EN TORNO A LA NO REINTEGRACION IURE POSTLIMINII DEL MATRIMONIO ROMANO

La estructura jurídica del matrimonio romano no era, hasta hace pocos años, un tema que suscitase vacilaciones o controversias. La doctrina, que arranca de Manenti [1] y cobra luego desarrollo en Scialoja [2] y Bonfante [3], ha sido comúnmente aceptada por los romanistas hasta tanto los nuevos estudios sobre el matrimonio romano han puesto a la vista los puntos débiles de aquella construcción. En síntesis, la interpretación que podemos llamar tradicional veía en el matrimonio romano—al menos durante la época clásica—dos elementos esenciales: uno, de carácter espiritual, y el otro, de carácter material. De un lado, la recíproca intención de permanecer como tales marido y mujer; de otro, la convivencia efectiva de ambos cónyuges. Si alguno de tales elementos faltaba—se decía—el matrimonio dejaba de existir. Así configurado el matrimonio romano, presentaba un notable paralelismo con la *possessio*, ya que también ésta requiere, para su existencia, un elemento espiritual (*animus rem sibi habendi*) y otro de carácter material (*corpus*). Hasta tal punto se acentuaron los nexos doctrinales entre *possessio* y matrimonio, que no es desacertado calificar tal interpretación como teoría posesoria del matrimonio romano. La análoga suerte sufrida por posesión y matrimonio en los casos de *captivitas* parecía confirmar la señalada semejanza. En efecto, la institución del *postliminium* no se aplica aquí; de tal manera, que si el prisionero regresa ni recobra la posesión ni recobra el estado matrimonial.

1. *Della inopponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in especie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1888.

2. *Corso di Istit. di diritto romano*, 1911-1912, Roma, 1934, páginas 277 y ss.

3. *Corso di diritto romano*, I, Roma, 1925, págs. 187 y ss.

INICIO SUMARIO AÑO 1955 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Que la confianza en la exactitud de tal teoría se haya debilitado últimamente es mérito, en especial, de los conocidos estudios de Volterra [4] y R. Orestano [5]. Ambos romanistas han insistido en la falta de fundamento de una configuración del matrimonio romano que parta de la necesidad de los dos elementos aludidos, y han afirmado el carácter no esencial de la convivencia [6]. No es nuestro propósito repetir aquí los argumentos de una crítica que se presenta bien fundada y que es generalmente conocida. Parece, sin embargo, oportuno recordar, siquiera someramente, los principales obstáculos que se oponen a una interpretación posesoria del matrimonio romano.

En primer lugar, y como se ha hecho notar expresamente, no encontramos en las fuentes la afirmación de que el matrimonio se disuelva al faltar la convivencia, ni existen datos para creer que tal regla haya tenido vigor. Es más, la convivencia ni siquiera se presenta como esencial para iniciar válidamente el matrimono, y así resulta, entre otras pruebas, de la admisión de las *nuptiae* entre ausentes [7]. La esencialidad, en el Derecho clásico, de la *deductio in domum mariti*, tal y como pretende Levy [8], no encuentra suficiente base en los textos, y más verosímil parece que nos hallemos ante una ceremonia frecuente, pero no imprescindible [9]. De otra parte, las fuentes contienen

4. *La conception du mariage d'aprè les juristes romains,* Padua, 1940. [Una reciente recapitulación de sus estudios puede verse ahora en RIDA, II (3.ª serie), 1955].

5. *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico il diritto giustinianeo,* Milán, 1951 (publicado previamente en el «Bullettino dell'Istit. di diritto rom.», vol. 47, 1940, 48, 1941 y 57, 16 nuova serie). La obra no está aún concluída.

6. También en el sentido de negar la necesidad de la convivencia pueden citarse los trabajos de SCHWIND: *Probleme des roem. Eherechts* en *Scritti beatif. Ferrini* IV, págs. 131 y ss., y RASI: *Consensus facit nuptias,* Milán, 1946. Sin embargo, RASI pretende basar el matrimonio romano exclusivamente en el *consensus* inicial de las partes retornando así a las teorías contractualistas. Cfr. la recensión de MOSTAZA en AHDE, XVIII, págs. 902-910 y la de VOLTERRA en «Riv. ital. per le scienze giur.», 1947, págs. 399 y ss.

7. Vid. ORESTANO: *Op. cit.*, pág. 85 y ss. y págs. 149 y ss.

8. *Der Hergang der roem. Ehescheidung,* Weimar, 1925.

9. Vid. VOLTERRA: *Op. cit.*, págs. 46 y ss., y ORESTANO: *Op. cit.*, páginas 162 y ss.; cfr. SCHULZ: *Classical Roman Law,* Oxford, 1951, pág. 111.

INICIO SUMARIO AÑO 1955 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

claras afirmaciones en el sentido de presentar el mutuo *consensus* como el único elemento absolutamente esencial para la constitución y permanencia del matrimonio. La excesiva suspicacia de la crítica interpolacionística quitó valor a textos tan expresivos como los dos célebres pasajes de Ulpiano, en que se mantiene la exclusiva relevancia de la *affectio maritalis* [10].

En conjunto, los argumentos aducidos para rechazar la construcción del matrimonio romano clásico sobre la doble base de la convivencia y el *consensus* resultan convincentes [11], y, en consecuencia, puede tenerse por cierto que el único elemento esencial está representado por el consentimiento (*affectio maritalis, consensus, mens coentium*). Dado el presupuesto necesario del *conubium*, podrá decirse que hay matrimonio en cuanto se manifieste la voluntad efectiva y continua de establecer una relación conyugal, lo cual significa la creación de por vida de una sociedad doméstica con sus naturales derivaciones: procreación y educación de los hijos y protección y auxilio mutuo por parte de los cónyuges. La voluntad ha de tender a ese fin, lo que no implica que de hecho no puede cesar. «Dire que la volonté des conjoints est la volonté d'établir une union pour toute la durée de l'existence ne signifie pas que cette volonté doive être eternelle ni qu'elle empêche le divorce qui consiste, nous le repetons, dans la cessation de la volonté des conjoints d'être unis en ma-

10. D. 24, 1, 32, 13: *...non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.* D. 35. 1. 15 (D. 50. 17. 30): *...nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.* Cfr. VOLTERRA: *Op. cit.*, pág. 46, 49 y ss.

11. Para una contemplación detenida de las razones que mueven a desechar la convivencia como factor esencial, nos remitimos de nuevo a las referidas obras de VOLTERRA y ORESTANO. Es de notar cómo el arraigo que había cobrado entre los romanistas la teoría posesoria del matrimonio ha frenado el paso a las nuevas concepciones. Vid., sin embargo, entre otros, GAUDEMET, recensión a ORESTANO: *Op. cit.* en IURA, IV, 1953, páginas 351-356 y las recensiones de KASER, en SDHI, 18, 1952 y de AMELOTTI en *Studi Senesi*, 65, 1953, págs. 391 y ss. a la misma obra: SCHULZ: *Op. cit.* págs. 110 y ss.; VOCI: *Istituzioni di diritto rom.* (4.ª ed.), 1954, pág. 467; DI MARZO: *Istit. di dir. rom.* (4.ª ed.), Milán, 1945; BIONDI: *Istit. di dir. rom.* (2.ª ed.), Milán, 1952, pág. 551; J. IGLESIAS: *Instituciones de Derecho romano* (2.ª ed.), Barcelona, 1953, II, págs. 213-214. Los dos últimos, y también SCHULZ, admiten la prevalencia del elemento voluntario sobre el material, lo que es tanto como negar la esencialidad jurídica de éste.

INICIO SUMARIO AÑO 1955 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

riage. Cela signifie tout simplement que, jusqu'au moment oú cette volonté persiste, pour qu'on lui reconaisse l'effet juridique de constituer le mariage, il faut qu'elle ait pour objet l'établissement d'une union durable» [12].

A esta visión del matrimonio, gravitando exclusivamente sobre el elemento espiritual de la voluntad, parecía oponerse, en cierto modo, el hecho indudable de la extinción del estado conyugal en los casos de *captivitas*. Para los mantenedores de la naturaleza posesoria del matrimonio romano ello era prueba clara de la absoluta necesidad de la convivencia efectiva. Al faltar ésta, el matrimonio dejaba de existir, aun cuando el elemento voluntario persistiese, y, al igual que ocurría con la *possessio*, la reconstitución no se operaba a través del *postliminium* [13]. Se llegaba incluso a afirmar que en los casos de *captivitas* de ambos cónyuges, dado que la convivencia continuaba, el matrimonio no podía considerarse disuelto [14].

Negar en este aspecto concreto de la *captivitas* el paralelismo entre posesión y matrimonio parece sumamente difícil, y, sin embargo, no han faltado intentos de llegar a una explicación, sin recurrrir a la analogía jurídica de ambas situaciones. A este respecto, debemos recordar los esfuerzos de Orestano en este sentido [15]. El tema es interesante y, a nuestro juicio, merece una especial atención, ya que la interpretación que se dé al hecho de la inoperancia del *postliminium* está relacionada con el problema de la configuración jurídica del matrimonio.

Que en el Derecho clásico la *captivitas* de uno de los cónyuges provoca la disolución del matrimonio es un hecho que no ofrece duda alguna. En las fuentes encontramos la afirmación expresa:

> **D. 24.2.1 (PAULUS, libro trigesimo quinto ad edictum): Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.**

---

12. VOLTERRA: *Op. cit.*, pág. 35.

13. Vid., por ejemplo, ALBERTARIO: *Studi di diritto rom.*, I, pág. 216.

14. Así GIRARD: *Manuel element. de droit rom.*, 8.ª ed., París, 1929, página 174.

15. Vid. *op cit.*, págs. 115-149. Cfr. también RASI: *Op. cit.*, págs. 107 y ss.

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

D. 49.15.12.4 (TRIPHONINUS, libro quarto disputationum): Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est [16].

Respecto de otros textos en que parece desvirtuarse el principio de la disolución (así el fragmento de Juliano en D. 24.2.6) es opinión generalizada que reflejan las nuevas normas justinianeas sobre la materia [17].

Ahora bien, ¿por qué la *captivitas* de uno de los cónyuges provoca la disolución del matrimonio? Orestano no duda en desechar la interrupción de la convivencia como razón de la ruptura del vínculo matrimonial, y tiende a centrar el motivo de la disolución en la *capitis deminutio* sufrida por el *captivus* [18]. A su juicio, ello resulta de las fuentes a través de las

16. SOLAZZI: (*Il concetto dell'ius postliminii*, en *Scritti beatificazione Ferrini* II, págs. 350 y ss.), pretende que las palabras *maxime velit et* constituyen una glosa. Parece también admitirlo KRELLER: *Die Ehe des roemischen Kriegsgefangenen*, en *Juristischen Blätter* 70, 1948, pág. 284, nota 10. Que haya habido retoques no es imposible, pero ello no debe preocuparnos demasiado. En todo caso se pretendía rechazar la idea de una permanencia del matrimonio aun en el supuesto de un empeño decidido de la mujer en salvaguardar el *honor matrimonii*. El propio Trifonino o el autor de la hipotética redacción posterior, exponían sin demasiado rigor técnico lo que pudiéramos llamar el caso límite: una mujer que no sólo expresa su voluntad de continuar como *uxor*, sino que además sigue viviendo en la casa marital. Jurídicamente la referencia a la voluntad hubiera sido suficiente, pero socialmente el hecho de seguir habitando la casa del marido (o, con exactitud, del ex-marido), tenía, como es lógico, una gran significación. De ahí la especial mención *et in domo eius sit* que, sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico es superflua toda vez que se ha aludido ya a la voluntad. Si como quiere Solazzi, esta alusión a la voluntad no debe atribuirse a Trifonino, habría de pensarse que éste se limitó a señalar el hecho que con más relevancia acusaba la existencia de la *affectio maritalis* de la mujer estando el marido ausente, es decir, la permanencia en la casa marital. En esta última hipótesis la glosa posterior no hizo más que recalcar la afirmación de Trifonino.

17. Vid. BONFANTE: *Corso* cit., pág. 241; cfr. DI MARZO: *Dirimitur matrimonium captivitate*, en *Studi Solazzi*, págs. 1-5. Concretamente, respecto de D. 24.2.6, vid. las interesantes consideraciones de KRELLER: *Die Ehe* cit., pág. 285.

18. La cuestión de si la *captivitas* implica una *capitis deminutio* no está libre de controversia. El hecho de que el prisionero sea rara vez calificado

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

hipótesis de cautividad de ambos cónyuges—en que la convivencia continúa—y también de los casos de captura *a piratis aut latronibus*, en que como la *capitis deminutio* no se produce, el matrimonio subsiste a pesar de la falta de convivencia. Las consecuencias que en orden al matrimonio acarrea la circunstancia de que marido y mujer sean hechos prisioneros conjuntamente es punto debatido por la doctrina. Se ha sostenido que la relación matrimonial se estimaba subsistente durante la cautividad en tanto que la convivencia continuase. Otros autores mantienen que el matrimonio se disuelve al igual que cuando es sólo uno de los cónyuges el *captivus*, si bien en los casos de prisión conjunta tiene aplicación el *postliminium*. Por último, hay quien estima que tampoco en esos casos llegó a aplicarse el *postliminium*, lo cual vendría a confirmar el escaso papel jugado por la convivencia [19].

Un fragmento de Marciano y una constitución de Severo y Antonio son la base textual más importante a este propósito [19 bis].

> D. 49.15.25 (MARCIANUS, libro quarto decimo institutionum): Divi Severus et Antoninus rescripserunt, si uxor cum marito ab hostibus capta fuerit et ibidem ex marito enixa sit: si reversi fuerint, iustos esse et parentes et liberos et filium in potestate patris, quemadmodum iure postliminii reversus sit: quod si cum matre sola revertatur, quasi sine marito natus, spurius habebitur.
>
> C. 8.50(51) 1 (IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. Ovinio): Ex duobus captivis Sarmatia nata patris originem ita secuta videtur, si ambo parentes in civitatem nostram redissent, quamquam enim iure proprio postliminium habere non possit quae capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam.

---

como *capite deminutus* en las fuentes jurídicas clásicas ha llevado a pensar en una falta de relación entre cautividad y *capitis deminutio*; vid., por ejemplo, GIOFFREDI: *Sul «ius postliminii»*, en SDHI, 16 (1950), págs. 31 y ss. Cfr. las acertadas observaciones de AMIRANTE: *Captivitas e postliminium*, Nápoles, 1950, págs. 25 y ss.

19. Vid. referencias bibliográficas en ORESTANO: *Op. cit.*, pág. 121, notas 337 y 339.

19 bis. Estimamos que ambos textos son sustancialmente genuinos. Vid., sin embargo, los reparos, acaso excesivos de KRELLER: *Die Ehe* cit., págs. 285 y 286.

INICIO SUMARIO AÑO 1955 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Qui cum ab hostibus interemptus sit, matris dumtaxat condicionem, quae secum filiam duxit, videtur necessario secuta. nam fictio legis Corneliae, quae legitimos apud hostes defuncto constituit heredes, ad eam quae illic suscepta est non pertinet, cum eo tempore quo captus est diem suum pater obisse existimetur [20].

De la contemplación de estos textos no parece posible, en efecto, deducir que el Derecho clásico mantuviese una especial aplicación del *postliminium* para el caso de la cautividad conjunta. El problema que tiende a resolver la constitución de Severo y Antonino es el de la extraña situación en que se encuentra la hija concebida y nacida en cautividad de los padres. La jurisprudencia clásica no debió interesarse nunca por la cuestión de si el matrimonio se reconstituía o no *iure postliminii* supuesto el regreso de ambos cónyuges, ya que la continuación de la vida matrimonial caía dentro del arbitrio de éstos, y no es, por tanto, pensable una intromisión del Derecho a todas luces innecesaria [21]. Sin embargo, en el caso enfocado por la constitución de Severo y Antonino surgían dificultades en orden a la filiación, pues, aún suponiéndose reanudada la vida matrimonial, la hija no había sido habida dentro de matrimonio. La constitución implica una intervención necesaria, pues la simple voluntad de los padres no es suficiente para convertir directamente en legítima a esa hija concebida y nacida en cautividad. Mediante una extensión un poco forzada del *postliminium*, la legitimidad se consigue siempre y cuando se verifique el retorno de los padres, pero no se trata de una extensión que parta de una supuesta reintegración *iure postliminii* del matrimonio. La *restitutio parentum* de que habla la constitución no encierra necesariamente la idea del *postliminium*, y tampoco de las palabras de Marciano puede deducirse nada en este sentido [22]. No hay, pues, razón suficiente para creer en una excep-

20. Alusiones a este rescripto existen en otros fragmentos del Digesto Fuera del aludido texto de Marciano, vid también D. 38.17.1.3 (ULPIANUS, *libro duodecimo ad Sabinum*) y D. 49.15.9 (ULP., *lib. quarto ad legem Iuliam et Papiam*).

21. Vid. *infra*, pág. 578.

22. Vid. PEROZZI: *Istituzioni di diritto rom.*, Roma, 1982, I, pág. 361, nota 2, y las acertadas observaciones de ORESTANO: *Op. cit.*, págs. 120 y ss.

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

cional aplicación del *postliminium* al matrimonio en el supuesto de cautividad y retorno conjuntos de ambos cónyuges.

Pero aunque aceptemos que no es la falta de convivencia, sino la *capitis deminutio* que implica la *captivitas*, la que provoca la disolución del matrimonio [23], queda por explicar por qué el regreso del cónyuge prisionero no hace entrar en juego el *postliminium* a efectos de una reintegración del estado matrimonial. Y es en este punto donde resulta más difícil seguir a Orestano [24], quien toma como base de partida la existencia de dos tipos de relaciones jurídicas: aquéllas que se extinguen definitivamente con la *captivitas* y aquellas otras que se limitan a entrar en un estado de pendencia que perdura hasta la muerte o el retorno del cautivo. El matrimonio se situaría entre las primeras, con lo que su reintegración *iure postliminii* se hacía imposible («il rapporto si era estinto al momento de la caduta in prigionia di uno dei coniugi»). Las relaciones jurídicas susceptibles de entrar en estado de pendencia a través de las *spes postliminii* son aquéllas que pueden subsistir con indepedencia de su titular, mientras que las que se extinguen definitivamente son las que requieren una voluntad continuada del sujeto para su permanencia. Junto con el matrimonio pertenecería también a esta última clase de relaciones jurídicas la *societas*, en cuanto que también necesita para su subsistencia una voluntad continuada de parte de los socios [24 bis]. En consecuencia, según tal razonamiento, no habría por qué creer en un parelelismo matrimonio—posesión y partir de ahí para justificar la no aplicación del *postliminium*.

---

23. Fuera de ORESTANO, aceptan también la *capitis deminutio* como causa de la disolución, entre otros, VOLTERRA: *Op. cit.*, pág. 64. y AMIRANTE: *Op. cit.*, pág. 150 («Il motivo dello scioglimento del matrimonio è chiaro, benchè taciuto dai giuristi: la *capitis deminutio* conseguente alla *captivitas* di uno dei coniugi»)

24. *Op. cit.*, págs. 139 y ss.

24 bis. Sobre la extinción de la sociedad por *capitis deminutio* del socio, vid. ARANGIO-RUIZ: *La società in diritto romano*, Nápoles, 1950, págs. 163 y ss. Las discordancias que presentan las fuentes pueden ser atribuidas a las dudas que suscitaban los casos de *capitis deminutio minima* y aun *media*. Tratándose de *c. d. maxima* la extinción debió admitirse en todo caso. Así lo estima SOLAZZI: *Op. cit.*, pág. 350, para el cual también debe aceptarse la inaplicabilidad del *postliminium*, mereciendo a este respecto igual tratamiento el matrimonio, la sociedad, el testamento y el mandato.

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Pero cabe preguntar, ¿está esta explicación sólidamente apoyada en las fuentes y, en especial, es concorde con lo que sabemos acerca del *postliminium*? Nuestra información sobre este vetusto instituto no es todo lo completa que hubiera sido de desear a pesar de los numerosos estudios que se han dedicado al tema [25]. Si hemos de creer a Amirante [26], originariamente el *postliminium* se aplica sólo al hombre (libre o esclavo) y con independencia de que la ausencia se haya producido o no por causa de guerra. Más tarde se extiende su aplicación a determinadas cosas que se presentan como de interés nacional [27] y también aparece la distinción entre *postliminium in bello* y *postliminium in pace* [28]. De otra parte, y según la opinión más generalizada, al *postliminium* arcaico le es extraño el efecto de la pendencia de derechos [29], y solamente con posterioridad a la *lex Cornelia de captivis* (82-79 a. de C.) surgirá entre los juristas la idea de pendencia [30]. Hasta tanto, el *postliminium* im-

25. Vid. información bibliográfica en FUENTESECA: *Origen y perfiles clásicos del postliminium*, en AHDE, XXI-XXII, pág. 300. Vid. además, KRELLER: *Juristenarbeit am postliminium*, en ZSS, 69 (1952), págs. 172 y ss.

26. *Op. cit.*, págs. 9 y ss.

27. En este sentido, IMBERT: *Postliminium*, Paris, 1945, págs. 43 y ss., seguido por AMIRANTE: *Loc. cit.* Cfr. DE VISSCHER: *Aperçus sur les origines du postliminium*, en *Nouvelles études de droit rom. public et privé*, Milán, 1949, págs. 277 y ss.

28. El momento de aparición de la dicotomía es discutido. AMIRANTE: *Loc. cit.*, estima que la distinción no es originaria, aunque si es conocida ya por los clásicos. Niega, en cambio, su clasicidad D'ORS: *Postliminium in pace*, en *Rev. de la Fac. de Derecho de Madrid* (1942), y últimamente FUENTESECA: *Op. cit.* El tema, sin embargo, no nos interesa aquí directamente.

29. Como dice el mismo AMIRANTE: *Op. cit.*, pág. 23: «*Il postliminium* in origine era una mera situazione di fatto, che la *civitas* non poteva ignorare e che provocava, perciò, alcune conseguenze giuridiche, ma *postliminium*, in origine, designava piuttosto la prima, che le seconde.» Y añade (pág. 24): «In epoca arcaica il *postliminium* si risolve nel riacquisto della posizione originaria da parte del *civis reversus in civitatem*, riacquisto inscindibilmente collegato al fatto del ritorno; in questo senso è giustificato dire, perciò, che alle origini il *postliminium* è soltanto una situazione di fatto.»

30. AMIRANTE: *Op. cit.* págs. 41 y ss. Cfr. KRELLER: *Juristenarbeit am postliminium*, loc. cit.

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

plica el mero resurgir de las relaciones jurídicas, que se habían extinguido a través de la *captivitas* y, naturalmente, no puede afirmarse que para esa época se verificase también una reintegración del matrimonio *iure postliminii*. Prescindiendo de los problemas que la existencia de la *manus* pueda plantear, hacia los primeros años del siglo I a. de C., los matrimonios llamados libres, esto es *sine manu*, debían estar ya muy generalizados [31], y su disolución definitiva, en caso de cautividad, ha de presumirse [32]. No se puede partir, por lo tanto, de una supuesta pendencia originaria de determinadas relaciones jurídicas y justificar así la no aplicación del *postliminium* al matrimonio.

Por otra parte, no arroja mucha luz la diferencia que se pretende encontrar entre relaciones jurídicas que pueden subsistir, con independencia de su titular, y aquellas otras, que se extinguen si no media la voluntad continuada del sujeto. Es sumamente dudoso que el régimen del *postliminium* haya podido estar presidido en cualquier momento de su historia por una tal concepción. El examen de las fuentes no inclina a una explicación de este género, aun cuando Orestano crea ver apoyada su

31. La *lex Cincia de donis et muneribus*, promulgada en el 204 a. de C., contemplaba el supuesto de donaciones entre cónyuges (Frag. Vat. 302—PAULUS *71 ad edictum*—), lo cual implica la existencia de patrimonios separados, circunstancia que sólo puede darse en el matrimonio no acompañado de *manus*. Sin embargo, el origen de uniones matrimoniales *sine manu* se remonta probablemente a épocas más remotas; cfr. WESTRUP: *Recherches sur les formes antiques de mariage dans l'ancien droit romain*. Copenhague, 1943, págs. 34 y ss.

32. Los efectos del regreso del cautivo cuando se trata de un matrimonio en el que ha habido *conventio in manu* pueden ser discutidos, ya que el vínculo potestativo de la *manus* quedaría reintegrado *iure postliminii*. ¿*Quid iuris* si la mujer contraía nuevo matrimonio antes del regreso del cónyuge cautivo? Admitida la escindibilidad jurídica de los conceptos de matrimonio y *manus* (vid. VOLTERRA: *Op. cit.*, y también *Ancora sulla manus e sul matrimonio*, en *Studi Solazzi*, y *Nuove osservazzioni sulla conventio in manum*, en Atti Congr., Verona, 3; GAUDEMET: *Observations sur la manus*, en AHDO-RIDA, 2, 1953) podría producirse la anómala situación de una mujer sometida a la potestad de su primer marido en tanto que permanece como legítima *uxor* del segundo. La cuestión, sin embargo, no nos interesa aquí directamente.

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

tesis a propósito del régimen de la *societas* consensual. La *societas* se disuelve—parece evidente [33]—en los casos de *captivitas*, y podemos admitir que el *postliminium* no produce su reintegración, sino que hace falta una renovación del consentimiento, lo cual significa el establecimiento de una nueva sociedad.

Ahora bien, el reconocimiento de tales hechos no es base lo suficientemente firme para explicar, como queda indicado, el especial régimen del matrimonio. En su propósito de negar el parelelismo entre matrimonio y posesión, incurre Orestano en defectos análogos a los que combate. Es indudable que no hay fuente jurídica ni literaria en que se afirme expresamente la semejanza entre *possessio* y matrimonio, pero también es cierto que una abierta equiparación entre matrimonio y contrato de sociedad no se encuentra en parte alguna. No hay por qué pensar que las analogías entre sociedad y matrimonio, en lo que se refiere a los efectos de la *captivitas*, hayan de responder fatalmente a una identidad en la estructura jurídica de ambas instituciones. Admitamos que la no aplicación del *postliminium* es común a matrimonio y *societas*—como es también común a la *possessio*— ; pero no intentemos deducir de ello una semejanza excesiva de estructuras, incurriendo en el error de los que acercaron en demasía la posesión al matrimonio. Es difícil de creer que la inaplicabilidad del *postliminium*, en cuanto a la sociedad consensual y al matrimonio, tuviese su punto de arranque en la idea de la voluntad continuada. Partiendo de la gran antigüedad del *postliminium* y del pragmatismo, que debió presidir su aparición y ulterior desarrollo, es preferible acudir a razones menos abstractas y artificiosas a la hora de indagar en su esfera de aplicación.

Hay que reconocer que por lo que se refiere al matrimonio las fuentes jurídicas no son nada explícitas en lo que afecta a los motivos de la inadecuación del *postliminium*. Si existiesen razones de índole religiosa o moral, el silencio no causa sorpre

33. Cfr. GAYO, III, 153; D. 17.2.4.1 (MODEST.); D. 17.2.63.10 (ULP.). De nuevo cabría plantear aquí la cuestión de si la *captivitas* implica *capitis deminutione*, ya que en los referidos textos sólo se habla de esta última (vid. *supra*, nota 18).

INICIO SUMARIO AÑO 1955 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

sa, habida cuenta que la relación genética del Derecho con el mundo extrajurídico no sale nunca a la superficie en los escritos jurisprudenciales romanos [34]. Pero no es necesario recurrir a una remota motivación de esta índole. En realidad, dada la estructura que el matrimonio romano posee, la no aplicación del *postliminium* se presenta como una consecuencia natural, y, por consiguiente, es perfectamente explicable que a los juristas clásicos no les interesase el tema. Si admitimos que el matrimonio se basa esencialmente en el *consensus* efectivo de ambos cónyuges aparece completamente lógica la inhibición del *postliminium*. Una reintegración del matrimonio *iure postliminii* o sería superflua o implicaría un atentado contra la propia estructura de la sociedad conyugal. Sería superflua cuando existiere la voluntad concorde de reanudar la vida matrimonial tras la *captivitas*; supondría, en cambio, un contrasentido cuando la voluntad de cualquiera de los ex-cónyuges fuese contraria al restablecimiento del matrimonio. La explicación de Orestano, aun cuando parte de un hecho cierto (la necesidad de una voluntad continuada), resulta ligeramente artificiosa al intentar huir de todo punto de contacto entre matrimonio y *possessio*. En último término, ¿qué es esta voluntad continuada sino una situación de hecho, a la cual el ordenamiento jurídico concederá determinados efectos? [35]. Es cierto que las fuentes, tanto jurídicas como literarias, no califican nunca expresamente al matrimonio como *res facti*, pero tampoco se incluye, en ningún caso, a la relación matrimonial entre los *iura*. El extenso fragmento de Trifonino en D. 49.15.12 poca ayuda puede ofrecernos en su actual redacción, pues la afirmación contenida en el § 6 (*Cetera quae in iure sunt, posteaquam postliminio, pro eo habentur, ac si numquam iste hostium potitus fuisset*) no implica una clara negativa a considerar el matrimonio como relación jurídica. El matrimonio viene aludido en el § 4 (*Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est*), y con anterioridad se ha tratado de cuestiones de *patria potestas* y adquisiciones efectuadas por hijos y esclavos (§ 1), de

34. Vid. SCHULZ: *Prinzipien des röm. Rechts*, págs. 16-17.
35. Cfr. KASER: *Op. cit.*, págs. 303 y ss.

INICIO SUMARIO AÑO 1955 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

posesión (§ 2) y de consentimiento del *captivus* para el matrimonio del hijo (§ 3). Por último, el § 5 se refiere a testamentos y codicilos. Vemos, por tanto, que en los §§ 1 a 5 no sólo aparecen reflejadas situaciones de hecho, sino también relaciones jurídicas. Orestano llega a afirmar [36] que la expresión *cetera quae in iure sunt* implica la existencia de relaciones jurídicas que no eran restituídas por el *postliminium*, pero tal interpretación es discutible. Para percatarnos bien del sentido del § 6 es preciso tener a la vista el párrafo anterior con el cual guarda estrecha conexión.

> D. 49.15.12.5 (TRYPHONINUS, lib. quarto disputationum): Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur [iure suptili] confirmati testamento, quod in civitate fecerat. Sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit. [Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset].

La interpolación de este texto es demasiado clara para ser negada [37]. El principio clásico, tal como resulta de D. 29.7.7 pr. (Marcianus. *lib. secundo regularum*) [38] determina la invalidez de los codicilos confeccionados durante la *captivitas*, sin que el *postliminium* tenga aquí el menor efecto. Nos encontramos, pues, con un caso en el que no cabe afirmar la irrelevancia del cautiverio, en virtud del *postliminium*, y, por ello, nada ha de extrañarnos la afirmación subsiguiente, donde se hace constar que para las demás relaciones jurídicas el *postliminium* tiene lugar en beneficio del ex-cautivo *ac si numquam iste hostium potitus fuisset*. Es decir, que el § 6 está directamente re-

36. *Op. cit.*, pág. 140, nota 382. En contra, SOLAZZI: *Il concetto dell'ius postliminii* cit., págs. 320 y ss.

37. Vid. *Index interpolationum*. Cfr. SCHULZ: *History of Roman legal science*, Oxford, 1953, pág. 234.

38. *Quaedam non referuntur ad confirmationem condicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit et in captivitate codicillos scribat: nam non valent. Idem est si aliquo modo ius testamenti faciendi desierit habere.*

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

lacionado con el § 5, y, en cambio, es independiente de los §§ anteriores, con lo que resulta que la expresión *cetera quae in iure sunt* no tiene el alcance que Orestano pretende. Lo más probable es que con ella se quisiera sentar el principio general en materia de *postliminium* tras de haberse aludido a algo que podía parecer una desviación.

Otros textos en que se alude explícitamene a la inaplicabilidad del *postliminium* al matrimonio tampoco señalan la motivación:

> D. 49.15.14.1 (POMPONIUS libro tertio ad Sabinum): Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium [39].
>
> D. 49.15.8 (PAULUS libro tertio ad legem Iuliam et Papiam): Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii [post constitutum tempus] nupta non est: [quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur] [40].

Sin entrar aquí en el problema de si existen o no relaciones jurídicas que, extinguidas por la *captivitas*, no sean reintegradas *iure postliminii*, el matrimonio parece más bien presentarse como una situación de hecho, al menos durante toda la época clásica, y ello sirve a justificar dogmáticamente la inoperancia del *postliminium* [41]. Que las fuentes no le califiquen como tal

39. El fragmento parece genuino aun cuando no hayan faltado opiniones en contrario. Cfr. ORESTANO: *Op. cit.*, pág. 205, nota 541, quien se declara a favor de su autenticidad. En el mismo sentido, VOLTERRA: *Op. cit.*, pág. 44, nota 72, y SOLAZZI: *Il concetto del ius postliminii*, cit., pág. 351.

40. Las interpolaciones que se señalan son generalmente aceptadas. Vid. AMIRANTE: *Op. cit.*, pág. 194; cfr. KRELLER: *Die Ehe cit.*, pág. 286.

41. En este sentido, SOLAZZI: *Op. cit.*, pág. 350, a quien sigue AMIRANTE: *Op. cit.*, pág. 150. Al igual que la *possessio*, el matrimonio no estuvo inicialmente dentro de la esfera del *ius*, sino incluído en el dominio del *factum*. La diferencia puede parecer de un vano formalismo para la época ya propiamente clásica, pero es lo cierto que la oposición entre *ius* y *factum* tenía todavía un justificado arraigo en la jurisprudencia del Principado. Cfr. GEORGESCU: *L'opposition entre «ius» et «factum» en droit romain et en droit moderne*, en *Scritti beatificazione Ferrini*, III, págs. 144 y ss. Y, naturalmente, en aquel arraigo no hay que ver una mera tradición irracional e inerte, sino una consciente aceptación de ideas jurídicamente útiles. Por lo demás, debe insistirse en que no hay que exagerar las semejanzas entre matrimonio y

INICIO | SUMARIO AÑO 1955 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

res facti no es de extrañar, si pensamos que se trata de una institución cuya estructura social aparecía lo suficientemente clara, no siendo necesario un especial razonamiento jurídico que justificase su suerte en el caso de *captivitas* [42]. No ocurría lo mismo tratándose de la posesión, concepto que ofrecía particulares dificultades técnicas y que aparentemente podía confundirse con situaciones provistas de una titularidad jurídica. Respecto de la *possessio* sí que era procedente insistir en su calidad de *res facti* a la hora de enfrentarse con el *postliminium* [43].

A través de la *captivitas* y el *postliminium* se hace, pues, difícil ver en el matrimonio una auténtica relación jurídica [44]. Si se quiere, por tanto, negar su condición de mero hecho habrán de aportarse otras razones [45]. Hasta tanto, la calificación del matrimonio romano clásico como situación de hecho resultante de la *affectio maritalis* parece la que mejor cuadra a la naturaleza de nuestra institución.

Juan Antonio ARIAS BONET

posesión. Como dice KASER: *Op. cit.*, pág. 306: «Freilich darf diese Aehnlichkeit nicht zu Tode gehetzt werden, formen doch die Römer ihre Institute jeweils nach den lebendigen Bedürfnissen und nicht nach doktrinären Schematisierungen.»

42. No olvidemos la característica parsimonia romana en cuanto a la creación y reconocimiento de normas jurídicas. La inhibición de la jurisprudencia respecto de determinadas materias (tal el matrimonio) está dentro de esta tendencia. Cfr. SCHULZ: *Prinzipien*, págs. 14-15.

43. D. 4.6.19 (PAPINIANUS: *lib. tertio quaestionum*): *Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquireret, ab hostibus captus sit placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio auten plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio.*

D. 49.15.12.2 (TRYPHONINUS. *lib. quarto disputationum*): *Facti auten causae infectae nulla constitutione fieri possunt. Ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est possidere desisse...*

44. A no ser que admitamos que el elemento normativo que existe en concepto como *mos maiorum, boni mores, regimen morum* es suficiente para afirmar la juricidad. A este propósito, vid. el interesante trabajo de HELLEBRAND: *Ein Beitrag zur Problematik matrimonium und mos*, en ZSS, 70, 1953, páginas 247 y ss.

45. ORESTANO: *Op. cit.*, pág. 8, promete tratar el tema en la segunda parte de su obra, dedicando un especial capítulo a la *natura di rapporto giuridico del matrimonio romano*.