

OLIS ROBLEDA SJ
Pontificia Università Gregoriana
Roma

*Pava les escritas en honor del
Prof. Vetulani*

EL DIVORCIO TACITO EN DERECHO ROMANO

1. Dos episodios especialmente, registrados en la Roma clásica, han contribuido a suscitar el problema sobre cómo los Romanos de aquel tiempo concibieron el divorcio. Son ellos en primer lugar, el referido por Cicerón en dos pasos de su obra *De oratore*, como veremos; y el segundo, el del divorcio de Mesalina de su matrimonio con el Emperador Claudio, que refieren Dión Casio, Suetonio y, más particularizadamente, Tácito.

A. CIC. *De orat.* 1, 40, 183; después de haber pasado en resena otras causas difíciles, enumera luego nuestro caso:

Quid? quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, quom uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset: mediocrisne res in contentionem adducta est, quom quaeretur de duobus civium capitibus, et de puero, qui ex posteriore natus erat et de eius matre, quae si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae loco duceretur?

Ibid. 1, 56, 238:

Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M. Curii [...] atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio.

B. Sobre Mesalina escriben: DION CASIO 60, 31:

Hè Messalina de hōsper ouk exarkoun hoi hoti kai emoicheueto kai eporneueto [...] kai epethymesen kai andras, touto dē to tou

nomou, pollous echein [...] ton te gar Silion ton Gaion [...] andra epegrapsato, kai tous te gamous polytelōs eistiasē.

SUETONIO, *Claud.* 26:

Quam [Mesalina] cum comperisset super cetera flagitia atque dedecora. C. Silio nupsisset dote inter auspices consignata, supplicio adfecit, confirmavitque pro contione apud praetorianos quatenus sibi matrimonia male cederent, permansurum se in caelibatu.

Ibid. 29:

Nam illud omnem fidem excesserit quod nuptiis, quas Messalina cum adultero Silio fecerat, tabellas dotis et ipse consignaverit, inductus, quasi de industria simularentur ad avertendum transfereendumque periculum, quod imminere ipsi per quaedam ostenta portenderentur.

TACIT. *Ann.* 11, 26, escribe cómo Mesalina, después de haber escuchado de Silio, que estaba dispuesto a casarse con ella, si bien en un principio dudó, luego sin embargo:

Nomen matrimonii concupivit, ob magnitudinem infamiae, cuius apud prodigos novissima voluptas est. Nec ultra expectato quam dum sacrificii gratia Claudius Ostiam proficisceretur, cuncta nuptiarum sollemnia celebrat.

Ibid. 11, 30:

An discidium, inquit [Narcisus], tuum nosti? Nam matrimonium Sili vidit populus et senatus et miles.

Sobre estos dos episodios la cuestión que se propone es doble: primera, si el divorcio se pudiese realizar de modo no expreso, y aun sin usar las *certa verba*, de que habla Cicerón, o no, bastando la celebración de un segundo matrimonio; segunda en la hipótesis afirmativa, qué sentido debería tener la celebración del segundo matrimonio.

2. Por lo que toca, ante todo, a la necesidad, dentro del modo expreso de las *certa verba* para la manifestación del consentimiento, el *quaesitum* no es vano; ya que el mismo Cicerón es quien indica la contraposición entre las *novae nuptiae* y las *certa verba*: „quae si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore matrimonium [...]”. Además, no solamente la literatura preclásica toda, que habla de la celebración del matrimonio, desde Plauto a Seneca¹, sino todavía el mismo Gayo señala el uso de las *certa verba*: „In repudiis [...] comprobata sunt haec verba: tuas res tibi habeto, item haec: tuas res tibi agito”².

¹ Vide E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Torino 1890, p. 182 s.; F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano 1938, p. 230 ss.

² D. 24, 2, 2, 1 (Gai. 1. 11 ad edict. prov.).

Con todo, yo creo que *certa verba*, o sea, un modo más o menos formal fué sí, muy usado para la comunicación del divorcio; pero, como tal, no fué necesario para la validez del mismo. Gayo dice que se trataba de: *verba comprobata*, o sea, acostumbradas; no, de: *verba necessaria*. Cicerón, por lo demás, a pesar de lo que poco ha dijimos, parece, en el fondo, poner la contraposición, no tanto entre las *certa verba* y las *novae nuptiae*, sino entre la *remissio nuntii (repudii)* y las *novae nuptiae*. Esto es lo que repite en los dos textos. Es que de otra suerte, quedara sin resolver dicha contraposición: entre la voluntad de divorciar expresada, de palabra o por escrito, pero sin alguna fórmula con *certa o comprobata* acostumbradas) *verba*, y el divorcio a través de las *novae nuptiae*.

3. Pero vengamos ya a la posibilidad de la última alternativa, a saber: Podía en efecto realizarse el divorcio en la antigua Roma clásica con la mera celebración de un nuevo matrimonio por parte de alguno de los cónyuges?

4. Sostienen varios la afirmativa, fundados en que de otra suerte la disputa de que habla Cicerón no hubiera tenido razón de ser³.

En favor de la misma posición parece poder alegarse también el episodio de Mesalina, ya que para la efectuación de su divorcio no hubo más que el nuevo matrimonio, leemos en efecto las palabras que Tácito pone en boca de Narciso: „An discidium, inquit, tuum nosti; Nam matrimonim Sillii vidit populus et senatus et miles” (Tac. 11, 30).

5. Por mi parte, no acabo de convencerme que tales dos referencias; la de Cicerón y la relativa a Mesalina, nos den luz suficiente para resolver el problema.

En cuanto a Cicerón, nos dice él que sobre dicho punto hubo *inter peritissimos homines summa dissensio*. Y no sabemos que se hubiese venido a una *communis opinio* después. Luego tanto peso hay por la afirmativa como por la negativa. Me admira, consiguientemente, lo escrito por Costa: „La proposta di una questione siffatta presuppone necessariamente che la dichiarazione espressa di un coniuge della volontà di divorziare dall'altro non fosse giuridicamente necessaria”⁴. Tal afirmación

³ Entre otros COSTA, *Cicerone Giureconsulto* I, Bologna 1927, p. 55 s.; VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in: *Studi in mem. di U. Ratti*, Milano 1933, p. 192, s.: *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940, p. 57; *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Litt. Roma 1961, p. 154 s. P. E. CORBETT, *The roman Law of Marriage*, Reciente reprod. (de la primera ed. 1930), Oxford 1969, p. 24 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, p. 54.

⁴ COSTA, o. c., p. 56. Por lo demás, no me resulta fácil el relacionar coherentemente el texto arriba transcrito de Costa, con lo que a continuación el mismo escribe: „[...] ma presuppone anche, d'altro lato, che una tale dichiarazione mediante l'invio di un *nuntius repudii* fosse, nel fatto, tanto comune e consueta da potersi dubitare che valesse a tenerne luogo una manifestazione tacita, ed implicita nell'inizio di un nuovo consorzio con persona diversa”. Se me hace difícil, he

no se sostiene; porque si existía *disensio* sobre si era necesaria, o no, tal declaración, la única conclusión legítima quae de ahí se sigue es contraria a cuanto escribe Costa. La conclusión es simplemente: que no había certeza de que la declaración expresa fuese necesaria.

Por lo que toca al episodio de Mesalina, este, sí, parecería decir más en favor de la no necesidad de la declaración expresa, y, consiguientemente, de la suficiencia del solo hecho de la celebración de otro matrimonio:

a) porque las citadas palabras de Tácito en boca de Narciso parecen hablar de divorcio, en efecto, realizado: *an discidium tuum nosti?*

b) porque parece haberlo dado por efectuado también el mismo Claudio, puesto que al saber que Mesalina se había casado con Silio, la hizo, sí, morir, pero, no, sin antes haber consignado o restituido la dote⁵;

c) finalmente, porque pudiera parecer que también el pueblo lo admitió, al hablarse de la solemnidad de la celebración: *cuncta (davanti al popolo) nuptiarum sollemnia celebrat* (Tac. 11, 26); *nam matrimonium Silii vidit populus et senatus et miles* (Tac. 11, 30).

Sin embargo, como insinué, ni aun con esto salimos de la duda.

No es cierto, ni mucha menos que el matrimonio de Mesalina con Silio, fuese tenido por válido. Y la razón es precisamente por eso: porque no se dió como cierto que importase, por el mero hecho, divorcio del matrimonio con el Emperador Claudio. Trataré de declararlo.

a) En primer lugar da que sospechar ya el texto de Dión Casio, donde se dice cómo Mesalina deseó tener muchos maridos a la vez con bodas legítimamente celebradas; y que las hubiera celebrado con todos sus adúlteros, si, al hacerlo por primera vez, non le hubiese costa la vida: *kai sympasin an tois chrōmenois autē kata symbolaia synōkēsen, ei mēper euthys en tō prōtō fōratheisa apōleto* (Dion Cassio l. c.). Creo que, dado el principio de la monogamia en Roma, lo más obvio es pensar no que el matrimonio preexistente había de ser entendido como disuelto, sino que el siguiente o siguientes habían de ser inválidos, incapaces, por tanto, de disolver el respectivamente precedente. Ese, pues, celebrado con Silio no debió haber sido entendido como válido, no capaz, por tanto, de disolver el preexistente con Claudio; tratándose, además de lo que

dicho, de componer esto con aquella otra afirmación; porque ahora admite la incerteza de la suficiencia del divorcio tácito, en cuanto al uso. Mas de qué otro *ius* se trata en el caso sino del consuetudinario? Es claro que la *dissensio*, o la *non mediocris contentio adducta* versaba sobre materia jurídica: sobre esa precisamente, si se debía admitir, o no, una costumbre (derecha), ineludible respecto del empleo del *nuntius repudiū*, o no. No muy claro tampoco P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*. Ristampa de la primera ed. 1925, Milano 1963, p. 335. Es, sin embargo, más preciso que Costa, porque no hace la distinción (o contraposición) mencionada de este último.

⁵ „Dote inter auspices consignata” SUET. *Claud.* 26; 29).

aparecía a todas luces como una veleidat de Mesalina contra la institución matrimonial romano de la monogamia.

b) En cuanto a lo dicho de la *consignatio dotis* por parte de Claudio⁶ nos dice Suetonio en el segundo testo, donde lo refiere. (*Claud.* 29), que Suetonio suscribió ese acto (*tabellas dotis et ipse consignaverit*) por habersele hecho creer que las bodas habían sido simuladas para evitarle un peligro⁶. Ni Claudio, por tanto, ni los que tal le contaban parece admitieron la verdad de un divorcio en el caso.

c) Refiere por su parte también Tácito (11, 37) algo que confirma esto mismo. Estando, en efecto, Narciso para llevar a cabo la ejecución de Mesalina, esperándole ésta en los jardines luculianos (*Interim Messalina Lucullianis in hortis prolatare vitam*), así prosigue Tácito: „Ac ni caedem eius Narcissus properavisset, verterat parnicies in accusatorem. Nam Claudius domum regressus et tempestivis epulis delentus, ubi vino, incaluit, ire iubet nuntiarique miserae (hoc enim verbum usum ferunt) dicendam ad causam postero die adesset. Quod ubi auditum et languescere ira, redire amor, ac, si cunctarentur, propinqua nox et uxorii cubiculi memoria timebantur, prorumpit Narcissus denuntiatque centurionibus, et tribuno qui aderat, exsequi caedem [...]”. Creo que se desprende fácilmente de este testo la posibilidad de una vuelta de Mesalina al lecho de Claudio, habiendo sido pasada la solemnidad de las bodas con Silio, como un mero episodio de aventura escandalística de una adúltera, y no, como matrimonio. Así parece haberlo pensado Claudio y tenido Narciso. La admisión, por alguien del divorcio de Mesalina, a través del nuevo matrimonio parece, consiguientemente también por aquí, muy dudosa.

d) Otro detalle, en favor hallamos todavía en Tácito. Momentos antes de la ejecución de Silio, narra Tácito que Narcisa hizo abrir la casa del adúltero Silio, y condujo allá al Emperador: „Patefieri domum adulteri atque illuc deduci imperatorem iubet”⁷. Silio, por tanto, no es un nuevo marido; no es más que un adúltero.

Según esto el episodio de Mesalina, no nos saca, como dijimos, de dudas en cuanto a la posibilidad de poder realizarse el divorcio en la Roma clásica a través de la mera celebración de otro (nuevo) matrimonio.

6. Nos falta ya ahora considerar el último punto cuestionable, que arriba señalamos, a saber: en el extremo de la duda — según acabamos de ver, seriamente fundada — de ser posible el divorcio por la mera celebración de nuevo matrimonio, qué sentido tendría a tal respecto dicha celebración?

⁶ „Nam illud omnem fidem excesserit quod nuptiis, quas Messalina cum adultero Silio fecerat, tabellas dotis et ipse consignaverit, inductus, quasi de industria simularentur (Texto completo supr. transcrito).

⁷ *Ann.* 11, 35.

7. Los sentidos posibles son dos:

a) — Que el segundo matrimonio, por el mero hecho de ser válido, disolviese el precedente. b) Que el segundo matrimonio constituyese un hecho demostrativo de la voluntad positiva de disolver el precedente.

En el primer sentido, o primer supuesto, la cuestión de la validez del segundo matrimonio, por existir el precedente, no podía presentarse, porque desde el momento en que hubiese habido una *affectio* verdaderamente *maritalis* respecto del segundo, el primero o precedente debía desaparecer, en fuerza del principio monogámico en Roma.

Ello quiere decir que el divorcio del primer matrimonio era una consecuencia de la validez del segundo. Quien tal sentido sostiene lo expresa así, a la luz de los textos arriba citados de Cicerón: „Il dilemma che ci presenta Cicerone mostra come non sia possibile concepire la coesistenza di due unioni matrimoniali nella medesima persona: se la precedente unione è valida, la seconda non potrà essere che un concubinato: se la seconda è valida essa scioglie necessariamente ipso iure la prima col fatto stesso di sorgere. Caratteristica mentalità profondamente diversa dalla nostra moderna in ordine al matrimonio, mentalità che conferma ancora una volta il concetto antitetico dal punto di vista giuridica del matrimonio romano”⁸.

En el segundo sentido o supuesto no sería el divorcio consecuencia de la validez del segundo matrimonio, sino, al revés; la validez del segundo matrimonio dependería de haberse seguido previamente el divorcio del precedente. Era, según eso, planteable la cuestión de la nulidad del segundo matrimonio por existir o no haberse disuelto el precedente. Había que ver si el hecho del segundo matrimonio había podido demostrar una voluntad divorcista del primero.

8. A mi parecer, el segundo sentido es el más admisible.

Empezando por Cicerón, la cuestión jurídica que se presenta — a tenor de los textos del arpinate — a la mente de los juristas — sobre la que se da la *dissensio* — no es directa e inmediatamente la de la validez del segundo matrimonio, sino la de la validez del divorcio del primero: si bastaron o no, las *novae nuptiae* para realizarlo a sea: si no fueron necesarias las *certa verba*, sino que pudo bastar el demostrar la voluntad divorcista con el mero hecho del nuevo matrimonio (*novis nuptiis fieri cum superiore divortium*). Si bastaron las *novae nuptiae* éstas fueron válidas; sino, inválidas. Lo que interesaba, pues, en el caso era efectivamente la validez del segundo matrimonio; pero la cuestión — o la *dissensio* — jurídica, se presentaba, directamente, no sobre eso, sino

⁸ VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia*, cit., p. 192; *Lezioni*, cit., p. 154.

sobre el divorcio del primero; y en el fondo, sobre cómo era necesario que se manifestase la voluntad para divorciar.

Se advierte, a mi parecer, precisamente por este texto de Cicerón, que el principio de la monogamia en Roma no se debía ver, o no se debía presentar bajo la siguiente cara: si la precedente unión matrimonial era válida, la segunda no podía tenerse sino como un concubinato: si la segunda era válida, ella disolvía necesariamente *ipso iure* la primera por el hecho de darse; sino bajo esta otra: para que un segundo matrimonio fuere válido, era menester disolver antes el primero, con voluntad manifestada — expresa o tácitamente — de hacerlo. No era, por tanto, el *ius ipsum* el que disolvía el matrimonio en caso de divorcio, sino la *voluntas* de la o de las partes ⁹.

Según eso, para Cicerón y los *peritissimi homines* en absoluto, se presentaba, si, como posible, como no podía ser menos, el que con un nuevo matrimonio se manifestase la voluntad de no querer retener el primero; o sea de excluirlo (de divorciar); lo que se disputaba, sin embargo no era un eso, sino: si la manifestación así hecha de divorciar fuese tenida social y jurídicamente como suficiente para ello; o, contrariamente, fuese requerida siempre una manifestación expresa.

En cuanto al matrimonio de Mesalina, como vimos, no parece haber hecho él seguirse el divorcio de Claudio; mas de haber sido así, por cuanto parece deducirse de los textos, hubiera sido en cuanto indicativo o manifestativo (tal matrimonino) de la voluntad de divorciar. Tu has sido repudiado, viene a decir Narciso a Claudio, porque el matrimonio de Mesalina con Silio ha sido visto por el pueblo, por el Senado y la armada (Tac. 11, 30). Viene a decirle Narciso que las circunstancias de la celebración de un tal matrimonio manifestaban que rompía (previamente) el matrimonio con él, por o para casarse con Silio.

En efecto, supongamos que se hubiese podido advertir que Mesalina no había querido romper con él, sino solo celebrar nupcias con Silio („ánimo maritali”) — recuérdese lo arriba dicho, que Mesalina hubiera querido casarse *simul* con todos sus adúlteros. Nadie hubiese en ese caso admitido que el segundo matrimonio implicaba un divorcio. Lo cual quiere decir que la celebración de un segundo matrimonio como tal, por más sincero que fuese, no producía *ipso iure* la disolución del precedente. En

⁹ En esto, así Costa (cit.) como Bonfante (cit.), tienen la idea justa: „[...] dalle quale (las cuestiones aludidas en los textos de Cicerón) appare che una schiera di giuristi riteneva che bastasse il conchiudere nuove nozze, senza alcun avviso spedito al coniuge precedente, per render manifesta l'intenzione di rompere le precedenti: e il nuovo matrimonio era valido” (BONFANTE, o.c., p. 335). Come se ve, Bonfante está lejos de pensar en la disolución del matrimonio en el caso, *ipso iure*, sino que la considera realizada por obra de la voluntad, aunque tácita. Costa habla igualmente, como vimos, de „manifestazione tacita, ad implicita nell'inizio di un nuovo consorzio con persona diversa”. No piensan, según esto en la disolución *ipso iure*.

ese caso, a causa del principio jurídico de la monogamia, el segundo matrimonio hubiese sido nulo. Cuándo, pues hubiera sido visto en Roma un segundo matrimonio como válido? Cuando se hubiese reconocido como manifestada por él la voluntad contraria *in signo priori*, al mantenimiento del primero. Consiguientemente, no era el derecho el que se entendía disolver el primer matrimonio, sino la *voluntas*¹⁰.

Esa es la razón porqué el demente no podía divorciar. Porque para divorciar se requería, igualmente que para contraer matrimonio, un acto de la voluntad. Ese acto podría ser expreso y, en la opinión de algunos *peritissimi homines*, también tácito — a través de un hecho — pero acto de la voluntad. Tan acto de la voluntad era (y es) uno como otro, porque siempre era la voluntad la que operaba. Sucedió así que en el último caso, dado que fuese admitido — cosa dudosa, como vimos — la celebración del segundo matrimonio implicaría necesariamente el doble acerto; de divorciar del primero, y de contraer el segundo.

¹⁰ In questo senso — solo ipotéticamente con respecto a Messalina porque yo no admito la disolución de su matrimonio — exactamente GUARINO, *In difesa di Messalina*, in Labeo, 20, 1974, p. 18: „Dunque sono i“ „facta concludentia“ a determinare in quei tempi [...] l'effetto giuridico del „divertere dei due coniugi“. Y continúa, todavía en la misma página. „A questo punto potrebbe sostenersi (come infatti è stato da alcuni sostenuto) che la volontà di ripulsa di Messalina nei riguardi di Claudio sia l'implicito precedente logico, anche se non cronologico, del matrimonio con Silio: *L'affectio maritalis* dimostrata, e solennemente dichiarata, da Messalina in direzione di Silio comporata di necessità la fine dell'*affectio maritalis* di cui è stato destinatario, sino a questo momento, Claudio“. Pudiera únicamente encontrarse un poco de equívocidad en tal párrafo — aparte de que para mí es pura hipótesis, como dije — ya que la necesidad de que habla no se sabe si la entiende como jurídica, es decir, haciendo seguir la disolución por obra del derecho, o si la entiende más bien en el sentido del hecho: del suponer, que mientras no se pruebe lo contrario, que la voluntad (no el derecho!) ha excluido (o excluye), por lo mismo, el matrimonio precedente. Si el egregio romanista napolitano piensa lo primero, no podría hablar de la disolución del matrimonio precedente, *in signo*, al menos lógico, *priori*. Por tanto, me inclino a creer que tampoco para Guarino es el derecho el que produce la disolución (el divorcio), sino, la voluntad tácita del que contrae el nuevo Matrimonio, o sea, aquí Messalina.