible como pilar de análisis y comprensión hacia nuevas reflexiones que iluminen futuras soluciones jurídicas”.

- FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., “El significado del término familia en el Derecho Romano”, según el texto de Ulpiano, Lib. 46 ad Edictum, D. 50, 16, 195, 1-5”, *RGDR XVI*, 2011, pp. 1-21.
- LÓPEZ-ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, Cuadernos del Colegio Universitario de Jerez, Publicación de la Caja de Ahorros de Jerez, Cádiz, 1977.
- LÓPEZ-ROSA, R., *Familia y matrimonio: A propósito de la organización social y política en la Roma antigua*, Libro Homenaje in Memoriam Carlos Díaz Rementería, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1998.
- 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.
- NÚÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- RASI, P., “Consensus facit nupcias”, NÚÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988.
- ROBLEDA, O., *Matrimonio inexistente o nulo en Derecho Romano*, Studi in Memoria di Guido Donatuti III, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1973.
- 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, concubinatio y contubernium de Roma a la actualidad”, *RIDROM*, VII, 2011, pp. 281-318.
- SALOMÓN SANCHO, L., “Las retenciones en la actio rei uxoriae”, *RGDR*, X, 2008, pp. 1-22.
- SANZ MARTIN, L., “Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atención a la situación jurídica y familiar de la mujer”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, LXXXVIII, 1996-1997, pp. 291-306.
- VALENTI ABREU, J., “La disolución del matrimonio romano: Efectos jurídicos respecto de la identidad del nasciturum”, *Estudios en Homenaje al profesor F. Hernández-Tejero II*, Madrid, 1994, pp. 529-538.

2. Fuentes electrónicas [Recuperado: Mayo 2013]

- CABRIA PALMÓN, M., “Matrimonio de conveniencia”, *Artículos Doctrinales: Derecho Civil*, Noticias Jurídicas, 2007 [En línea]: http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200705-4141232141_2789896.html
- FUENTES CALERO, A., “El matrimonio contraído por miedo (can. 1103) comentario a la Respuesta de la Comisión de Intérpretes de 23-IV-1987”, *Re-*

- vista española de Derecho Canónico*, 151, 2001, pp. 647-697 [En línea]: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=265126>
- LALAGUNA, E., “Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico”, *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra*, Navarra, 1961, pp. 215-227 [En línea]: http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/13611/1/IC_I-I_06.pdf
- MONCADA MIRANDA, A., “El error inducido por dolo como causal de nulidad del matrimonio civil en la Ley no. 19.947: aceptación y consecuencias de su regulación”, *Revista Ius et Praxis*, 2, 2010, pp. 121-146 [En línea]: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Código Civil español (Edición vigente hasta el 22 de Julio de 2014) [En línea]: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html
- Textos jurídicos de Derecho Romano [En línea]: <http://bib.us.es/derecho/recursos/pixelegis/areas/derechoRomano-ides-idweb.html>