INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES MATRIMONIALES FUNDAMENTADAS EN LOS VÍNCULOS DE PARENTESCO

Eva María Polo Arévalo
Profesora Titular. Derecho Romano. Universidad Miguel Hernández.
Elche. España.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. INCAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO PARA LOS FAMILIARES UNIDOS POR VÍNCULOS EN LÍNEA RECTA: CARENCIA DEL *IUS CONNUBI* ENTRE ELLOS.

III. PROHIBICIÓN DE CELEBRAR *IUSTAE NUPTIAE* ENTRE PERSONAS UNIDAS POR PARENTESCO COLATERAL: ALCANCE DE SUS EFECTOS.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

I. La concepción del matrimonio –*iustae nuptiae*— hasta época postclásica como acto carente de formalidades por el que dos personas que tenían el *ius conubii* entre sí y con voluntad efectiva de convivir maritalmente se unían para formar una familia[1], indudablemente tuvo influencia decisiva en la consideración de que las nupcias debían celebrarse entre personas ajenas a la familia de origen[2]; sólo de esta forma se puede entender la conclusión de la *conventio in manum*, acto jurídico por el que la mujer abandonaba su familia originaria y se incorporaba a la del marido. La peculiar estructura del grupo agnaticio fundamentado en las justas nupcias y fuertemente unido en torno a la figura del *paterfamilias*, imponía la exogamia como exigencia básica en la configuración del matrimonio para evitar la confusión de roles en el núcleo familiar[3]; de ahí que se constate en las fuentes que las normas consuetudinarias y legales reguladoras de esta materia se formularon siempre de forma negativa para vetar cualquier posibilidad de contraer justas nupcias entre personas que estaban unidas por relaciones de parentesco[4].

El tratamiento que las fuentes realizan respecto a las uniones entre personas ligadas por vínculos familiares revela, a nuestro entender, que los juristas romanos no ofrecieron una doctrina unánime referida a la presencia de vínculos familiares en materia matrimonial, ya que, en algunas ocasiones, se entendía como una incapacidad para que pudieran surgir las *iustae nuptiae* y, sin embargo, en otras, se concebía como una mera prohibición o impedimento para la celebración de las mismas. Cabe resaltar, además, la carencia de motivación jurídica de las decisiones adoptadas por los juristas respecto a las incapacidades y prohibiciones que se fueron regulando; sólo en algunos supuestos concretos se alegan las causas y fundamentos para prohibir el matrimonio entre familiares, siendo habitual que tan sólo se constate la carencia del *ius conubii* o el establecimiento de la prohibición, sin más justificación adicional. Esta falta de motivación en los textos evidencia a nuestro juicio no sólo que la sociedad romana aceptaba plenamente que el vínculo de parentesco impedía el matrimonio, sino que la explicación de esta

1 Vid. respecto a la evolución de la concepción del matrimonio para el derecho romano, ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustinianeo*, I, *Milano*, 1915.

2 PLUTARCO analiza la exclusión del matrimonios entre consanguíneos en sus *Quaestiones Romanae*, 108 y ss., motivando tal regla en la voluntad de ampliar la parentela con matrimonios exogámicos y evitar disgregar las relaciones de parentela con matrimonios endogámicos y mantener a la mujer una doble identidad social, la de su familia de nacimiento y aquella en la que ha entrado por el matrimonio. A este respecto, MORA ha afirmado que "è *interessante osservare come questa interpretazione plutarchea risulti diametralmente opposta alla lode dionisiana dell'organizzazione matrimoniale romulea, esaltata proprio perché implica la totale cessione della donna al gruppo umano del marito*". MORA, "*Nuclei d'interesse e strategie interpretative nelle Quaestiones Romanae di Plutarco*", en *Gerión*, 2007, 25-1, pp. 329 y ss., en especial, p. 333 y ss.

3 De ahí que en D. 23, 2, 39, *pr*. se alegue como fundamento de la prohibición del matrimonio con la biznieta de una hermana, ya que se considera que están relacionados en línea recta, esto es, con vínculo de ascendientes y descendientes: *quoniam parentis loco ei sum*. D. 23, 2, 39, *pr*.- (*PAULUS libro VI ad Plautium*).- *Sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum*.

4 Como afirma MOREAU, en otras sociedades se presenta una regulación positiva porque se determina el grupo de individuos entre los que una persona debe contraer matrimonio y, pese a que autores literarios ofrecen noticias de matrimonios entre primos hermanos, parece, según el autor, que estas uniones habrían tenido lugar sólo en tiempos legendarios. MOREAU, *Incestus et prohibitae nuptiae. Conception romaine de l'inceste et histoire des prohibitions matrimoniales pour cause de parenté dans la Rome antique*, Paris, 2002, pp. 168 y 169.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

norma de aceptación generalizada excedía sin duda el ámbito jurídico. De ahí que en las fuentes se soslaya cualquier disquisición acerca del origen, fundamentación o conveniencia del matrimonio entre parientes, presentando únicamente la regulación ofrecida en esta sede.

No obstante, pese a que el fundamento de la prohibición de las relaciones entre parientes resulte una materia más antropológica que jurídica[5], lo cierto es que ni siquiera en esta disciplina se ha encontrado una explicación satisfactoria para la existencia de la misma; como afirmó LEVY STRAUSS en su conocido estudio acerca del incesto[6], el veto a las relaciones entre parientes se presenta a la reflexión sociológica como un "*terrible misterio*"[7] y de ahí que también cobren sentido las palabras de LEVY-BRUHL al presentar la prohibición del incesto como una *vexata quaestio* para la que no se puede ofrecer solución alguna y sobre la que no habría que plantear problemas; según el autor, esta prohibición sencillamente no existe: el incesto, en realidad, no se lleve a cabo porque es algo que despierta "*horror y espanto*"[8].

La búsqueda de las posibles motivaciones por las que el pueblo romano rechazó el matrimonio entre personas con vínculos familiares seguramente se presenta como una tarea inexplicable desde el punto de vista jurídico caracterizada, como afirma BETANCOURT, por la "*indefinibilidad*", y que se encuentra condicionada además por elementos históricos, culturales y sociológicos[9]; y quizás por ello –a excepción del parentesco en línea recta— se encuentren en las fuentes constantes modificaciones y derogaciones en las prohibiciones matrimoniales

5 MANFREDINI entiende que el discurso sobre el incesto se puede hacer desde diversos ángulos "*le quali si prestano tutte a letture antropologiche*", añadiendo más adelante que se debe renunciar a comprender las secretas motivaciones del mismo: *"incesto tabù di sangue, l'incerta proles, il motivo della confusione dei ruoli e difficoltà di accertamento della propia identità, il disordine classificatorio*", poniendo de manifiesto que las numerosas prohibiciones existentes en Roma –que superan con creces las que existen en derecho vigente— podrían llevarnos a plantearnos diversas cuestiones: "*Quali i tabù sottostanti?, Quale il significato della proibizione di matrimonio con la nipote della sorella, cioè la figlia della figlia della sorella, e non, ad esempio, con la figlia del figlio della sorella o con la figlia della figlia del fratello?*". Para el autor, sin embargo, estas cuestiones pertenecen al ámbito antropológico y desde el punto de vista estrictamente jurídico tan sólo se debe constatar que el incesto tuvo una regulación peculiar tanto en el ámito civil –como prohibición matrimonial— como en el penal, en el que se configura como crimen castigado en sus dos vertientes: *incestum cum adulterio* o *cum stupro* e *incestum per illicitum matrimonium*. Vid. a este respecto, MANFREDINI, "*La donna incestuosa*", en *Ann. Univ. Ferrara*, *Sc. Giur*., *Nuova serie*, I, 1987, pp. 11 y ss., en especial pp. 12, 14 y 15.

6 LEVY STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté, Paris-La Haye*, 1973, pp. 17 y ss.

7 Según el autor, la sociología contemporánea ha preferido mostrar su impotencia para explicar la prohibición del incesto tras fracasar constantemente en esta tarea, concluyendo que, aunque la raíz de ésta se encuentre en la naturaleza, solo podemos estudiarla en su punto externo como regla social. LEVY STRAUSS, *Les structures élémentaires…*, *op. cit*., pp. 17 y ss.

8 LEVY-BRUHL, *Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive, Paris*, 1931, p. 247. También DE FRANCIOSI ha puesto de manifiesto que el fundamento de lo que él denomina "*orroe per l'incesto*" es un problema que siempre ha dejado perplejos a los estudiosos. Vid. DE FRANCIOSI, *Clan gentilicio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, III, Nápoles, 1983, p. 130.

9 *Gai, Inst*., I, 59.- *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias coutraxisse dicuntur…* BETANCOURT, "*D. 23, 2, 57ª (¿?): "si legitime concepti fuissent*", en El derecho de familia y los derechos reales en la Romanística española (1940-2000), Huelva, 2001, pp. 67 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

dependiendo de las épocas, siendo a finales del siglo IV cuando, seguramente por influjo del cristianismo[10], se documente el mayor número de prohibiciones para contraer matrimonio por causa de parentesco[11].

Dejando a un lado las posibles causas en las que se fundamenta la prohibición del matrimonio entre parientes, la lectura de las fuentes ilustra claramente, a nuestro juicio, que para el derecho romano no tuvieron la misma consideración las uniones entre ascendientes y descendientes que las del resto de familiares. En efecto, como se podrá comprobar, las primeras se rechazaron contundentemente dejando claramente constatada la ausencia de *conubium* entre las personas unidas por tal vínculo y calificando las referidas uniones como *nefarias et incestas*[12]; sin embargo, el parentesco colateral es tomado en consideración refiriéndose a él como una prohibición para contraer matrimonio, apareciendo como dudoso el alcance que debía tener en cuanto al grado de parentesco y llegando incluso a mostrar cierta benevolencia hacia las uniones entre parientes colaterales, habituales en otras sociedades, y a las que los juristas romanos conocieron como casos de incesto *iure gentium*.

Lo que sí aparece como indudable es que la consideración del parentesco como incapacidad, impedimento o prohibición para celebrar *iustate nuptiae*[13], supuso que las personas unidas por vínculos familiares, como se afirma en *Gai, Inst*., I, 58, debían abstenerse de contraer matrimonio *–nuptiis abstinere debemus—*:

> *Gai, Inst*., I, 58.- *Nec tamen omnes nobis uxores ducere licet: Nam a quarundam nuptiis abstinere debemus*.
>
> Las relaciones entre familiares se encontraban prohibidas *veteres mores*, como afirma PAULO en D. 23, 2, 39, 1 *–quas moribus prohibemur uxores ducere*[14]— y POMPONIO en D. 23, 2, 8 *–moribus*[15]— y, de celebrarse, los contrayentes incurrían en *incestum*. Por ello GUARINO entiende que el incesto, durante las épocas preclásica y clásica, tenía aplicación más en la esfera religiosa que jurídica, no perteneciendo al ámbito del *ius* sino al *fas*[16]. Son calificadas estas uniones como *nefarias et incestas nuptias*[17], considerándose inexistentes y, por tanto, *neque uxorem habere videtur neque liberos*[18] y *neque dotem habent*, por lo que

10 BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, III, *Milano*, 1952, p. 95.
11 MANFREDINI, "*La donna incestuosa*", *op. cit*., p. 13.
12 BETANCOURT, a este respecto, asimila las uniones entre hermanos a las de ascendientes y descendientes, afirmando que tenían el mismo rechazo en derecho romano. BETANCOURT, "*D. 23, 2, 57ª (¿?): "si legitime concepti fuissent*", *op. cit*., p. 86.
13 MANFREDINI, "*La donna incestuosa*", *op. cit*., p. 12.
14 D. 23, 2, 39, 1.- (*PAULUS libro VI ad Plautium*).- *Si quis ex his, quas moribus* prohibemur *uxorem ducere, duxerit, incestum dicitur commitere*.
15 D. 23, 2, 8.- *…quia hoc ius moribus, non legibus introductum est.*
16 GUARINO, "*Studi sull'incestum*", en *ZSS*, LXIII, 1943, pp. 175 y ss., en especial, p. 217. Vid. también VOCI, *L'errore nel diritto romano, Milano*, 1937, pp. 198 y ss.
17 *Gai, Inst*., I, 59.- *...et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas* nuptias coutraxisse *dicuntur*...
18 GUARINO entiende que la terminología que emplean algunas fuentes refiriéndose al *incestum matrimonium* o expresiones similares es impropia toda vez que la unión incestuosa no puede crear nunca un *matrimonio iustum* ni por tanto producir efectos jurídicos. GUARINO, "*Studi sull'incestum*", *op. cit*., p. 224.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

> los bienes que la componían debían ser confiscados, quitando incluso lo que se percibió por frutos[19].

II. El parentesco en línea recta, como afirma POTHIER[20], por remoto que fuera el grado, fue y ha sido en todos tiempos por ley natural un impedimento del matrimonio, ya que la sumisión y respeto que un hijo debe a su madre se consideran incompatibles con la autoridad que el matrimonio concede al marido sobre su mujer y, por tanto, se torna en un obstáculo insuperable para que un hijo pueda ser el marido de su madre. Las fuentes reflejan nítidamente la imposibilidad para padres e hijos y, en general, para ascendientes y descendientes, de contraer matrimonio entre sí, constando además en una constitución del año 295 que esta regla se había establecido *iure antiquo*:

> C. 5, 4, 17.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS*).- *Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia nepte pronepte, itemque matre avia proavia... quae iure antiquo prohibentur: a quibus cunctos volumus abstinere*. (*Dat. Kal. Maii Damasco, TUSCO et ANULINO Conss. 295*).

La norma que establece la imposibilidad de contraer *nuptiae* entre ascendientes y descendientes se adopta con un alcance absoluto, esto es, afecta a todas aquellas personas *quae in numero parentium liberorumve sunt*[21], extendiéndose en la línea recta de parentesco *ad infinitum*[22]. Además, cabe resaltar que el obstáculo principal para que una unión entre familiares en línea recta sea considerada *iustae nuptiae* es que, entre ellos, no existía *conubium –nec intere eas conubium est—*; éstas mismas personas que tenían capacidad plena para contraer matrimonio con otras ajenas a la familia, sin embargo, cuando se trataba de entablar relaciones con miembros de su mismo círculo familiar, las fuentes

19 D. 23, 2, 52.- (*PAULUS libro VI ad Sabinum*).- *Incestae nuptiae neque dotem habent et ideo omne quod perceptum est licet fructuum nomine auferetur*. El mismo principio queda expresado en otros textos, como por ejemplo: D. 48, 5, 39 (38), 6.- (*PAPINIANUS libro XXXVI Quaestionem*)- *Idem pollioni in haec verba rescripserunt: "incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus*"; C. 5, 5, 4, *pr*.- (*Imppp. VALENTINIANUS, THEODOSIUS et ARCADIUS AAA. ad ANDROMACHUM, Comitem rerum privatarum*).- *Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignaeve sublatum fisco vindicari sancimus*… (*Dat. Romae Kal. Decemb. THEODOSIO A III et ABUNDANTIO Conss. (393*); C. 5, 5, 6.- (*Impp. ARCADIUS et HONORIUS AA. EUTYCHIANO P.P.*).- *Si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestavit, proprias quamdiu vixerit teneat facultates, sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur*…; *Nov*. 12, 1.- (*AUTHENT. De incestis et naferiis nuptiis*).- *Incestas nuptias contrahentis poena est confiscatio bonorum, tam ceterorum, quam dotis, exsilium etiam et cinguli, si quo potitur, spoliatio, verberatio quoque, si vilis est. Femina quoque talia scienter peccante, simili poenae subiuganda. Substantia sic amissa liberis hoc ipso sui iuris effectis, si quos habet legitimos, applicetur, ut tamen pater ab eis alatur; quibus non extantibus, fisco defertur*.

20 POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio, Barcelona*, 1846, p. 63.

21 Vid. D. 23, 2, 39, *pr*.

22 D. 23, 2, 53.- (*GAIUS libro XI, ad Edictum provinciale*).- *Nuptiae consistere non possunt inter eas personas quae in numero parentium liberorumve sunt, sive proximi sive ulterioris gradus sint usque ad infinitum*. I. 1, 10, 1.- *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam quarundam nuptiis abstinendum est: inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se optinent nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium vel aviam et nepotem et usque ad infinitum: et si tales personae inter se coierunt, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur*… Vid. también *Coll*. 6, 2, 1; *Paul. Sent*., II, 19, 3 y *Epit. Gai*, I, 4, 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

constatan de forma tajante la inexistencia de *conubium* entre ellos[23]:

> *Gai, Inst*., I, 59.- *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem;*
>
> *Ulp. Reg*., V, 6.- *Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus sint conubium non est*;

La carencia de *conubium* entre ascendientes y descendientes pone de manifiesto su tratamiento como incapacidad en las fuentes[24] y no como mera prohibición, ya que no sólo se impide la celebración de justas nupcias, sino que éstas nunca llegarían a surgir por falta de un elemento esencial requerido para su nacimiento, que es la capacidad o *conubium*; de ahí que el matrimonio celebrado entre parientes en línea recta fuera nulo y, por tanto, inexistente, no teniendo la mujer ni los hijos la condición de legítimos[25].

El parentesco en línea recta creado por adopción también supuso una incapacidad para las *iustae nuptiae*[26], y ello pese a que el adoptado, como pone de manifiesto MOREAU[27], no se conviertía en *cognatus* de los *cognati* del padre[28].

La rotundidad de las fuentes al expresar su rechazo absoluto a que pudieran surgir las nupcias entre ascendientes y descendientes en el seno de la familia legítima queda claramente establecida[29], surgiendo la cuestión acerca de

23 Como ponen de manifiesto ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, la capacidad de contraer matrimonio respecto de persona determinada venía designada con la expresión *conubium*, pudiendo darse el caso de que una persona en principio capaz, no lo fuera relativamente a sujetos determinados. En la técnica jurídica moderna se alude a la noción de impedimento como hechos que obstaculizan la celebración de un matrimonio válido, término sin embargo desconocido y extraño al derecho romano. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, Madrid, 1981, p. 717. VOLTERRA también entiende que en el derecho clásico existían determinadas situaciones que impedían el nacimiento de *iustae nuptiae* para personas entre las que, de otro modo, existiría el *conubium*; así, según el autor, la prohibición se expresa en las fuentes bajo la forma de denegación del *conubium*. VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 649.

24 Según ULPIANO, *iustum matrimonium est, si inter eos qui nupcias contrahunt conubium sit*. Vid. *Ulp*. *Reg*., V, 2. *Cfr, Gai*, *Inst*., I, 59.

25 *Gai, Inst*., I, 64.- *Ergo si quis nefaris atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere uidetur neque liberos;* I. 1, 10, 12.- *Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur*…

26 *Gai, Inst*., I, 59.- …*Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae seu neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim*; D. 23, 2, 17, *pr*.- (*GAIUS libro XI ad Edictum Provinciale*).- *Per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nuptias, donec manet adoptio: ideoque eam, quam pater meus adoptavit et emancipavit, potero uxorem ducere. aeque et si me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio*; D. 23, 2, 55, *pr*.- (*GAIUS libro XI ad Edictum Provinciale*).- *Quin etiam nefas existimatur eam quoque uxorem ducere, quae per adoptionem filia neptisve esse coeperit, in tantum, ut et, si per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem iuris maneat*.

27 MOREAU, *Incestus et prohibitae nuptiae…*, *op. cit*., p. 258.

28 Vid. I. 1, 10, 1.- ...*et haec adeo ita sunt ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi, in tantum ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat: itaque eam quae tibi per adoptionem filia aut neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris*.

29 Las fuentes literarias también ofrecen noticias de castigos a personas que cometen incesto por

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

si se predicaba la misma incapacidad respecto de ascendientes y descendientes ilegítimos y también en cuanto a las relaciones serviles; en este sentido, conviene traer a colación tres fragmentos que abordan esta materia:

> D. 23, 2, 8.- (*POMPONIUS libro V ad Sabinum*).- *Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est.*
>
> D. 23, 2, 14, 2.- (*PAULUS libro XXXV ad Edictum*).- *Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt. igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem: tantundem iuris est et in sorore et sororis filia. idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. unde nec volgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere*. 3.- *Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti ut eam, quae in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere, et contra eam, quae in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere: aeque nec matrem eius, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum. cum enim cognatio servilis intellegitur, quare non et adfinitas intellegatur? sed in re dubia certius et modestius est huiusmodi nuptiis abstinere.*

Los textos citados hacen referencia a dos supuestos en los que el vínculo familiar no se encuentra establecido con la certeza debida: la cognación servil y la relación paterno-filial natural; no obstante, pese a ello, también se prohíbe el matrimonio entre ellos. El parentesco natural impediría el matrimonio porque *contra pudorem est autem filiarum uxorem suma ducere*, pese a que el vínculo no se encuentre asegurado con la certeza debida; igualmente, se prohíbe el matrimonio entre madres e hijos o padres e hijas, hermanas y sobrinas de esclavos manumitidos, *etsi dubitetur*, esto es, incluso si se duda de la identidad del padre. La interdicción del matrimonio, se afirma en D. 23, 2, 8, *non legibus introductum est* sino *ius moribus*, recurriendo además a argumentos más morales que jurídicos para establecer esta prohibición, tales como el pudor que debe imperar en la institución matrimonial –*in contrahendis matrimoiis naturale ius et pudor inspicendus est*— y aconsejándose en el último fragmento citado que resulta más acertado y prudente abstenerse del matrimonio cuando existen tales situaciones –*certius et modestias est huiusmodi nuptiis abstinere*—.

Todo lo anterior, parece indicar que las prohibiciones matrimoniales referidas al parentesco natural y a la cognación servil seguramente no se habrían establecido en un principio, tratándose de elaboraciones posteriores que no se conceptúan ya como incapacidades sino como sutiles prohibiciones fundamentadas más en nociones morales, tales como el pudor, la modestia o el derecho natural; así, al presentar al matrimonio como una institución que debe ser respetada, se intenta, más que prohibir, convencer a las personas ligadas por un parentesco

mantener relaciones entre padres e hijos. A este respecto, vid., entre otros, *Tac*., *Ann*, 6, 19, 1; 6, 49, 1-2 y 13, 2, 1; *Dion*. *Cass*., 58, 22, 3 y 46, 18, 6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

dudoso que, pese a la falta de certeza del vínculo familiar, era conveniente que se abstuvieran de las nupcias a fin de no viciar ni alterar la esencia del matrimonio.

III. El matrimonio entre colaterales tampoco estuvo permitido en derecho romano pero es tratado en las fuentes de forma muy distinta al de las uniones entre parientes en línea recta[30]. A nuestro juicio, los juristas sí entendieron como prohibiciones y no como incapacidades para contraer matrimonio la vinculación colateral entre los cónyuges y de ahí que, entre ascendientes y descendientes, ULPIANO se refiriera a que "*conubium non est*" mientras que entre colaterales afirme que "*matrimonia contrahi non poterant*", no pudiendo afirmarse, a nuestro entender, que estas expresiones sean equivalentes[31], ya que la falta de *conubium* se daba entre personas ligadas por vínculos de parentesco en línea recta mientras que las prohibiciones se establecieron entre parientes en línea colateral, entre los que si existía *conubium* pero el derecho romano les vetó el matrimonio[32].

En esta materia, aparece dudoso el límite o alcance que tuvo la prohibición matrimonial entre parientes colaterales; a este respecto, como pone de manifiesto BRASIELLO, en origen, las prohibiciones fueron impuestas por el *fas* y por los antiguos *mores*[33] y, según se desprende de un texto de TITO LIVIO esa prohibición alcanzaba hasta el séptimo grado de parentesco[34]:

30 *Gai*, *Inst*., I, 60.- *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta*; vid. también la constitución de DIOCLECIANO del año 295 contenida en C. 5, 4, 17, citada anteriormente en la que se pone de manifiesto que *nemini liceat contrahere matrimonium* no sólo con ascendientes, descendientes, sino también con colaterales, afines, afirmando que esta prohibición existió desde derecho antiguo.

31 En contra, ROBLEDA entiende que las expresiones "*conubium non est*" y "*matrimonio contrahi non poterant*" son equivalentes y que ambas se refieren a la prohibición de contraer nupcias. Entiende el autor que cuando se habla de defecto de *conubium* entre *cives* consanguíneos o afines –entre sí—, se aludía a la mera ausencia de prohibiciones, esto es, que el hecho de que en los textos se afirme que entre algunos parientes faltaba el *conubium* vendría a decir que existía una prohibición de contraer el matrimonio. Según el autor, las expresiones de ULPIANO, en sus *Regulae*, V, 6, "*conubium non est*" y "*matrimonia contrahi non poterant*", son equivalentes, queriendo significar en ambos casos la ausencia de prohibiciones para contraer matrimonio. Vid. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad, Roma*, 1970, p. 175.

32 Precisamente por equiparar las expresiones "*conubium non est*" y "*matrimonio contrahi non poterant*", el autor concluye que la aplicación del *conubium* a estos casos oscurece la definición positiva que él mismo mantiene de capacidad para contraer justas nupcias y afirma que "*estas alternativas, en Ulpiano y Gayo, entre el conubium non est, y el nupcias contrahi non possunt, o impedimentos esse nuptiis (gai, I, 61) non liceo uxorem ducere, pohibitae sunt nuptiae…, demuestran la insinuada decadencia en el rigor del concepto. A la verdad, el prohibitae sunt nuptiae, entre patricios y plebeyos (antes de la lex Canuleia) entre cives y peregrinos, o entre cives y esclavos, no tendría sentido. Ahí si que el conubium suena vivamente a elemento positivo, o sea a participación de personalidad, a algo que hace capaz, a algo añadido al sujeto; por eso no cabe entonces el hablar de impedimentos o de prohibiciones; pero en aquellos otros casos, no así, sino que parece entrar ya la idea de meras prohibiciones, si bien invalidantes*". ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano…, op. cit.*, p. 175.

33 BRASIELLO, voz "*Incesto" (Diritto romano*)", en *NNDI*, VIII, *Torino*, 1962, p. 499.

34 *Cfr*. *Liv*., *Hist. Rom*., 42, 34, 3.- *Cum primum in aetatem veni, pater mihi uxorem fratrem sui filiam dedit, quae secum nihil adtulit praeter libertatem pudicitiamque et cum his fecunditatem, quanta vel in diti domo satis esset*. Vid. A este respecto, JAL, *Tite Live. Hitoire Romaine*, XXXI (*Livres* XLI-XLII), Paris, 1971.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

> *Liv*., *Hist. Rom*., 20.- *P. Celius (Cloelius?) patricius primus aduersus ueterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem. Ob hoc M. Rutilius plebeius sponsam sibi praeripi nouo exemplo nuptiarum dicens sedicionem populi concitauit adeo ut patres territi in Capitolium perfugerent*[35].

En el texto, un patricio –de nombre *CELIUS* o *CLOELIUS*— fue al parecer el primero que *aduersus ueterem morem intra septimum cognationis gradum*, al contraer matrimonio con una mujer con la que el vínculo de parentesco era inferior al séptimo grado. Las noticias ofrecidas por TITO LIVIO permiten deducir, según BRASIELLO[36], que, al principio, el límite de parentesco hasta donde se extendía la prohibición de contraer nupcias coincidía con el grado familiar hasta el que se reconocía el vínculo agnaticio[37]. También este texto ha servido de base para afirmar que ya en época anterior al siglo III a.C. se autorizaron las nupcias entre parientes de sexto grado, suponiendo este hecho el triunfo de la cognación sobre la agnación[38], ya que, en efecto, siendo los agnados también cognados entre

35 MOMMSEM, "*Anecdoton livianum*", en *Hermes*, IV, 1870, pp. 371 y 372 (=Gesammelte Schriften, VII, Berlin, 1909, pp. 163 a 167). Vid. también WESTRUP, *Introduction to early Roman law*. I. *Comparative sociological studies, the patriarchal joint family, London-Oxford*, 1934, pp. 50 y 51; DE FRANCISCI, *Primordia civitas, Roma*, 1959, pp. 156 y ss.; FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche, Napoli*, 1978, pp. 120 y 121; LINKE, *Von der Vermandtschaft zum Staat. Die Entstehung politischer organisationsformen in der frührömischen Geschichte, Stuttgar-Steiner*, 1995, pp. 26 y ss.

36 BRASIELLO, voz "*Incesto" (Diritto romano*)", *op. cit*., p. 499.

37 En efecto, algunos textos del Digesto ponen de manifiesto que el último grado de parentesco por agnación llega hasta el séptimo grado: D. 38, 10 (11), 4, *pr*.- (*MODESTINUS libro XII Pandectarum*).- *Non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, quum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur*; D. 38, 10 (11), 10, 8.- (*PAULUS libro singulari de gradibus, et affinibus, et nominibus eorum*).- *...quod ultimi cognationum gradus sobrinorum fiunt*... También a este respecto, *Isid. Sev., Etym*., 9, 6, 29. Vid. DE FRANCISCI, *Primordia civitas, op. cit.*, pp. 159 y ss.

38 POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio*, *op. cit*., p. 63. THOMAS, "*Mariages endogamiques á Rome. Patrimoine, pouvoir et prentè depuis l'époque archaiche*", en *RHD*, LVIII, 1980, pp. 345 y ss.; en especial, pp. 362 y ss. En el mismo sentido, ROBLEDA entiende que del fragmento de LIVIO se puede colegir que muy antiguamente el impedimento se extendía hasta el séptimo grado; ello sin embargo no hasta más allá del siglo III a.C.; ya que a partir más o menos de la segunda guerra púnica, quedó circunscrito al cuarto grado, como se desprende de *Tac*., *Ann*., 12, 6, 3 y en derecho clásico desciende la prohibición al tercer grado. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano..., op. cit.,* p. 184, n. 99. En contra, vid. HANARD, "*Inceste et société romaine républicaine: un essai d'interprétation ethno-juridique du fragment du livre XX de l'histoire romaine de Tite-Live*", en *Revue Belge de Philologie et d'histoire*, LXIV-1, 1986, *Antiquité-Oudheid*, pp. 32 y ss. Según este autor, los romanistas han concedido al texto de TITO LIVIO tan sólo un mero valor histórico, mientras que "*le développement considérable des sciences ethnologique et linguistique permet au romaniste qui veut bien tenter l'experience, toujours délicate, de l'interdisciplinarité, de dépasser ce simple constat, en conférant á ce texte la valeur d'un témoignage exceptionnel sur les ressorts profonds qui animent la mentalité de la société romaine républicaine*...".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

sí[39], sin embargo, los cognados carecían de vínculos de agnación[40]. De ahí que THOMAS haya puesto de manifiesto que la prohibición de contraer matrimonio entre parientes hasta el séptimo grado "*ne joue pas entre parents para les femmes. Seul le lien agnatique produit des parents interdits*"[41]. Resulta lógico pensar que en el derecho romano arcaico, en el que predominaba la familia agnaticia, las prohibiciones matrimoniales se establecieran entre los parientes unidos por vínculos de agnación, si bien con posterioridad el parentesco de cognación se tomaría en consideración para impedir que personas que tuvieran vínculos cognaticios pudieran unirse en matrimonio[42].

La prohibición que aparece más claramente establecida en las fuentes es la referida a los hermanos *sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum*[43]:

> *Gai*, *Inst*., I, 61.- *Sane inter fratrem et sororem prohibitae sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum*…
>
> D. 45, 1, 35, 1.- (*PAULUS libro XII ad Sabinum*).- *Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut reccidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit*.

39 D. 38, 10 (11), 10, 2.- (*PAULUS libro singulari de gradibus et affinibus et nominibus eorum*).- *Cognati sunt et quos adgnatos lex duodecim tabularum appellat, sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia: qui autem per feminas coniunguntur, cognati tantum nominantur*. *Gai, Inst*., I, 156.- *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et inpuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet; quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat*.Vid. HANARD, "*Observations sur l'adgnatio*", en *RIDA*, XXVII, 1980, pp. 169 y ss.

40 D. 38, 10 (11), 4, 2.- (*MODESTINUS libro XII Pandectarum*).- *Cognationis substantia bifariam apud romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae vulgo liberos peperit. civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. utroque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit*; y D. 38, 10 (11), 10, 4.- (*PAULUS libro singulari de gradibus, et affinibus et nominibus eorum*).- *Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est*. Acerca de este último texto, vid. CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Roma, 1972, pp. 123 y ss.

41 THOMAS, "*Mariages endogamiques á Rome. Patrimoine, pouvoir et prentè depuis l'époque archaiche*", *op. cit*., p. 363. En contra, HANARD, "*Inceste et société romaine républicaine*…", *op. cit*., pp. 35 y ss. El autor se inclina por la creencia de que "*les prohibitions matrimoniales se sont toujours fondées sur le lien naturel de la parenté, la cognatio, indisponible aux particuliers, aussi loin qu'existe la consciencie de ce lien exprimé dans la nomenclature parentale, c'est-à-dire le sixième degré, dans les lignes paternelle et maternelle*".

42 Así, en D. 23, 2, 54 se afirma que el parentesco ilegítimo también constituiría impedimento para contraer matrimonio, manifestando que no resulta relevante el hecho de que la cognación provenga de legítimas nupcias: D. 23, 2, 54.- (*SCAEVOLA libro I Regularum*).- *Et nihil interest, ex iustis nuptiis cognatio descendat an vero non: nam et volgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere*.

43 Las fuentes literarias corroboran que fueron moralmente reprobables las relaciones entre hermanos. Vid. *Tac*., *Ann*., 12, 4, 1; *Dion*. *Cass*., 60, 31, 8; *Sen*., *Apoc*., 8, 2; *Cic*., *Phil*., 2, 38, 99 y *Pro Milone*, 27, 72-73, entre otros.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

> I. 1, 10, 2.- *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. sane enim inter fratrem sororemque nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt…*

El impedimento para acceder al matrimonio entre hermanos no ofrece dudas, pero no ocurre lo mismo con el resto de grados de parentesco colateral, en el que se observan modificaciones en la regulación de las prohibiciones y el establecimiento de excepciones a las mismas. En efecto, por lo que respecta al tercer grado de parentesco colateral[44], para el periodo clásico y postclásico se encuentra la prohibición de matrimonio claramente establecido[45], si bien hay que tener en cuenta que en el año 49 d.C. se introdujo una excepción a través de un senadoconsulto con el único fin de favorecer el matrimonio de CLAUDIO con la hija de su hermana, y en virtud del cual se permitían las nupcias entre tío y sobrina[46]. Como pone de manifiesto RODA[47], la excepción efectuada en favor de CLAUDIO, al tener el carácter de *ad personam*, ocasionó que sus efectos no pudieran extenderse a otras prohibiciones jurídica y sustancialmente equivalentes[48].

No obstante la excepción aludida anteriormente, lo cierto es que la sociedad romana debía seguir percibiendo el matrimonio entre colaterales del tercer grado como relaciones contrarias a las buenas costumbres[49] porque, en

44 En la línea colateral no existe el primer grado, como se pone de manifiesto en D. 38, 10 (11), 1, 1 e I. 3, 6, *pr*.: D. 38, 10 (11), 1, 1.- (*GAIUS libro VIII ad Edictum provinciale*).- *Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit, ex transverso sive a latere nullus est primus gradus et ideo incipit a secundo. itaque in primo gradu cognationis superioris quidem et inferioris ordinis cognati possunt concurrere, ex transverso vero numquam eo gradu quisquam concurrere potest. at in secundo et tertio et deinceps in ceteris possunt etiam ex transverso quidam concurrere et cum superioris ordinis cognatis*; I. 3, 6, *pr*.- (*DE GRADIBUS COGNATIONIS).- Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. qua in re inprimis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam ex latere dicitur. superior cognatio est parentium, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumve, eorumque qui ex his progenerantur, et convenienter patrui, amitae, avunculi, materterae. et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea quae ex transverso numeratur, a secundo*.

45 *Gai*, *Inst*., I, 63.- *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam, quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', qula, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere*; también *Ulp*. *Reg*., V, 6.- *…Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint*.

46 *Gai, Inst*., I, 62.- *Fratris filiam uxorem ducere licet: Idque primum in usum uenit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset: Sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur*. Vid. también *Tac*., *Ann*., XII, 6, 3; *Suet*., *Claud*., XXVI, 39, 43; *Dion. Cass*., LXI, 31 y también *Ulp*. *Reg*., V, 6 y *Coll*. 6, 4, 5.

47 RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani nella legislazione tardoimperiale*", en *SDHI*, XLV, 1979, pp. 289 y ss.

48 Observa RODA que los efectos liberatorios del senadoconsulto "*non si estenderesso ad altri tipi di connubii, giuridicamente e sostanzialmente equipollenti rispetto al rapporto di parentela, come quelli fra zio materno e nipote, e fra zia materna o paterna e nipote, la cui illegittimità non venne quasi mai messa in discussione*". RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani…*", *op. cit*., p. 295.

49 Como afirma POTHIER, esta ley no cambió las ideas vigentes acerca de este punto entre los romanos, que miraban como incestuosas tales uniones: el ejemplo del Emperador no

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

época postclásica y seguramente por influencia del cristianismo[50], se recuperó la regla que prohibía las nupcias entre familiares colaterales dentro del tercer grado[51], produciéndose la abrogación del senadoconsulto que las permitía:

> C. 5, 4, 17.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. PAULINAE*).- *Nemini liceat contrahere matrimonium... et ex latere amita ac matertera, sorore sororis filia et ex ea nepte, praeterea fratris filia et ex ea nepte, itemque ex adfinibus privigna noverca nuru socru ceterisque, quae iure antiquo prohibentur: a quibus cunctos volumus abstinere*. (*Dat. Kal. Maii Damasco, TUSCO et ANULINO Conss.* (*295*).
>
> *C.Th*. 3, 12, 1.- (*Impp. Constantius et Constans AA. ad provinciales Foenices*).- *Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiae poena teneatur.*

Doctrinalmente han surgido dudas respecto a la autoría de la derogación del senadoconsulto introducido en favor de CLAUDIO, ya que, según RODA[52], DIOCLECIANO y MAXIMIANO no fueron los primeros en derogar la excepción, como pudiera parecer de C. 5, 4, 17, puesto que, según el autor, en el texto original de *Coll*. 6, 4, 5, tal abrogación no consta, por lo que el texto del *codex* estaría, sin duda, interpolado[53]. Sin embargo, GUARINO[54], en contra de esta posición, entiende que en el año 295 d.C., DIOCLECIANO y MAXIMIANO reelaboraron todas las prohibiciones conocidas en su época concediendo una amplia indulgencia para las infracciones cometidas con anterioridad; posteriormente, CONSTANCIO y CONSTANTE en el año 342 d.C. recogerán la prohibición entre tío y sobrina[55].

---

tuvo imitadores. Así fue que los jurisconsultos decidieron que dicha ley no admitía interpretación extensiva, y que no podía entenderse permitido por ella el matrimonio de un tío con la hija de su hermana, y menos todavía de un sobrino con su tía. POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio*, *op. cit*., p. 63.

50 Vid. respecto a la influencia de los principios cristianos en el derecho romano, CASTELLO, "*Osservazioni sui divieti di matrimonio fra parenti ed affini, Raffronto fra concilii della Chiesa e diritto romano*", en *RIL*, LXXII, II, 1938-1939, pp. 17 y ss.

51 La pena impuesta para quien *filiam fratris sororisve faciendam crediderit uxorem aut avunculus convolaverit* ha sido objeto de discusión, ya que BONINI entiende que la pena sería la *deportatio*, mientras que RODA afirma que es la pena de muerte, si bien pone de manifiesto que resulta difícil interpretar la expresión *capitalis sententiae poenae*. Vid. BONINI, "*Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto postclassico e giustinianeo*", en *Studi Biondi, Milano*, 1965, pp. 485 y ss. y RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani...*", *op. cit*., p. 295

52 RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani...*", *op. cit*., p. 295, n. 19.

53 *Coll*. 6, 4, 5.- *Cum quibus autem personis tam cognatorum quam ex adfinium numero contrahi non liceat matrimonium, hoc edicto nostro complexi sumus: cum filia nepte-pronepte itemque matre avia proavia et ex latere amita ac matertera sorore sororis filia et ex ea nepte. Itemque ex adfinibus privigna noverca socru nuru ceterisque quae antiquo iure prohibentur, a quibus cunctos volumus abstinere*.

54 GUARINO, "*Studi sull incestum*", *op. cit*., pp. 231 y 232.

55 VALENTINIANO, TEODOSIO y ARCADIO, en el año 390 abolirán todas las prohibiciones introducidas por sus predecesores de forma solemne, proclamando, sin embargo en el año 393 la nulidad del matrimonio entre afines por línea colateral, que fue sancionada de nuevo en el año 415 por HONORIO y TEODOSIO y en el año 475 por ZENÓN, que también en el año 480 vuelve a prohibir las uniones entre tíos y sobrinos y entre afines colaterales. Vid. C. 5, 8, 2.- (Imp*. ZENO A. BASILIO P.P*.).- *Nefandissimum scelus fratris sororisve filiae nuptiarum, quod sacratissimis constitutionibus sub gravissimae poenae interminatione damnatum est, iterato praesentis divinae sanctionis tenore modis omnibus prohibemus. Precandi quoque in posterum super tali coniugio, immo potius contagio, cunctis licentiam denegamus, ut unusquisque cognoscat impetrationem quoque*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

Aparte de la excepción claudiana, también adquiere relevancia –en cuanto a la percepción que la sociedad romana tenía del incesto entre parientes colaterales— la tolerancia con la que el derecho romano asistía al incesto cometido por ciudadanos extranjeros; ante estas situaciones, los juristas se mostraban más permisivos al entender que en otros pueblos las relaciones incestuosas entre hermanos o tíos y sobrinos eran habituales[56]. Se distinguió el denominado *incestum iure gentium* del *iure civile*, considerando este último como la relación entre parientes que se encontraba penado únicamente por el ordenamiento romano[57], tal y como se pone de manifiesto en D. 48, 5, 39 (38), 2[58]:

> D. 48, 5, 38, 2.- (*PAPINIANUS libro XXXVI Quaestionum*).- *Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata*.

La sociedad romana mostró cierta benevolencia hacia las costumbres incestuosas de otros pueblos –contrarias a las suyas[59]—, sobre todo respecto de las mujeres que incurrían en esta infracción por entender que habían padecido

---

rei, cuius est denegata petitio, nec si per subreptionem post hunc diem obtinuerit, sibimet profuturam. C. 5, 5, 9.- (*Imp. ZENO A. SEBASTIANO P.P.*).- *Ab incestis nuptiis universi qui nostro reguntur imperio noverint temperandum. nam rescripta quoque omnia vel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam vel sororis et eam, quae cum fratre quondam nuptiali iure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consortio liceret amplecti, aut ut alia huiusmodi committerentur, viribus carere decernimus, ne dissimulatione culpabili nefanda licentia roboretur*. Vid. También *Epit. Gai*, I, 4, 3.- *Fratris quoque et sorosis filiam uxorem ducere non licte. 4.- Sororem quoque patri sac matris uxorem accipere non licet*.

56 Los persas podían mantener relaciones con su madre y los macedonios y egipcios con sus hermanas; los griegos y atenienses podían unirse a sus hermanastras. Vid. a este respecto, entre otros textos, *Tert*., *Apol*., IX, 16; *Sén., Apoc*., VIII, 2; *Plut., Them*., XXXII, 2; *Val. Max*., I, 8. Vid. CERNY, "*Consanguineous Marriages in Pharaonic Egypt*", en *Journal of Egyptian Archaeology*, XL, 1954, pp. 23 y ss.; MODRZEJEWSKI, "*Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis un nach römischem Rect*.", en *ZSS*, LXXXI, 1964, pp. 55 y ss.; CALDERINI, *La composizione della famiglia secondo le schede di censimento dell'Egitto romano, Milano*, s/f, pp. 49 y ss.; BELL, "*Brother and sister marriage in Graeco-Roman Egypt*", en *RIDA*, II, 1949, pp. 85 y ss. Una tesis innovadora en materia de uniones entre hermanos en durante la época romana de Egipto se mantiene por HUEBNER, "*Brother-sister" marriage in Roman Egypt*", en *Comparative Studies in Society and History. An International Quarterly*, XXII, 1980, p. 321. Vid. también REMIJSEN-CLARYSSE, "*Incest or Adoption?. Brother-Sister Marriage in Roman Egypt Revisited*", en *JRS*, 98, 2008, pp. 53 y ss. Vid. También MARTINEZ VELA, "*Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco como impedimento matrimonial*", en El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual, Huelva, 2004, pp. 421 y ss., en especial, pp. 428 y ss.

57 El incesto *iure gentium* sería el que se rechaza tanto por las leyes como por la naturaleza mientras que el incesto *iure civile* sería el que se encontraba vetado sólo por las leyes romanas. Vid. a este respecto LOMBARDI, *Ricerche in tema di Ius gentium*, I, *Incestum iure gentium, Milano*, 1946, pp. 3 y ss. y MOREAU, *Incestus et prohibitae nuptiae. Conception romaine de l'inceste et histoire des prohibitions matrimoniales pour cause de parenté dans la Rome antique*, Paris, 2002, pp. 107 y ss.

58 Según BETANCOURT, de este pasaje se puede deducir la categoría del *inestum iure civile*. BETANCOURT, "*D. 23, 2, 57ª (¿?): "si legitime concepti fuissent*", *op. cit*., p 87, n. 83. A este respecto, vid. también D. 48, 5, 38, 4. (*PAPINIANUS libro XXXVI Quaestionum*).- *Fratres denique imperatores claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem*.

59 En *Coll*. 6, 4, 5 a 8 se afirma tajantemente la superioridad de las ideas, costumbres y leyes romanas frente a las prácticas de otros pueblos que son calificadas de bárbaras.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

error[60] y siempre y cuando la relación fuera pública y estable[61]:

> D. 23, 2, 68 (69).- (*PAULUS libro singulari ad Senatusconsultum Turpillianum*).- *Iure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit. qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur, vel adfinem quam impeditur, si quidem palam fecerit, levius, si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. cuius diversitatis illa ratio est: circa matrimonium quod ex latere non bene contrahitur palam delinquentes ut errantes maiore poena excusantur, clam committentes ut contumaces plectuntur*.

Por lo que respecta a los impedimentos referidos al matrimonio entre primos hermanos, también existieron modificaciones en su regulación, ya que se alternó la prohibición con la permisividad. Así, en época clásica, en principio estaría admitido el matrimonio entre ellos, puesto que, al encontrarse en cuarto grado, no existiría impedimento alguno[62], tal y como se desprende de D. 28, 7, 23 y 24, donde se da por supuesto un matrimonio entre primos hermanos[63] y de un testimonio de PLUTARCO del que se concluye que los matrimonios entre primos hermanos estaban permitidos en la práctica[64]. Con posterioridad, una

60 En relación con la *ignorantia iuris* aplicada al incesto, vid. VOLTERRA, "*Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*", en *BIDR*, XXXVIII, 1930, pp. 112 y ss. y DE MARTINO, "*L'"ignorantia iuris" nel diritto penale romano*", en *SDHI*, III, 1937, pp. 401 y ss. y GUARINO, "*Appunti sull'"ignorantia iuris" nel diritto penale romano*", en *Annali Macerata*, XV, 1941, pp. 166 y ss.

61 Inspirado en la idea de indulgencia hacia la mujer, se encuadra el rescripto dictado por MARCO AURELIO y LUCIO VERO en favor de FLAVIA TERTULA contenido en D. 23, 2, 57, 1 (58), por el que se declaran los hijos legítimos habidos de una relación incestuosa entre tío y sobrina por la ignorancia padecida por la mujer. D. 23, 2, 57, 1 (58).- (*MARCIANUS, libro II Institutionum*).- *In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat: Divus marcus et lucius imperatores flaviae tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: "Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum; idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent*". Acerca de la finalidad del rescripto, vid. WEISS, "*Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich*", en *ZSS*, XXIX, 1908, p. 359; VOLTERRA, "*Intorno a D. 23, 2, 57a*", en *Mélanges Meyland*, I, *Lausanne*, 1963, p. 371 (= *Scritti giuridici*, II, *Famiglia e successioni, Napoli*, 1991, pp. 509 y ss.).

62 No obstante, POTHIER ha manifestado que, si bien el pueblo romano acabó por acostumbrase a los matrimonios entre primos hermanos, lo cierto es que, durante la época del paganismo, se rechazaban estas relaciones. En el mismo sentido, VOLTERRA entiende que las uniones entre primos resultaban extrañas para el pueblo romano y por eso eran poco frecuentes. Vid. POTHIER, *Tratado del contrato de matrimonio*, *op. cit*., p. 66 y VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano, Roma*, 1960-61, pp. 352 a 345.

63 D. 28, 7, 23.- (*MARCELLUS libro XII. Digestorum*).- "*Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante, qui non duxit, ex quadrante heres esto". aut nubit alteri aut non vult nubere. consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: "si uxorem duxerit", "si dederit", "si fecerit" ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat aut det aut faciat*; D. 28, 7, 24.- (*PAPINIANUS libro VI. Responsorum*).- "*Qui ex fratribus meis titiam consobrinam uxorem duxerit, ex besse heres esto: qui non duxerit, ex triente heres esto". vivo testatore consobrina defuncta ambo ad hereditatem venientes semisses habebunt, quia verum est eos heredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos*.

64 Vid. *Plut*., *Quaest. Rom*., 6, 265, texto en el se relata que el límite de la prohibición del matrimonio entre consanguíneos en la época arcaica se entendía hasta donde llegaba el *ius osculi*, esto es, el derecho de besar en la boca a las mujeres de la familia con el fin de poder percibir si habían contravenido la prohibición de beber vino. A este respecto, MORA afirma que "*piuttosto eterogenee le prospettive interpretative dell'uso delle donne romane di baciare i consanguinei sulle labbra: un modo di verificare il loro rispetto del divieto di bere vino, un uso il cui aition va cercato nel tentativo delle donne troiane di frenare la collera dei mariti dopo l'incendio delle navi (episodio per cui Plutarco cita Aristotele) o un privilegio concesso alle donne per dimostrare*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

constitución de TEODOSIO prohibió el matrimonio entre primos hermanos[65] constituyendo un punto de inflexión en la materia, puesto que, como afirma RODA[66], esta intervención legislativa constituye una disposición anómala toda vez que va en contra de una costumbre romana plenamente admitida, por lo que se da un giro repentino en la valoración de las nupcias entre primos, que de uniones lícitas pasan a ser un delito sancionado además con la pena capital[67]. No obstante, lejos de su abolición, la disposición de TEODOSIO será confirmada en el año 396 por ARCADIO y HONORIO, si bien atenuando las penas establecidas para el caso de que se contraviniera la prohibición[68].

l'ampiezza del proprio parentado, un'interpretazione che appare forma attenuata della successiva ed ultima spiegazione ricordata, e cioè l'idea che l'uso simboleggi il divieto di matrimonio endogamico128 (del cui allentamento, con la concessione del matrimonio tra cugini, Plutarco ricorda un aition)". MORA, "*Nuclei d'interesse e strategie interpretative...*", *op. cit*., p. 354. Vid. también respecto a los usos matrimoniales reflejados en las *Questionae Romanae* de PLUTARCO, entre otros autores, ROSE, *The Roman Questions of Plutarch. A new translation with introductory essay and a running commentary*, Oxford, 1924; GOESSLER, *Plutarchs Gedanken über die Ehe*, Zürich, 1962; SCUDERI, "*Alcuni riferimenti alla vita politica di Roma nelle Quaestiones Romanae di Plutarco"*, en *Studi di Storia e Storiografia antiche per Emilio Gabba*, *Pavia* 1988, pp. 117 y ss.; BOULOGNE, "*Les Questions Romaines de Plutarque"*, in *ANRW,* II, 1992, pp. 4.682 y ss.; MARCOS CASQUERO, *Plutarco. Cuestiones Romanas*, Madrid 1992.

65 La disposición de TEODOSIO no se ha conservado, si bien constan referencias a ellas en diversos textos: *Ambr., Ep*., 60, 8.- *Nam Theodosius imperatur etiam patrueles fratres et consobrinos vetuit inter se coniugii convenire nomina, et severissimam poenam statuit, si quis temerare ausus esset fratrum pia pignora, et tamen illi invicem sibi aequales sunt: tamtummodo quia propinquitatis necessitudine et fraternae societatis ligantur vinculo, pietati eos voluit debere, quod nati sunt*; *Epit. De Caes*., 48, 10.- ...*tantum pudoris tribuens et continentiae, ut consobrinarum nuptias vetuerit tamquam sororum*; y *Aug., Civ. Dei*, 15, 16.- *Experti autem sumus in conubiis consobrinarum etiam nostris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum quam raro per mores fiebat, quod fieri per leges licebat, qua id nec divina prohibuit et nondum prohibuerat lex humana. Verum tamen factum etiam licitum propter vicinitatem horrebatur inliciti et, quod fiebat cum consobrina, paene cum sorore fieri videbatur; quia et ipsi inter se propter tam propinquam consanguinitatem fratres vocantur et paene germani sunt*. Vid. a este respecto, FLEURY, *Recherches historiques sur les empechements de parenté dans le mariage canonique des origines aux fausses décrétales, Paris*, 1933, pp. 17 y ss.; PEREIRA, *La doctrine du mariagwe selon saint Augustin, Paris*, 1933; y BARDY, "*Saint Augustin et les mariages des conasnguins*", en *Oeuvres de St. Augustin. La cité de Dieu. Livres* XV-XVIII, *Bruges*, 1960, pp. 699 y ss. También consta la prohibición en *Epit. Gai* 1, 4, 6.- ...*Fratres enim amitinos uel consobrinos in matrimonium iungi nulla ratione pemittitur*. Vid. ARCHI, *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano en Occidente, Milano*, 1937, p. 74 y ss. y p. 147.

66 RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani...", op. cit*., pp. 305 y ss.

67 El autor explica tal disposición por la presión ejercida por autores cristianos, manteniendo que "*un'azione dunque la cui singolarità non si può agevolmente spiegare, se non la si intende come cedimento dell'imperatore alle pressioni di Ambrogio o dei circoli cristiani che Ambrogio rappresentava*". RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani..", op. cit*., pp. 303 y 304.

68 *C.Th.* 3, 12, 3.- (*De poenis incestarum nuptiarum Arcadii lex*).- (*Impp. ARCADIO et HONORIO. AA. EUTICHIANO PF. P.*).- *Manente circa eos fententia, qui poft latárn dudum legem quoquomodo abfoluti funt aut puniti, fi quis inceftis pofthac confobrinae fua: vel fororis aut fratris filia', vxorifue vel eius poftremo cuius vetitum damnatumque coniugium eft, fefe nuptiis funeftarit, defignato quidem Lege fupplicio [hoc eft ignium, profcriptionis] careat, proprias etiam quandiu vixerit teneat facúltates: Sed neque vxorem, neque filias ex ea editos habere credatur, vt nihil prorfus pra:diétis, ne per interpofitamquidem perfonam, vel donet fuperftes, vel mortuus derelinquat: Dos, fi qua forte folemniter aut data, aut diaa aut promifi'a fuerit iuxta lus trntíquum, fifci noftri commodis cedat : Teftamento fuo extraneis nihil derelinquat: fed , fino t.eftato fine intefato legibus ei iure fuccedant, fi qui forte ex iufto i legitimo matrimonio cditi fuerint: hoc eft, de defcendentibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis: de afcendentibus, pater, mater, auus, auia, de lacere, frater, foror, patruus, amita Teftandi fane ita demum habeat facultatem, vt hiis tantum perfonis pro iuris ac legum, quod voluerit arbitrio relinquat, quas fuccedere Imperialis praecepti tenore mandauimus: Ita tamen, vt ha:reditate defunéti penitus arceatur, fi quis ex iis quosmemórauimus, in contrahendis inceftis nuptiís partieipatum, atque confilium iniffie monftrabitur: fuccefuro in tocutn illius, qui poli eum gradum proximus inuenitur. Id fane, quod de Viris cauimus, etiam de foeminis, que praedic` torum fe confortio commaculauerint,*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

Las fuentes constatan la existencia de dos disposiciones adicionales no distantes temporalmente pero que aparecen como contradictorias entre sí; una de ellas, dictada por los mismos emperadores ARCADIO Y HONORIO para la parte oriental del Imperio, revoca la prohibición matrimonial existente, admitiendo, por tanto, el matrimonio entre primos[69]; sin embargo, la otra intervención legislativa es una constitución del año 409 emanada esta vez en Occidente para regular la dispensa de impedimentos matrimoniales por rescripto imperial[70], y disponiendo que sólo se permiten las nupcias entre primos si existe dispensa imperial[71], lo que permite deducir que tales uniones se encontraban prohibidas

cuftodiatur: Mernoratis vero perfonis non extantibus, fifco locus pateat. Ad cuius legis nexutn, cottditionetn pertinere iubetnus, fi qui forte iamdudum, hoc eft ante promulgationem huiufce legis, illisitis memoratarum nuptiarum fceleribus commaculati, quoquo modo latero potucrunt. Vid. también C. 5, 5, 6.- (*Impp. ARCADIUS et HONORIUS AA. EUTYCHIANO P.P.*).- *Si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestavit, proprias quamdiu vixerit teneat facultates, sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur. Nihil prorsus praedictis nec per interpositam quidem personam vel donet superstes vel mortuus derelinquat. Dos si qua forte sollemniter aut data aut promissa fuerit, iuxta ius antiquum fisci nostri commodis cedat. Testamento suo extraneis nihil relinquat, sed sive testato sive intestato legibus ei et iure succedant, si qui forte ex iusto et legitimo matrimonio editi fuerint, hoc est de descendentibus filius filia nepos neptis pronepos proneptis, de ascendentibus pater mater avus avia, de latere frater soror patruus amita. Testandi sane ita demum habeat facultatem, ut his tantum personis pro iuris ac legum quod voluerit arbitrio relinquat, quas succedere imperialis praecepti tenore mandavimus: ita tamen, ut hereditate defuncti penitus arceatur, si quis ex his quos memoravimus in contrahendis incestis nuptiis consilium inisse monstrabitur, successuro in locum illius, qui post eum gradum proximus invenitur. Ea sane, quae de viris cavimus, etiam de feminis, quae praedictorum sese consortiis commaculaverint, custodiantur. Memoratis vero personis non extantibus fisco locus pateat*. (*Dat. VI Id. Decemb. Constantinop. ARCADIO IV et HONORIO III AA. Conss.*).

69 C. 5, 4, 19.- (*Impp. ARCADIUS et HONORIUS AA. EUTYCHIANO P.P.*).- *Celebrandis inter consobrinos matrimoniis licentia huius legis salubritate indulta est, ut revocata prisci iuris auctoritate restinctisque calumniarum fomentis matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum, sive ex duobus fratribus sive ex duabus sororibus sive ex fratre et sorore nati sunt, et ex eo matrimonio editi legitimi et suis patribus successores habeantur*. (*Dat. III Id. Iun. STILICONE I. et AURELIANO Conss. (400*). Según afirma RODA, en el ambiente sociocultural del Imperio de Oriente, el matrimonio entre primos era percibido con normalidad, por lo que ARCADIO habría procedido primero a reducir la severidad de la sanción prevista para la contravención de la prohibición de tales uniones en el año 396 d.C. para después proceder a eliminarla en el año 405. RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani..*"., *op. cit*., pp. 298 y 299.

70 Vid. a este respecto, GAUDEMET, "*Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au bas Empire*", en *Studi Albertario*, II, p. 191.

71 *CTh*. 3, 10, 1.- (*Impp. Honorius et Theodosius AA. Theodoro pp*.).- *Quidam vetusti iuris ordine praetermisso obreptione precum nuptias, quas se intellegunt non mereri, de nobis aestimant postulandas, se habere puellae consensum confingentes. Quapropter tale sponsalium genus praesentis legis definitione prohibemus. Si quis igitur contra hanc definitionem nuptias precum subreptione meruerit, amissionem bonorum et poenam deportationis subiturum se esse non ambigat et amisso iure matrimonii, quod pohibita usurpatione meruerit, filios se iuste hac ratione susceptos non habiturum, nec umquam postulatae indulgentiae adnotationisve principis indultu efficacem se veniae effectum meruisse: exceptis his, quos consobrinorum, hoc est quarti gradus, coniunctionem lex triumphalis memoriae patris nostri exemplo indultorum supplicare non vetavit, exceptique his, qui parentum sponsionem de nuptiis filiarum impleri desiderant vel sponsalia hoc est arrarum data nomine, reddi sibi praecepto legum cum quadrupli poena deposcunt. Nos enim peti de nobis nuptias supplicatione prohibemus, quas deceat de voluntate parentum vel de ipsis adultis puellis aut mulieribus impetrari. Nam si negato coniugio, quod fuerat ante promissum, lis aliqua legum praecepto nascatur, de iure nos consuli nos vetamus*. Vid. también C. 5, 8, 1.- (*Impp. HONORIUS et THEODOSIUS AA THEODORO P.P.*).- *Quidam vetusti iuris ordine praetermisso obreptione precum nuptias, quas se intellegunt non mereri, de nobis existimant postulandas, saepe habere puellae consensum confingentes. quapropter tale sponsalium genus praesentis legis definitione prohibemus. Si quis igitur contra hanc definitionem nuptias precum subreptione meruerit, amissionem bonorum et poenam deportationis subiturum se esse non ambigat et amisso iure matrimonii, quod prohibita usurpatione meruerit, filios se ex hac coniunctione susceptos iustos non habiturum nec umquam postulatae indulgentiae adnotationisve indulto efficacem se veniae effectum meruisse: exceptis his, qui parentum sponsionem de nuptiis filiarum impleri desiderant vel sponsalia, hoc est arrarum data nomine, reddi sibi praecepto legum cum statuta poena deposcunt*. (*Dat. Kal. Febr. Ravenna DD.NN. ONORIO VIII et THEODOSIO III AA. Conss*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

seguramente por influencia del Cristianismo en la parte occidental del Imperio. La contradicción entre las dos constituciones ha llevado a la doctrina a entender que, para el matrimonio entre primos hermanos, se siguió un régimen distinto en Oriente y Occidente[72], unificado finalmente por JUSTINIANO que dipuso la libertad de celebración de estas nupcias sin necesidad de dispensa[73]. En definitiva, se percibe en cuanto al grado de parentesco que se examina que la prohibición establecida por TEODOSIO I para todo el Imperio, continuó teniendo vigencia durante más de un siglo en el Imperio de Occidente, siendo sin embargo abolida por ARCADIO y HONORIO en el Imperio de Oriente en el año 405. En esta prohibición se observa perfectamente la contradicción entre la práctica social y el derecho, que ya estaba recibiendo ideas del Cristianismo y así, como afirma GUARINO, la prohibición del matrimonio entre primos se viene a introducir en un ambiente en el que las uniones entre parientes eran habituales, sobre todo en el Imperio de Oriente y de ahí que se encontrara una enorme dificultad para su aplicación[74].

Por último, conviene examinar la prohibición de nupcias para familiares de cuarto grado colateral[75], en las que también se observarán constantes variaciones en cuanto a las prohibiciones de nupcias, debida quizás, como haya manifestado GAUDEMET[76], a que los Emperadores postclásicos, influidos claramente por el Cristianismo, no tenían una referencia explícita en cuanto a que impedimentos considerar ya que seguían la legislación canónica que no tenía una legislación explícita en esa materia. A este respecto, existen fuentes que afirman que las nupcias entre tío y *neptis sorosis* estarían vetadas:

> *Paul. Sent*., II, 19, 2 (*Coll*. 6, 3, 1).- *Inter parentes et liberos iure civili matrimonia contrahi non possunt: nec filiam sorosis aut neptem uxorem ducere possumus: proneptem aetatis ratio prohibet*...
>
> I. 1, 10, 3.- *Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet. sed nec*

72 Esta es la posición mayoritaria en la Doctrina sostenida, seguida, entre otros autores, por GUARINO, "*Studi sull'incestum*", *op. cit*., p. 260; ROTONDI, "*Studi sulle fonti del codice giustinianeo*", en *BIDR*, XXIX, 1916, pp. 133 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di Famiglia*, *Milano,* 1963, pp. 202 y ss.; DE DOMINICIS, "*Il problema dei rapporti burocratico-legislativi fra "occidente ed oriente" nel basso impero alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*", en *RIL*, LXXXVII, 4, 1954, p. 448; RODA, "*Il matrimonio fra cugini germani...*", *op. cit*., pp.299 y ss.

73 I. 1, 10, 4.- *Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis iungi possunt.* Vid. También C. 5, 4, 19. Según BONINI los compiladores, con el propósito de unificar el régimen jurídico, podrían haber omitido la norma contenida en CTh. 3, 1, 10, que según el autor "*determinerebbe, almeno sul piano formale, la conseguenza d'un mutamento di regime giuridico in Oriente; nè eventuali superamenti della norma teodosiana nella prassi potrebbero, su questo piano, avere rilievo*". BONINI, "*Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali"*, *op. cit*., p. 514.

74 GUARINO, "*Studi sull'incestum*", *op. cit*., p. 263.

75 I. 3, 6, 4.- *Quarto gradu supra abavus, abavia, infra abnepos, abneptis, ex transverso fratris sororisque nepos, neptis et convenienter patruus magnus, amita magna (id est avi frater et soror), item avunculus magnus, matertera magna (id est aviae frater et soror), consobrinus, consobrina (id est qui quaeve ex fratribus aut sororibus progenerantur). sed quidam recte consobrinos eos proprie putant dici, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos vero qui ex duobus fratribus progenerantur proprie fratres patrueles vocari si autem ex duobus fratribus filiae nascuntur, sorores patrueles appellantur: at eos qui ex fratre et sorore propagantur amitinos proprie dici (amitae tuae filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos*.

76 GAUDEMET, "*Droit romain et principes canoniques en mateère de mariages au bas-empire*", en *Studi Albertario*, II, *Milano*, 1953, pp. 171 y ss., en especial, pp. 191 y 192.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

> *neptem fratris vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint. cuius enim filiam uxorem ducere non licet, eius neque neptem permittitur…*

Igualmente, se prohibe el matrimonio con la tía paterna y materna y con la hermana del abuelo y de la abuela, y ello, se afirma, aunque estén en el cuarto grado, por lo que cabría deducir que con anterioridad, esta prohibición no existía[77]:

> D. 23, 2, 17, 2.- (*GAIUS libro XI ad Edictum provinciale*).- *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 prohibemur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis coniunctae sint*.
>
> I. 1, 10, 5.- *Item amitam, licet adoptivam, uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur. qua ratione verum est, magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

La referencia a la interdicción del matrimonio con la *neptis sorosis* ha puesto en duda que el límite de las prohibiciones se encontrara en derecho clásico establecido en el tercer grado. A este respecto, la doctrina romanística se ha inclinado por entender que también el impedimento matrimonial se extendió a los consobrinos[78], si bien parece más plausible la tesis de ROBLEDA que apunta a la sospecha de interpolación del texto para adaptarlo a los impedimentos vigentes en derecho justinianeo[79], donde claramente en I. 1, 10, 3 consta no sólo la prohibición del matrimonio entre tío y sobrina sino también con la nieta del hermano, añadiendo *quamvis quarto gradu sint.*

Para finalizar, mencionar que el parentesco por adopción también supuso una prohibición para los familiares colaterales, si bien las fuentes extienden su alcance hasta el segundo grado, permitiendo además que el matrimonio en caso de que existiera emancipación, porque *nihil impedimento erit nuptiis*[80]. Por ello, en

77 Como manifiesta BONINI, el silencio en *CTh*. 3, 12, 3, de C. 5, 5, 9 y de C. 5, 8, 2 resulta significativo en orden a entender que durante todo el periodo postclásico las nupcias con la nieta del hermano o hermana hubieran continuado siendo lícitas como lo fueron en derecho clásico a partir de CLAUDIO. BONINI, "*Considerazioni in rema di impedimenti matrimoniali*….", *op. cit*., p. 509.

78 Vid. CASTELLO, "*Osservazioni sui divieti di matrimonio fra parenti ed afíni*", en *RIL*, 72, 1938-39, p. 17 y BONINI, "*Considerazioni in rema di impedimenti matrimoniali*….", *op. cit*., p. 507.

79 ROBLEDA entiende que si el impedimento se entiende extendido hasta los consobrinos, también cuando se excepcionó por Claudio el impedimento entre tío y sobrina se debía entender extendida a la sobrina segunda, esto es, a la nieta del hermano. En palabras del autor "*en el supuesto de que el impedimento general se extendiese en línea colateral, como hemos visto que lo extienden los autores, sin presentar ni siquiera la duda –al matrimonio entre tíos y sobrinos, consobrinos, etc.—, a contrario, habría que responder que la excepción hecha entre tío y sobrina, hija de hermano, alcanzaba a toda la línea. Si en cambio no se admitiese tal suposición, el impedimento tampoco se daría*". ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano…, op. cit.*, p. 183 y 184.

80 *Gai, Inst*., I, 61.- *Sane inter fratrem et sororem prohibitae sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum: Sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil inpedimento erit nuptiis*; D. 23, 2, 17, *pr*.- (*GAIUS libro XI ad Edictum provinciale*).- *Per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nuptias,*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

caso de *incesto superveniens*, esto es, cuando el *pater* quisiera adoptar al yerno o a la nuera, se aconseja en las fuentes que antes se proceda a emancipar al hijo o hija[81]:

> D. 23, 2, 17, 1.- (*GAIUS libro XI ad Edictum Provinciale*).- *Itaque volenti generum adoptare suadetur, ut filiam emancipet emancipet: similiter suadetur ei, qui nurum velit adoptare, ut emancipet filium*.

El régimen, por tanto, es distinto al parentesco por consanguinidad porque además se permite también el matrimonio entre la hija de una hermana adoptiva, porque, según las fuentes, no es cognada ni él se hace tio suyo[82] y también se puede acceder a las nupcias con la tia paterna, siempre y cuando ella no hubiera nacido del mismo padre[83].

Del examen de las fuentes se ha podido comprobar que el tratamiento que los juristas romanos dieron al parentesco como impedimento para acceder a las *iustae nuptiae* no fue el mismo en la línea recta que en la colateral, ya que la carencia de *conubium* que los textos constatan entre ascendientes y descendientes vislumbra que entre ellos existió una incapacidad para contraer matrimonio, ocasionado la nulidad de las nupcias en caso de que se contrajeran. Sin embargo, la prohibición de matrimonio entre colaterales no presenta la misma configuración jurídica ni tiene el mismo alcance que la del parentesco en línea recta y prueba de ello es que el límite establecido para la interdicción del matrimonio fue variando a través de las distintas épocas, no presentando una doctrina unitaria en cuanto a su alcance ni efectos.

---

donec manet adoptio: ideoque eam, quam pater meus adoptavit et emancipavit, potero uxorem ducere. aeque et si me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio; D. 23, 2, 55, 1.- (*GAIUS libro XI ad Edictum Provinciale*).- *Patris adoptivi mei matrem aut materteram aut neptem ex filio uxorem ducere non possum, scilicet si in familia eius sim: alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias, scilicet quia post emancipationem extraneus intellegor*.

81 En efecto, como afirma VOLTERRA, la adopción del yerno o nuera por parte del pater suponía en derecho clásico la disolución del matrimonio *ipso iure*, como se establece en D. 23, 2, 67, 3 y D. 23, 2, 17, 1, si bien parece que el magistrado, antes de *addicere* la nuera o el yerno como hijos legítimos, se exigía al suegro que los adoptaba que emancipara al hijo o hija, ya que entre los dos cónyuges surgía una relación de cognación que eliminaba el *conubium* entre ellos. VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, *op. cit*., p. 661.

82 D. 23, 2, 12, 4.- (*ULPIANUS libro XXVI ad Sabinum*).- *Adoptivae sororis filiam possum uxorem ducere: cognata enim mea non est filia eius, quia avunculus nemo fit per adoptionem et eae demum cognationes contrahuntur in adoptionibus, quae legitimae essent, id est quae adgnatorum ius haberent. pari ratione et sororem patris mei adoptivi possum ducere, si non fuit eodem patre nata*.

83 No se entiende que sean hermanos el adoptado y las hijas del *pater*, que no están sujetas a la potestad de éste, sino que están en otra familia; así se desprende de I. 1, 10, 3. Vid. También D. 1, 7, 23 e I. 10, 2, 2 y 3. *Cfr*. D. 23, 2, 12, 4.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200

https://doi.org/10.55104/FRDC_0200