

V A R I A R O M A N A

I

El derecho natural de San Pablo

Tanto el *ius naturale* como San Pablo han salido anteriormente en esta *Varia Romana*. Hoy quiero llamar la atención sobre este pasaje: *Si quis autem suorum, et maxime domesticorum, curam non habet, fidem negavit et est infideli deterior* (I Tim, 5,8).

El deber de cuidar a los suyos es de carácter natural, y los infieles están obligados también por tal precepto. Pero cuando un cristiano lo incumple, esta infracción del precepto natural supone una infracción de la ley revelada (*fidem negavit*). En otras palabras: los cristianos no serán juzgados por la *lex naturae* (propia de los infieles, que son «ley para sí mismos»), sino por la *lex Dei* positiva. Volvemos a nuestra formulación: el derecho natural es el derecho divino para infieles. Ergo: querer los cristianos vivir el derecho natural como tal es pretender vivir como infieles. Este ha sido el gran engaño en que parece haber caído el pensamiento católico arrastrado por los encantos de un neutralismo pacifista.

II

«Libertas»-«civitas»-capacidad jurídica

F. De Visscher, en un reciente artículo (*Studi Paoli*, 239), ha puesto de manifiesto la clara diferencia entre la *polis* griega, que depende de una concepción territorial, y la *civitas* romana, que depende de una concepción personalista, sin relación territorial. La *civitas* presupone el *civis*, en tanto los *politai* presuponen la *polis*. De ahí que a los «estadistas» modernos resulte mucho más interesante el pensamiento político griego que el romano; viceversa, que los romanistas tendamos al

antiestatismo y a los fueros de la sociedad contra el Estado. Esta es una conquista de los romanistas de nuestro tiempo contra los legistas de antaño, servidores del absolutismo estatal.

Esta concepción romana es la que permite la conocida relatividad del concepto de *civitas*. Como señala acertadamente De Visscher, sólo el dogmatismo político de un Mommsen pudo hacer ver que la *civitas* es una «Staatsangehörigkeit» a la moderna. En Roma hay *cives* de muy distintos grados; pensemos no más en los *cives sine suffragio*. Estas variaciones son algo natural dentro del concepto romano de *civitas*, no como ocurre en el Estado moderno, cuando, artificialmente, se crean diferencias, por ejemplo, en relación con una «Parteiangehörigkeit» o abuso parecido.

Si no me equivoco, la *civitas* no es más que el reverso, en orden a la vida pública de la *libertas*. La *libertas* (vid. *Varia Romana* del anterior ANUARIO) no es más que la situación de aquellas personas o pueblos que se hallan *sine domino*. Una persona puede estar bajo la potestad de su padre, bajo un tutor, que no deja por eso de ser libre, aunque tenga deficiencias de capacidad; un pueblo puede ser cliente de Roma y hallarse en una posición jurídica de inferioridad (vid. Dig. 49. 15, 7, 1 y nuestra *Varia Romana*, de AHDE 14, núm. III), y no por eso dejar de ser libre, o pueden los romanos hallarse bajo el poder prácticamente absoluto de un *pater patriae*, de un *princeps*, sin dejar por eso de reconocerse libres.

La *libertas* tiene así un valor puramente negativo. La *civitas* es el reverso positivo de la *libertas* en el orden público. Todo *liber*; en cuanto *Romanus*, es un *civis Romanus*, asociado a los otros *cives*, y de ahí se deriva una serie variable de facultades públicas: de votar, de ser elegido, etc.; facultades que no son constantes, pues no todos los *cives* son iguales; los libertos, por ejemplo, son *cives* y no tienen de ningún modo las facultades de los *ingenui*.

Distinta de esta capacidad pública, y variable, que es la *civitas* es la capacidad «jurídica», es decir, privada, puesto que el *ius* es esencialmente lo que llamamos derecho «privado». No todos los *cives* tienen esa capacidad jurídica, sino tan sólo aquellos que son *sui iuris*, es decir, que no se hallan bajo la potestad de un *pater* (o event. la *manus* de un marido). Tal capacidad tampoco es siempre igual. Una mujer—libre, ciudadana, *sui iuris*—no será nunca igual a un hombre; tampoco un impúber o un loco tienen una capacidad plena. Nosotros decimos hoy que hay que distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pero los prudentes romanos no decían nada parecido. Se trata simplemente de variaciones de la capacidad

privada de los *cives* y de los *cives sui iuris*, como las hay también en el orden de la vida pública.

La capacidad jurídica es más restringida que la *civitas* y está más que la *libertas*, pero nada más escolástico y ajeno a la mentalidad romana que el representarse esas tres situaciones como tres círculos concéntricos. *Libertas* y *civitas* son el anverso negativo y reverso positivo de lo mismo; el *ius civile* es el orden judicial privado de esos *cives*.

La tripartición de la *capitis deminutio* me parece haber sido la causa del nuevo punto de vista de los «tres *status*». Vid Dig. 4,5,11: *Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam*, etc. (texto atribuido a Paulo, pero escolástico, tardío). Como casi siempre, el responsable de este desenfoque es, por tanto, Gayo I, 159 ss. Sobre el carácter no-clásico de esta tripartición, vid. Kaser, RPR, 253.

III

«Ratio» y «lex»

CJ. 8,52,2 (Constantino): *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem*.

Schönbauer, en *Jour Jur. Pap.*, 1956, p. 52, equipara, siguiendo a Savigny, *ratio*=*ratio publicae utilitatis*, como en CTh. 5,20,1 (Juliano): *cum nihil per causam publicam intervenit*. Dice el autor: «Dadurch gewinne erst der Ausdruck einen bestimmten und praktischen Sinn: Die Gewohnheit dürfe nicht der Staatsraison zuwiderlaufen».

Todavía no. Esa confusión de la *ratio iuris* con la «raison d'Etat» ha de ocurrir con el tiempo, pero todavía no en la época de Constantino. Si no yerro, *ratio* sigue teniendo ahí el mismo sentido que en la conocida antítesis *ratio-aequitas*: se trata de la congruencia jurídica según se deriva de las formulaciones jurisprudenciales, es decir, la *iuris ratio*. Así en la expresión *contra rationem iuris receptum*=*contra tenoris iuris introductum*. Por tanto, en la antítesis *ratio-lex* no tenemos más que una variante de la contraposición *ius-lex* (jurisprudencia antigua y constitución imperial), que se ha de imponer en el lenguaje jurídico tardío.

La supeditación del derecho al interés del «Estado» mediante el instrumento de la ley estatal, eso no es anterior al nacimiento de ese fenómeno moderno que llamamos «Estado».

Una vez más: ni aun en los momentos de más álgido autocratismo, llegaron a conocer los romanos el «Estado» ni la «razón de Estado».

IV

Consuetudo pro iure

Ulp., *de off. proc.* Dig. 1,3,33.—U. von Lübtow, *Das römische Volk* (cfr. *Reseña Romanística*), p. 513, presenta la siguiente crítica de este texto: *Diuturna consuetudo <civitatis vel provinciae> pro iure et lege in his quae non ex [scripto] <lege> descendunt observari solet.* Esta censura es más tímida que la mía (no conocida por el autor), en *Rev. Gral. Leg. y Jur.*, 1946, II, p. 511 n., que suprimía el párrafo [*et lege-descendunt*]. Recientemente, G. Lombardi, en *SDHI*, 1950, p. 56 s., insistió en la crítica, sostenida por Kaser y otros, de todo el párrafo. La indeterminación del verbo *solet* (v. Lübtow, 514, n. 248—siguiendo a Pernice, *SZ*, 20, 54—lo entiende como *debet*), por sí sola no me parece suficiente para tan radical censura. Aunque Lenel, *Palīg.*, II, 968, haya colocado este fragmento con asterisco, como dudando de su relación (úna insinúa en nota), creo que la materia tratada en el primer libro del *de off. proc.*, podía ofrecer muchos enlaces para nuestro texto, empezando por el mismo fragmento que le antecede en el orden leneliano (Dig. 1,16,6,3), que se refiere a la medida de las *xenia* aceptables, materia en la que bien podía remitirse Ulpiano a la costumbre del lugar. Que Ulpiano trataba de la *consuetudo* provincial es cierto, y quizá resulte innecesaria la adición introducida por v. Lübtow, pues ya la misma relación del contexto determinaba de qué costumbre se trataba. Por mi parte, sigo creyendo que mi punto de vista de hace diez años es acertado; lo único sospechoso en ese fragmento es la contraposición del *ius scriptum-ius non scriptum*, con la que se relaciona la equiparación de la *consuetudo* al *ius* y el corrimiento de la equivalencia a la *lex* (no sólo *pro iure*, como diría Ulpiano, sino *pro lege*). Confirmando así mi crítica de entonces y leo: *Diuturna consuetudo pro iure [-] observari solet.* Para la explicación de fondo me remito a mi citado artículo.

V

Regula «male...»

En Gayo 3,53, al mencionarse dos disposiciones del emperador Antonino Pio, entonces reinante, que limitaron, en casos concretos, excesos de propietarios de esclavos, aparece la si-

guiente reflexión de Gayo: *male enim nostro iure uti non debemus*. Un lector postclásico, al leer esta hermosa reflexión moral, consideró que merecía ser destacada como verdadera *regula iuris*, y anotó al margen: «regula». Un copista ulterior, como siempre, incorporó la glosa al texto, y por eso leemos hoy en el palimpsesto de Verona: *regula male enim*, etc. Los editores hacen bien en eliminar la palabra insiticia, pero vale la pena tener presente su valor histórico.

Para Gayo, los excesos crueles de los propietarios de esclavos eran, no antijurídicos, pero sí inmorales. Las decisiones casuísticas de Antonino Pio, todavía recientes, no podían haber creado aún una limitación jurídica de tal propiedad con valor normativo general. Por eso Gayo se limita a decir que es inmoral—*non debemus*—que usemos mal de nuestro derecho. Se reconoce el *ius*, pero se apunta un reparo moral contra su abuso. Era como una excepción puramente moral al principio general de que *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (Gayo, Dig. 50,17,55).

Tal limitación puramente moral en la época de Gayo y de Antonino Pio había de convertirse en jurídica. Para las escuelas postclásicas, como decimos, la reflexión gayana era ya una *regula iuris* que constituía una norma propiamente jurídica: el abuso de la propiedad se hizo así propiamente antijurídico.

Naturalmente, para Justiniano existe ya en ese sentido una verdadera limitación jurídica de la propiedad, y por eso, al copiar el pasaje, en sus *Institutiones*, 1,8,2, se aparta mínima, pero profundamente de él, y escribe: *expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur*. No se trata ya de abuso moral de un derecho, como ocurría en Gayo, sino de abuso antijurídico de nuestras cosas. Hay ahí una infracción del *ius*, y precisamente del *ius publicum*.

VI

Sobre la supuesta antinomía en materia de «*causa traditionis*» *

Se trata de la *vexata quaestio* de Ulpiano, D. 12,1,18 (*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero...*), y Juliano, D. 41,1,36 (*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus...*) Los

* Pub. en *Iura*, 5 (1954) 145. Reproduzco esta nota para comodidad del lector español, por su especial conexión con el tema estudiado en el artículo «*Creditum y Contractus*», que se publica en el presente ANUARIO.

textos se reproducen íntegros más abajo, al presentar nuestra propia crítica.

Pido excusa por no aducir la inmensa literatura sobre esta cuestión, ya que su valoración excedería de los límites de la presente nota y, por otro lado, nuestro punto de partida y posición general ante el problema se apartan de los comúnmente aceptados al prescindir precisamente de la *causa traditionis*. Quiero decir que, si no me equivoco, ni Juliano ni Ulpiano trataban aquí de la propiedad, sino concretamente de la procedencia o no de la *condictio*. El enfoque desde el punto de vista de la *causa traditionis* ha sido lo que ha motivado las interpolaciones en el texto de Juliano, en tanto que las del texto de Ulpiano son más leves y sirven para extender la idea constructiva, especialmente favorecida por los compiladores, de que la *condictio* en caso de *datio* involuntaria, se supedita a la *consumptio*.

Ante todo, es necesario fijar la procedencia de ambos textos.

El de Ulpiano fué aprovechado para el título *de rebus creditis* (12,1)—lo que explica que los compiladores no lo hayan réformado a los fines de una teoría sobre traslado del dominio—y procede del libro VII de las *disputationes* (*Paling.* 2, 410 ss.). Allí trataba Ulpiano *de exceptionibus*, y Lenel (p. 412) ha reconstruido acertadamente para nuestro texto (n. 126) la rúbrica especial *de doli mali exceptione*.

El texto de Juliano fué aprovechado por los compiladores para su título *de adquirendo rerum dominio* (41,1)—lo que explica el especial desarrollo interpolado sobre la *causa traditionis*—y procede aparentemente del libro XIII de los *digesta* (*Palin.* 1, 352 ss.) Esto no puede menos de sorprender, pues en ese libro trataba Juliano *de bonae fidei iudiciis*, y concretamente de las *actiones depositi* y *fiduciae*. Lenel ha colocado nuestro texto (n. 222) bajo la rúbrica de la segunda, pero, en verdad, es difícil de imaginar la relación que pudiera haber entre nuestro texto y la *a. fiduciae*. Ante esta dificultad, y considerando más improbable un error de XIII por LI, rectificación que nos llevaría a la misma rúbrica *de doli mali exceptione*, yo me inclinaría a corregir [*tertio*] *decimo* (X[III]), pues en el libro X se trata de la *condictio* (*de rebus creditis*). Aunque no considero esta corrección de la *inscriptio* como indispensable, en todo caso, señalo la dificultad de la actual ubicación del texto de Juliano.

Fijada la procedencia del texto de Ulpiano y señalada la dificultad del de Juliano, urge aclarar la correspondencia entre lo que dice Juliano y la referencia que del mismo hace Ulpiano.

Para-ello doy como cierto que hay identidad en la hipótesis:

Jul. ap. Ulp.: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias...*

Jul.: *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias...*

Dada la identidad de la hipótesis, no me parece posible que Juliano diera respuestas distintas; es más, creo que Ulpiano, al citar a Juliano, se refiere precisamente al tenor originario del texto hoy conservado.

Ahora bien: Ulpiano nos da la siguiente referencia de la respuesta de Juliano para el mencionado caso: *Julianus scribit donationem non esse*. Teniendo en cuenta que el texto de Juliano, tal como se nos conserva actualmente, nos presenta un desarrollo sospechoso sobre la *causa traditionis*, en la apropiada sede compilatoria, creo que no hay motivo para no preferir la escueta referencia de Ulpiano al tenor complicado del texto compilatorio de Juliano. Así, pues, sospecho que el texto originario de Juliano debía de decir más o menos lo mismo que nos refleja Ulpiano.

Observemos que Ulpiano se formula a continuación una duda—*sed an mutua sit videndum*—que él contesta con una negativa. La consecuencia práctica de esto es que, aunque el que dió *quasi donaturus* disponga de la *condictio*—*licet condictione teneatur*—, Ulpiano considera no debe ésta proceder, y la paraliza con la *exceptio doli mali*; en efecto, el donante incurriría en dolo al revocar una donación ya aceptada por el hecho mismo de la negativa a devolver del que en un principio se creía simple mutuario. La supeditación de la *condictio* a la *consumptio*—*si eos consumpserit*—y la explicación voluntarista de la misma—*magisque nummos accipientis non fieri cum alia opinione acceperit y quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*—procederían de los compiladores.

Hay, pues, una posición personal de Ulpiano en este tema. Juliano negaba la eficacia de la donación y concedía la *condictio*; Ulpiano, en cambio, paraliza la *condictio* con la *exceptio*, pues lo contrario equivaldría a decir que había *pecunia mutua*.

Así, en tanto Juliano daba una solución prácticamente asimilable al mutuo, Ulpiano daba otra prácticamente asimilable a la donación. En todo caso, el juego de la acción y excepción era lo que interesaba, más que las figuras mismas de los negocios existentes. Ulpiano trataba ahí, como hemos visto, de cuándo procede la *exceptio doli mali*, y ése era un caso.

Los compiladores—como ya la jurisprudencia postclásica—propendían a buscar más las figuras de los negocios que el juego de las acciones y excepciones. Ya la palabra *mutua*, en relación con *pecunia*, nos indica que muy probablemente el texto

originario de Ulpiano decía, no *donationem non esse*, sino *donatam (pecuniam) non esse*. Es un pequeño retoque compitatorio que obedece a la tendencia «figurista». Pero esto aparece más claramente en la continuación del texto de Ulpiano, en la interpolación *nec depositum nec mutuum est*; lo que se enlaza inelegantemente con la hipótesis siguiente mediante un *idem est et*, pues en ésta no se trata de depósito o mutuo, sino de comodato o mutuo. El comodato es *ostendendi gratia*, porque versa sobre *pecunia*, y no podría ser de otro modo, pero es digno de observarse que, a pesar de que el comodatario no debe consumir, aquí se presenta la hipótesis complementaria de la *consumptio*: se trata, una vez más, de supeditar la *condictio* a la *consumptio*. Para Ulpiano, que acaba de afirmar la improcedencia de la *condictio* en el primer caso, lo que interesa es afirmar su procedencia (*sine doli exceptione*) en los otros dos, en los cuales falta la donación y, por ello, no puede apreciarse dolo en la repetición mediante la *condictio*.

En mi opinión, el texto originario de Juliano se reducía a lo que da a entender la referencia concreta de Ulpiano: *...constat <donatam non esse et te condictione teneri>*, o giro parecido. Todo lo demás, todo lo relativo a la eficacia de la *traditio* para la *translatio proprietatis* (!), es compilatorio, como revela ya la incongruencia de tratar de la *traditio* a propósito de una *res Mancipi* (*fundus*). Por lo demás, contradicción de principio entre esta interpolación en el texto de Juliano y las del texto de Ulpiano no hay, pues en ella se supone un acuerdo mínimo: que la *traditio* tiene por causa una *solutio*, aunque exista discrepancia respecto a la causa de tal *solutio*. En las hipótesis del texto de Ulpiano, en cambio, falta siempre ese acuerdo mínimo, y de ahí que los compiladores aclaren que los *nummi* no se hicieron del *accipiens*.

Apuntadas estas consideraciones, propondría la siguiente depuración de ambos textos, dejando a los márgenes exteriores las frases interpoladas:

	Jul.	Ulp.	
<p>¹Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus non animadverto cur inefficax sit traditio veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam (!), tu existimes ex stipulatu eum tibi deberi</p> <p>nam et</p> <p>²proprietatem (!) ad te transire (!) nec impedimento esse quod circa (!) causam dandi atque accipiendi dissenserimus.</p>	<p>¹ Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat ² <donatam non esse et te conditione teneri>.</p>	<p>Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donat ¹) <am> non esse. Sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse. ²) Quare³) licet conditione tenea⁴)<ris>, t a m e n doli exceptione uti poteris⁵)<s>.</p> <p><Sed> si ego quasi deponens tibi dederō tu quasi mutuam pecuniam accipias⁶) <vel> si tu quasi mutuam dederis ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi⁷), conditioni sine doli exceptione locus erit.</p>	<p>¹) -ionem</p> <p>²) magisque nummos accipientis non fieri cum alia opinione acceperit</p> <p>³) si eos consumpserit</p> <p>⁴) -tur</p> <p>⁵) -t, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti</p> <p>⁶) nec depositum nec mutuum est. idem est et</p> <p>⁷) sed in utroque casu (!) consumptis nummis</p>

VII

El RPR. de Kaser

El conocido *Handbuch des Altertumswissenschaft*, de Iwan Müller, Walter Otto y Hermann Bengston, cuenta ahora en su nueva serie de *Rechtsgeschichte des Altertums* con un primer tomo de un Tratado de Derecho romano: Max Kaser, *Das römische Privatrecht. I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München, Beck, 1954), xxvi + 651 páginas.

Ya dimos noticia de la aparición de esta obra en nuestro último ANUARIO, pero se trata del libro más importante que ha producido la romanística de estos años, y queremos destacar aquí su significación. Como es difícil hacer la reseña de un libro como este sin caer o en prolijidad o en arbitraria selección de temas y aspectos, atendiendo quizá a las discrepancias del autor frente a las propias opiniones del reseñante, prefiero limitarme a esta breve nota a la concepción general de este tratado.

Al dejar la parte del derecho post-clásico para un tomo ulterior, esta obra de Kaser viene a insertarse en la gran línea —Pernice, Mitteis, Schulz— de aquellos romanistas que se han atrevido a exponer separadamente el Derecho romano clásico. Es decir, Kaser expone todavía el derecho arcaico en la primera parte de su libro, y luego, en otra, naturalmente, mucho más extensa, el derecho pre-clásico y el clásico.

Una primera observación se puede hacer a esta distinción, luego mitigada por la unión, entre el derecho pre-clásico y el clásico. Francamente, en esta cuestión de los períodos, hay muchos puntos de vista admisibles. Por mi parte, propendo a extender la época clásica del (aprox.) 130 a. C. al 230 d. C., pero haciendo, dentro de este largo período, tres etapas: una clásica-antigua, hasta Augusto (la que algunos autores llaman «pre-clásica»), otra clásica áurea (hasta Adriano) y otra clásica-tardía hasta el 230). Porque cada día me parece más necesario distinguir la etapa anterior de la posterior a Adriano, en tanto no me parece justo abrir una brecha demasiado amplia entre el s. I a. C. y el s. I d. C., entre los Escévolas, si se quiere, y Labeón o Casio. Pero ésta no es la observación fundamental que quiero hacer aquí.

La observación fundamental es la misma que ya hice al CRL. de Schulz en AHDE. 1951-1952, p. 1.366, s.: la de que no se ha despegado suficientemente el autor de la sistemática pandectística y hasta de la misma sistemática gayana (sobre

cuyo carácter clásico tiene Kaser, como yo, sus fundadas dudas). Es posible que los que no nos hemos puesto a la tarea de hacer un libro general y nos hemos limitado a trazar algunas perspectivas (principalmente en mi *Discurso inaugural* de la Universidad de Santiago, 1955) no nos demos buena cuenta de lo difícil que resulta el sacudirse la dogmática y la sistemática y encontrar una ordenación de materias más ajustada al pensamiento clásico. Esto es muy posible. De todos modos, creo que en ningún caso se debe separar, como hizo Kaser, el estudio del procedimiento, pues el derecho clásico es un «sistema de acciones», y sólo partiendo del procedimiento, y de las distintas acciones separadamente, resulta aquel derecho inteligible.

Esta observación no tiene más fin que el de estimular a nuestros jóvenes romanistas a plantearse esta conquista científica que consistirá en encontrar algún día un orden de exposición de las instituciones, no pandectístico, no gayano-justiniano, que, partiendo siempre de la realidad procesal, refleje más fielmente el pensamiento de los grandes juristas clásicos. Pero hoy, cuando un jurista cualquiera me pida una fuente de información sobre el estado actual del estudio romanístico de cualquier institución, no dudaré en poner en sus manos este importante libro que un romanista no podrá menos de tener constantemente al alcance de las suyas.

A. D'ORS

VIII.

«*Conventio in manum*» y matrimonio

La distinción clásica entre *conventio in manum* y matrimonio nos parece ha sido suficientemente probada por Volterra contra la doctrina más generalizada que distinguía entre matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*¹. Creemos útil, sin embargo, hacer algunas observaciones, tratando de aclarar algunas dudas que suscita la primitiva *conventio in manum*. Que los juristas clásicos distinguiesen el matrimonio de la sujeción de la mujer a la *manus*, nos parece fuera de duda, ya que

1. Vid. VOLTERRA, *Corso di diritto romano, diritto di famiglia* (Pisa, 1931-32), p. 184 ss.; *La conception du mariage d'après les juristes romains* (Padova, 1940), 2 ss.; *Ancora sulla manus e sul matrimonio*, en *Studi in onore S. Solazzi* (Nápoles, 1948), p. 675 ss.; *Nuove osservazioni sulla conventio in manum*, en *Atti del Congresso intern. di d. romano di Verona* (Milano, 1951), p. 29 ss.; *La conception du mariage a Rome*, en *Rev. Intern. des droits de l'Antiquité* 1955, p. 367 ss. Para una bibliografía completa sobre el tema vid. la citada en estos trabajos.

la concepción clásica sobre la relación matrimonial se centra sobre el matrimonio libre y la *manus* puede considerarse una supervivencia histórica. Si puede dudarse, sin embargo, de una distinción originaria entre matrimonio y *conventio in manum*. A este respecto es necesario distinguir entre el régimen y efectos jurídicos de una institución y su consideración social, porque, si bien en las concepciones sociales primitivas podemos encontrar una idea de matrimonio independiente de la *manus*, desde un punto de vista estrictamente jurídico el régimen de la *conventio in manum* es único e indiferenciado y comprende en su estructura y consecuencias al vínculo matrimonial, que puede decirse carece de relevancia jurídica en época originaria². Ello se explica, como es sabido, por la peculiar organización de la familia agnaticia en la que predominaban las relaciones de potestad que eran las que regulaba el primitivo *ius civile*³.

Que originariamente sólo existiese la *conventio in manum* y que el matrimonio se considerase comprendido dentro de su régimen, creemos puede deducirse del testimonio de escritores griegos y latinos que, tratando del matrimonio, lo consideraban

2. Nos apartamos de la tesis de FRANCESCA BOZZA, *Manus e matrimonio*, en *Ann. della Univ. di Macerata*, 15 (1942), 16 ss., quien criticando la tesis de VOLTERRA afirma que en la época antigua matrimonio y *conventio in manum* eran aspectos diversos de un único fenómeno: *nuptiae*, para seguir a VOLTERRA, *Ancora sulla manus* cit., p. 677, que sostiene: «el *ius civile* mientras conocía y regulaba la *conventio in manum* con las dos formas de la *confarreatio* y la *coemptio* ignoraba del todo el matrimonio como instituto jurídico».

3. Siguiendo a VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes*, p. 28 s., y *Ancora sulla manus* cit., p. 676 s. «Contrariamente a lo que sucede en otros pueblos antiguos, yo creo que en Roma el matrimonio ha llegado a ser bastante tarde una institución jurídica del *ius civile*... La familia doméstica fundada sobre los vínculos de sangre es un organismo que, en los primeros tiempos, vive en el interior de la familia propiamente dicha, es decir, del grupo político sometido a la autoridad del *paterfamilias*. En la época primitiva, cuando este grupo desempeñaba un importante papel en la constitución romana, es evidente que el matrimonio, y por consiguiente, la formación de la familia doméstica, es una relación interior del grupo que escapa completamente al derecho de la *civitas*, y que está reglamentado por las *mores* de la familia política. El derecho de la *civitas*, no regulando las relaciones internas de la familia, no se ocupa originariamente más que de las formas por las cuales se entra en el grupo político de la familia. Por ello el más antiguo derecho romano habla frecuentemente de la *conventio in manum* y el matrimonio parece asociado a esta institución.» Y añade—*Ancora sulla manus*, cit., p. 677—: «El matrimonio se presenta, en efecto, desde los orígenes como una relación de hecho a la que el *ius civile* reconocerá progresivamente determinados efectos jurídicos.» En parecidos términos se expresa en *La conception du mariage a Rome* cit., p. 371 s.

vinculado a las formas de sujeción a la *manus*⁴. Incluso podemos deducir esta consecuencia de Gayo, que desde un punto de vista más histórico que práctico, nos revela los caracteres de la *coemptio in manum*. Distingue el jurista, en efecto, la *coemptio matrimonii causa* de la *coemptio fiduciae causa* (l. 114) y la denominación dada a la primera de esas formas nos parece bastante significativa respecto a la vinculación originaria del matrimonio a la *coemptio*.

La principal dificultad para admitir una originaria indistinción entre *manus* y matrimonio parece ser la forma del *usus* por la que, según la interpretación más generalizada, la mujer entraba bajo la *manus* del marido al final del año de matrimonio, de lo que parece deducirse que ya a la época de las XII Tablas el matrimonio se concebía independientemente de la *manus*⁵. Estimamos, sin embargo, que puede distinguirse a este respecto una consideración social del matrimonio de una estricta concepción jurídica. Examinemos los textos que pueden aclararnos esta cuestión:

Gayo, 1.111: «Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.

Macrobio Saturn. 1. 3. 9.:

Quintum quoque Mucium iureconsultum dicere solitum, lege non ipse usurpatum mulierem, quae, cum Kalendis Januariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ad diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isse. Non enim posse impleri trinoctium, quo abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet: quoniam testiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis..

Aulio Gelio, Noc. Attic. 3. 2.12-13:

Quintum quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum kalendas Januarias sequentis usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

4 Dionisio de Halicarnaso, *Antiq. Rom.* 2, 25; Patarco, *Quaest. rom.* 50; Cicerón, *Top.* 3, 14; Quintiliano, *Instit. Orat.* 5, 10, 62; Aulio Gelio, *Noc. Att.* 18, 6, 9; 10, 15, 22; Servio, *In Aen.* 4, 103; 4, 29; *In Georg.* 1, 31; Tertuliano, *de exh. cast.* 13; Boecio, *in Top.* 3, 4.

5. Cfr. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes cit.*, p. 13, y *Ancora sulla manus*, cit., p. 682, donde aduce este argumento contra



La expresión utilizada por Gayo *quae anno continuo nupta perseverabat* se aclara, pues, con la explicación que Macrobio y Aulo Gelio, acordemente en una redacción casi idéntica, atribuyen a Quinto Mucio. *Nupta* es, por tanto, la que *apud virum matrimonii causa esse coepisset*. Un parangón bastante explicativo creemos poder hacer entre esta situación en que se encuentra la mujer antes del transcurso del año, tal como resulta de estos textos, y la de la *minor nupta*, a la que se refieren varias decisiones jurisprudenciales ⁶, que pueden resumirse en una de Pomponio:

I. 3 *ad Sabinum*: D. 23. 2. 4 *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim annos.*

En este texto, *nupta* es la que ha sido conducida a la casa del varón con fines matrimoniales, lo que implica el comienzo de la convivencia, el vivir bajo un mismo techo, en la concepción social, sin que esto baste para que el matrimonio exista jurídicamente. Pues bien, ¿no puede tener el *nupta* utilizado por Gayo o el *apud virum matrimonii causa* de Q. Mucio el significado de una convivencia matrimonial sin relevancia jurídica? Sin pretender una identidad de soluciones que la diversidad de supuestos excluye ⁷, esta comparación puede servirnos para una posible interpretación del texto de Gayo en el sentido de que la convivencia matrimonial no tendrá efectos jurídicos hasta que no transcurra un año después de iniciada, que es cuando la mujer entra bajo la *manus* del marido. El matrimonio, la relación conyugal entre hombre y mujer, que se había considerado ya como relación independiente en la sociedad romana, pero sin que jurídicamente tuviese otro efecto que servir de presupuesto para la adquisición de la *manus* sobre la mujer, comienza a tener, a partir de la época de la ley de las XII Tablas, una cierta autonomía; sobre todo, porque con el recurso del *trinoctium* podrían evitarse las consecuencias de la

la crítica de F. Bozza. En *La conception du mariage a Rome*, p. 372, afirma que es a propósito del *usus* cuando vemos por primera vez al derecho de la *civitas* atribuyendo un valor jurídico al matrimonio, hacia el año 200 de Roma.

6. Labeón, D. 24, 1, 65; Papiniano, D. 23, 3, 68; Ulpiano, D. 23, 1, 9; 24, 1, 32, 27; Modestino, D. 23, 1, 14. Vid. nuestro trabajo *Minor annis XII nupta en Labeo*, 3 (1957).

7. Gayo utiliza indistintamente los verbos *nubere* y *uxorem ducere* refiriéndose al matrimonio (i. 64, 68, 69, 79, III, 118, 137, 144; 2. 139, 148; 3. 221), mientras en los textos referentes a la *minor nupta*, y en otros sobre el matrimonio del ausente, *nubere*, en oposición a *uxorem ducere*, significa realizar la *deductio in domum*. Vid. VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, p. 47, y nuestro trabajo cit.

*conventio in manum*⁸. Téngase presente que Gayo, cuando habla de este medio de interrupción del *usus*, utiliza la expresión *ea quotannis trinotio abesset*, refiriéndose, por tanto, a la interrupción de la convivencia que de otro modo conduciría a la sujeción de la mujer a la *manus*. Después de establecido este medio de eludir la *manus*, es cuando puede afirmarse que el matrimonio comienza a ser considerado jurídicamente, y sobre esta primitiva relación de hecho los jurisconsultos elaboraron las nociones jurídicas de *iustae nuptiae* y de *conubium*⁹. Nos parece, por tanto, posible concluir que, en una etapa primitiva y en tanto impera el régimen de la familia agnaticia unida, la única institución que tiene consideración jurídica es la *conventio in manum* y sólo a partir de la época de las XII Tablas, probablemente¹⁰, el matrimonio comienza a ser considerado independientemente para terminar en el derecho clásico, siendo el centro de las concepciones jurisprudenciales¹¹. Las etapas de esta evolución histórica serían, pues: 1.^a, régimen único e indiferenciado de la *conventio in manum*; 2.^a, introducción del matrimonio libre; 3.^a, definitiva generalización del matrimonio libre y desaparición de la *conventio in manum*¹².

8. Vid. WOLFF, *Trinotium*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 16 (1938), 145 ss., y KASER, *Ehe und conventio in manum*, IURA, 1 (1950), 72.

9. Para VOLTERRA, *Ancora sulla manus*, p. 677 s., y *La conception du mariage a Rome*, p. 373, el matrimonio deviene una institución jurídica en relación con la filiación, ya que, siendo necesario determinar el carácter de estas uniones, se establece la concepción jurídica de *iustae nuptiae* y de *conubium*. En otros lugares, *Nuove osservazioni cit.*, p. 35 ss., y *La nozione giurídica del conubium*, en *Studi in memoria di E. Albertario*, II, p. 366, considera que, teniendo el *conubium* una aplicación originaria y refiriéndose en las fuentes que de él tratan siempre al matrimonio y nunca a la *conventio in manum*, ello demuestra la primitiva diferenciación de ambos institutos. Pero estimamos que las referencias históricas sobre el *conubium* que pueden considerarse más seguras sirven de testimonio para una época no muy lejana a la de las XII Tablas, que es cuando se iniciaría la diferenciación referida y, por otra parte, tratándose de una distinción que opera en el campo del derecho, no pueden considerarse decisivos los términos utilizados por autores no jurídicos, como Tito Livio.

10. Para VOLTERRA, *Ancora sulla manus*, p. 677 s., y *La conception du mariage a Rome*, p. 373, el matrimonio comienza a ser considerado jurídicamente en la época en que se inicia la disgregación de la familia agnaticia.

11. Siguiendo a VOLTERRA, *Ancora sulla manus*, p. 678: «La evolución del instituto de la *conventio in manum*, sigue el camino inverso a la evolución del matrimonio, ya que mientras en la época en que las *familiae* conservan sus funciones originarias, el derecho de la *civitas* da gran relieve a la *conventio in manum* e ignora el matrimonio, más tarde, en cambio, con la disgregación del organismo familiar, se olvida y pierde importancia la *conv. in manum* hasta desaparecer del todo; mientras el matrimonio adquiere siempre mayor valor jurídico.»

12. KASER, *Ehe und conventio* cit., p. 64 ss., sostiene que en edad arcaica el matrimonio con *conv. in manum* había constituido la regla, mientras el

El ilustre maestro al que nos venimos refiriendo, Volterra, defiende, sin embargo, una diferenciación, también originaria de ambos institutos, si bien afirma su contemporaneidad. Conforme en que esta diferenciación exista, quizá ya desde las XII Tablas, pero en una primitiva etapa nos inclinamos más por la hipótesis del régimen indiferenciado de la *manus*^{12a}. El argumento de que todo matrimonio, si así fuera, se transformaría por el *usus* en *conventio in manum*—ya que no puede sostenerse una práctica generalizada del *trinoctium*—, cuando lo que sucede es lo contrario, es decir, que lo que se generaliza es el matrimonio libre¹³, nos parece puede superarse si se piensa que el matrimonio libre se generaliza precisamente cuando ya han desaparecido el *usus* y la forma de evitarlo, que el mismo Gayo afirma ser un régimen olvidado (*sed hoc totum ius partim legibus sublatum est partim ipsa desuetudine oblitteratum est*). Por otra parte, no negamos que pudiera darse el caso de una unión matrimonial entre personas sometidas a la misma *patria potestas*, pero sí el que esta unión tuviese algún efecto jurídico en una etapa primitiva en la que solamente las relaciones interfamiliares eran reguladas por el derecho de la *civitas*¹⁴; al menos, esta es la solución que creemos puede adoptarse ante el silencio de las fuentes. Las mismas formas de la *conventio in manum*, y sobre todo de la *confarreatio*—según la tesis de Noailles, la más reciente¹⁵—, que suponía la realización de ritos y ceremonias nupciales¹⁶, confirman que el matrimonio originariamente se encontraba confundido con la *manus*, de efectos más generales¹⁷.

Finalmente, hemos de referirnos a otro texto de Gayo, aducido por Volterra en apoyo de su tesis:

2.139: *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua.*

matrimonio *sine manus* sería una derivación del primero y se actuaría mediante el *trinoctium*.

12 a. También para GAUDEMET, *Observations sur la manus*, en RIDA, 1953, p. 353 aun admitiéndose que matrimonio y *conv. in manum* sean dos cosas diversas, no se puede negar que el matrimonio se encontraba comprendido en el régimen de la *manus*.

13. Cfr. VOLTERRA, *Ancora sulla manus*, p. 682 y 688.

14. En este mismo sentido, Volterra. Vid. nota i.

15. Vid. NOAILLES, *Fas et ius* (París, 1948), p. 12 ss. y 30 es.

16. Vid. las precisas referencias en este sentido de los autores griegos y latinos citados en la nota 4.

17. Supervivencias del primitivo carácter de la *manus* encontramos, además, en el régimen clásico del matrimonio y de las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Siguiendo la interpretación dada por este mismo autor, Gayo expresa que se hace *loco filiae* del testador, provocando con ello la anulación del testamento, o la mujer, que estando ya unida en matrimonio, efectúe con el testador la *conventio in manum*, o la que, habiendo efectuado antes esta *conventio in manum*, se una sucesivamente con él en matrimonio. Por tanto, si no puede negarse, siguiendo el argumento de Volterra¹⁸, que la diferenciación de ambos institutos es para Gayo evidente, ya que en el primer caso, en el que existe matrimonio, para que la mujer se considere *loco filiae et quasi sua*, debe realizar la *conventio in manum*, es importante destacar que en el segundo supuesto, que contempla la hipótesis inversa, el jurista considera que para que se produzcan esos efectos de la *conventio* no basta con la existencia de ésta, sino que ha de ir acompañada de la relación matrimonial (*vel quae in manu fuit nubat*). Creemos que esta indudable referencia gayana al estrecho ligamen entre *manus* y matrimonio nos confirma en la hipótesis de la originaria indiferenciación, que a nuestro parecer es la que mejor puede explicar los testimonios textuales sobre este oscuro y debatido problema de origen.

M. GARCÍA GARRIDO

18. Vid. VOLTERRA, *Nuove osservazioni* cit., p. 34, y *La conception du mariage a Rome* cit., p. 370 s.