

ALGUNAS ACLARACIONES Y SUGESTIONES EN RELACION CON EL MATRIMONIO Y EL CONCUBINATO EN EL DERECHO ROMANO

*Por el Lic. Guillermo FLORIS MAR-
GADANT, Profesor de la Facultad de
Derecho.*

1) Introducción y justificación del tema.—He tenido la impresión de que, dentro de la extensa y variada materia del Derecho romano, los temas que más interesan al alumno medio son los que se relacionan directamente con el Derecho moderno. Los de carácter predominantemente sociológico, al contrario (con excepción de algunos particularmente pintorescos), no suelen despertar el mismo interés.

Si a pesar de esta observación consagro el presente artículo a algunas cuestiones que casi no repercuten sobre el Derecho positivo moderno, no es porque sacrifique las preferencias de los alumnos a mis propias predilecciones, sino más bien, porque los libros de texto del Derecho romano que con más frecuencia se utilizan, actualmente, en nuestra Facultad, contienen respecto del presente tema opiniones algo anticuadas.

No me hago ilusiones de que esta *captatio benevolentiae* baste para proporcionar al atareado lector la paciencia y energía necesarias para dedicarse a la lectura de un artículo de varias páginas sobre el matrimonio romano; pero quizás logre animarle algo más con el siguiente catálogo de los puntos que se tratarán en este breve estudio.

Intentaré demostrar que la falta de formalismo en el matrimonio romano, a primera vista tan enigmática, pierde de pronto su carácter misterioso cuando se penetra en la esencia del concepto original del *jus*; veremos por qué el matrimonio no pertenece al *jus*; también comprenderemos que la *conventio in manum*, acto formal que sí forma parte

del *jus*, es una "naturalización doméstica" que se mueve en un plano muy distinto del matrimonio.

De paso tendremos la oportunidad de mencionar que la investigación contemporánea ha encontrado fundamentos para suponer que la *confarreatio* puede considerarse como una *coemptio*, religiosamente adornada, de manera que las formas jurídicas para la *conventio in manum* se reducen en realidad a dos: *coemptio* y *usus*.

Además, combatiremos la tradicional idea de que la *coemptio* sea una compraventa, y la arraigada leyenda de que el *usus* sea una figura comparable a la *usucapio*. Rechazaremos la infundada opinión de que el matrimonio *cum manu* sea necesariamente más antiguo que el *sine manu*, y describiremos luego cómo el matrimonio se convierte en una institución jurídica, al comienzo de nuestra era, y cómo desde entonces la convivencia sexual en el mundo antiguo se cuaja sobre todo en dos figuras, ambas informales, casi de igual aceptación social, pero con consecuencias jurídicas distintas: el "matrimonio justo" y el "concubinato". Finalmente, trataremos de demostrar que la relación entre estas dos instituciones es completamente distinta, en cierto sentido inversa, a la que encontramos en la actualidad entre ellas.

Después de echar una mirada sobre estos temas, el lector podría preguntarme: "¿Y para qué sirven estas aclaraciones?" A lo cual contestaría que parte de ellas nos ayudan a comprender la estructura de la antigua *civitas*, una confederación de *gentes* y *domus*; y que las demás son una contribución a la historia y sociología del matrimonio. Si se me replica, entonces, mediante la pregunta: "¿Por qué debemos interesarnos por la explicación de organismos jurídicos que existían hace más de dos mil años?", o "¿No nos basta un conocimiento de las normas positivas que reglamentan el matrimonio actual?", entonces podría duplicar fácilmente, pero preferiría recomendar a la persona en cuestión que sustituyera la lectura de esta revista por la de *Popular Mechanics*.

2) *La falta de forma en el matrimonio romano y la equivocada actitud respecto de ella.*—Aun en los sistemas modernos que conceden mayor libertad a la forma de los actos jurídicamente trascendentes, el matrimonio suele nacer de un contrato estrictamente formal. En la mayor parte de los países civilizados, cuando se descuida la forma, no hay matrimonio.

En vista de esta circunstancia, nos sorprende a primera vista notar que el matrimonio romano, desde las épocas más primitivas, caracterizadas por su pronunciada tendencia hacia el formalismo en materia jurídica,

se celebraba de manera informal. Sabemos que hubo fiestas sociales, familiares, a veces de carácter religioso. Pero también sabemos que no eran indispensables para que un matrimonio fuera reconocido como tal; además, sabemos que la celebración del matrimonio no fué acompañada de ningún contrato, y mucho menos de la intervención de la autoridad pública. Todo esto, completamente contrario —a primera vista— a la regla general de que el rigor de las formas aumenta a medida que regresemos hacia las tinieblas de la prehistoria, pareció asombroso e inexplicable a varios autores que trataron de forzar los hechos y los conceptos proporcionados por la historia jurídica, con objeto de hacer desaparecer a toda costa el citado enigma. Es esta la actitud de los autores que ligan íntimamente el matrimonio a la *conventio in manum*, asegurándonos que el matrimonio *cum manu* era el más antiguo, y que las formas solemnes de la *confarreatio* y de la *coemptio* son más antiguas que la forma del *usus* (que equivocadamente consideran como no solemne y como una especie de prescripción adquisitiva).¹

De esta manera, dichos autores tratan de salvar la ley sociológica, según la cual las instituciones jurídicas muestran un movimiento cíclico, pasando desde un formalismo arcaico hacia una fase de libertad, y regresando luego al formalismo moderno que vemos surgir en la actualidad. Sin embargo, mostraremos que tal construcción respecto del matrimonio tuerce los hechos y falsea la esencia de las instituciones en cuestión; además, haremos comprender que en vez de ser sociológicamente extraño que el matrimonio hubiera sido un acto informal entre los antiguos romanos, esta falta de formalismo se explica inmediatamente cuando se analiza lo que era en realidad el antiguo *jus*.

3) *La esencia del "jus"*.—Ya los romanos preclásicos separaban claramente el mundo del derecho y el de los demás aspectos de la vida social, cosa notable que raras veces observamos en sociedades antiguas.

El campo jurídico de los romanos preclásicos estaba caracterizado por unas pocas formas, claras y plásticas, que permitían realizar unos pocos

1 Como ejemplo de esta actitud, véase R. Sohm, *Instituciones de Derecho privado romano*, México, 1951, pp. 281 y ss. El catedrático de Leipzig nos presenta en ellas la *manus mariti* como factor esencial del antiguo matrimonio romano, y declara que la *coemptio* y la *confarreatio* eran las formas rituales para celebrar aquel matrimonio. Al definir, además, la *coemptio* como compra de la novia, y el *usus* como forma de *usucapio*, este libro (desde otros puntos de vista muy recomendable) nos ofrece la lista completa de las opiniones tradicionales, pero discutibles y en parte insostenibles sobre esta materia.

negocios jurídicos y obtener justicia únicamente en algunos contados casos. Es el terreno del *jus*, y el romano preclásico sabía siempre perfectamente bien cuando se encontraba en él. En caso de prometer algo, por ejemplo, para él no podía haber duda sobre la cuestión de si su acto dió nacimiento a una obligación jurídica, o si se trataba de una *mera* promesa, sin otra sanción que la reacción de la opinión pública, sin otra garantía que la seriedad del prominente. Para nosotros, cualquiera puede obligarse jurídicamente en la forma que le convenga (como regla general); para los romanos preclásicos, sólo unas pocas formas solemnes (como la *stipulatio*, el *nexum*, la inscripción en el *Codex* de algún *paterfamilias*) creaban obligaciones. El campo jurídico era muy limitado, y marcado por símbolos y solemnidades tan evidentes, que todo ciudadano sabía inmediatamente: "¡atención!" ahora estoy moviéndome en el peligroso plano del *jus*.

Ahora bien: ¿cuál es la esencia de este *jus*? ¿De qué se ocupa el Derecho preclásico? ¿De la *dinámica del poder*? Del cambio del poder sobre personas o sobre cosas.² La *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *manus injectio*, la *abrogatio*, la *pignoris capio*, ¡la *conventio in manum*!, etc., todas estas figuras básicas del Derecho arcáico son modos de establecer el poder de un *paterfamilias* sobre algún bien o sobre alguna persona que hasta la realización del acto jurídico en cuestión se encontraba todavía fuera de su soberanía doméstica. Y la *stipulatio*, el *nexum* o el contrato *litteris* son sólo actos preparatorios para cambios físicos en la distribución de bienes y eventualmente personas (*manus injectio*) entre las diversas soberanías domésticas. La dinámica del poder se encuentra en el centro del *jus*, y, al contrario, una multitud de figuras que para nosotros son *jurídicas*, pero que no tienen que ver con la repartición de los poderes domésticos, de las soberanías familiares, sobre las personas y cosas de la *civitas*, caen fuera del *jus*; como ejemplo típico mencionaremos las relaciones entre los miembros de una misma *domus*.

De ahí que sólo el *paterfamilias* tiene capacidad jurídica en la antigua Roma. Es que los cambios en la repartición de objetos y seres humanos entre las diversas soberanías domésticas repercuten sobre él; el *jus* sólo puede tener interés para él. Lo que pasa dentro de la familia, no modifica la repartición del poder entre las familias y, por lo tanto, no corres-

2 Cfr. Max Kaser, *Das Altrömische Jus*, Göttingen, 1949, pp. 309 y ss. "Como quizás todo Derecho joven, también el antiguo Derecho romano piensa en posiciones de poder; su objeto se agota en la tarea de resolver si a una persona determinada le corresponde poder sobre otra persona o cosa."

ponde al *jus*, sino que es de la competencia del monarca doméstico y de los organismos gentilicios o religiosos.

Reconociendo lo anterior, comprenderemos inmediatamente por qué el matrimonio no era un acto jurídico y solemne: no afectaba el *jus*. El *paterfamilias* de la mujer conservaba su poder sobre ella, y el marido no adquiría ningún poder nuevo.

Como consecuencia de lo anterior, el *paterfamilias* de la esposa podía siempre desintegrar un matrimonio feliz, reclamando la devolución de su hija, ya que ésta no había salido de su poder doméstico por el mero hecho de casarse. La convivencia de los cónyuges en una forma que la sociedad romana reconocía plenamente como matrimonio, no podía causar ningún cambio en el terreno del *jus* (y por las consultas que Ulpiano tuvo que resolver a fines de la época clásica, se nota que todavía entonces podía surgir la cuestión de si un *paterfamilias* tenía la facultad de intervenir mediante una *actio ad exhibendum* en un *concordans matrimonium*).³

Pero si una mujer cambiaba de familia, sea en el momento del matrimonio, sea posteriormente a él, o con independencia de todo matrimonio, entonces todo era muy distinto; en tal caso una familia perdía el poder, y otra lo ganaba; entonces sí se estuvo en el terreno del *jus*, donde se necesitaban solemnes formas para que no pudieran surgir dudas respecto de las exactas consecuencias del acto en cuestión. Es este el caso de la *conventio in manum*, un acto netamente jurídico y formal, que es, en realidad, una naturalización doméstica y que no tiene ninguna relación necesaria con el matrimonio, ya que éste puede presentarse sin aquélla, y aquélla sin éste.

4) La "*conventio in manum*".—En su origen, la *manus* era un término general para designar el poder del *paterfamilias*, la soberanía doméstica. Poco a poco se desprendieron facultades especiales, designadas como *patria potestas*, *dominica potestas*, *mancipium dominium*; y así la *manus* quedaba como término para el poder del *paterfamilias* sobre romanas libres, que desde fuera habían entrado en la entidad política que era la familia antigua, mediante una *conventio in manum* a veces relacionada con un matrimonio, a veces independiente de todo matrimonio.

¿Qué es entonces la *conventio in manum*? A pesar del peligro de confusión que siempre surge cuando aplicamos términos modernos a instituciones antiguas, diría: una naturalización. Es que la familia antigua es como una entidad política, y la ciudad es sólo, en su origen, una confederación de familias soberanas, monarquías domésticas en las que

3 Véase D. 43.30.1.5.; también *Sent. Rec.* de Paulo 5. 6. 15.

encontramos siempre un autócrata, el *paterfamilias*, que ejerce un poder muy amplio (que comprende la pena capital) sobre sus esclavos y descendientes, y un poder menos amplio pero todavía muy considerable sobre sus clientes y algunas personas *in mancipio*: a menudo una monarquía de unos centenares de personas, con su propia religión y sus propias costumbres respecto de lo que era permitido o prohibido dentro de la familia.⁴

Ahora bien: los sujetos pueden cambiar su "nacionalidad doméstica", mediante *abrogatio* (en caso de un hombre *sui juris*), *adoptio* (en caso de un sujeto *alieni juris*) o por *conventio in manum*, una forma reservada para mujeres, sea *sui juris*, sea *alieni juris*.

Las fuentes nos señalan tres formas para esta *conventio in manum*: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*. Señalemos brevemente el carácter de cada una de estas formas.

Hablemos primero de la *COEMPTIO*. Sabemos que la *conventio in manum* era un acto jurídico, celebrado *per aes et libram*, con intervención de los dos *paterfamilias*, el de la familia del marido (el marido mismo, su padre o su abuelo) y el de la familia de la mujer; y por esta semejanza exterior con la *mancipatio*, los autores, desde Gayo hasta nuestra época, suelen considerarla como una compraventa, opinión reforzada por la circunstancia de que *emere* significa comprar.

Efectivamente, es posible que esta *coemptio* sea un recuerdo de la primitiva compra de la novia, que encontramos en tantas sociedades jóvenes. En tal caso, sería un bello ejemplo de la *heterogénesis de los fines*. Pero no parece tan absolutamente cierto que esta sencilla explicación de la *coemptio* sea la verdadera, y las siguientes consideraciones nos hacen dudar de su validez.

1) Las consecuencias jurídicas de la *coemptio* no son precisamente las de una *mancipatio*.

El resultado de una compra sería que la mujer se encontrara *in mancipio*, con una correspondiente condición servil, muy contraria a su digna función de *materfamilias*, y también contraria al hecho de que ella llegará a ser libre y *sui juris* por la muerte del marido, lo cual no podría ser en el caso de una persona adquirida mediante *mancipatio*. Los individuos *in mancipio* del difunto, pasaban con la misma calidad a los herederos.

4. Es muy interesante desde un punto de vista sociológico observar cómo y en qué etapas esta monarquía doméstica se disuelve poco a poco bajo la creciente influencia de la *Civitas*.

El texto de la *Instituta* de Gayo en el párrafo 123 del primer libro (allí desgraciadamente mutilado y no completamente reconstruido) demuestra claramente que la *coemptio* era formalmente distinta de la *mancipatio*. Es que no se trataba de la compra de una persona, sino de un cambio de la nacionalidad doméstica de una ciudadana libre.

2) Debemos preguntarnos, además, si etimológicamente *coemptio* significa "compra"; desde luego, en el latín clásico, *emere* es "comprar", pero la raíz indogermánica "(n) em" (que también encontramos en el verbo alemán *nehmen* = tomar) se refiere originalmente al acto de apoderarse de algo, y precisamente el verbo *como*, *compsi*, *comptum*, *comere*, con el cual *coemptio* se relaciona, no significa comprar, sino ordenar, juntar, unir.⁵

En vista de lo anterior, parece que la significación antigua de *coemptio* es más bien "unión" (de la mujer con la familia del marido) que "compra".

Ahora bien, si no se trataba de una "compra" de la esposa, ¿qué hacía entonces el portabalanza en la *coemptio*?

Es posible que, aun cuando no debamos considerar la *coemptio* como una compraventa, un elemento de ella haya sido una *mancipatio* ficticia, por la cual la mujer debía obtener la liberación de su original soberano doméstico, y que el resto de la ceremonia tuviera por objeto establecer sobre ella la soberanía doméstica de su nueva familia. No olvidemos que desde la XII Tablas o antes, la venta, tres veces repetida, de un hijo, o una sola vez tratándose de una hija, producía la extinción de la original patria potestad sobre los descendientes.

A pesar del *libripens* que Gayo nos menciona, parece que ni por sus consecuencias jurídicas, ni tampoco etimológicamente, la *coemptio* debe considerarse como una compra de la novia, sino que es más bien un acto por el cual la mujer se une a su nueva familia, con consentimiento del antiguo *paterfamilias*, del cual se liberó mediante una *mancipatio* ficticia. Veremos en seguida, que esta *coemptio* no se relaciona necesariamente con un matrimonio; sólo en caso de incorporarse en la *confarreatio* este cambio de nacionalidad doméstica se combina necesariamente con el casamiento.

La *CONFARREATIO* se nos presenta superficialmente como un rito religioso, cuyos detalles conocemos bastante bien, por el cual se celebra un matrimonio y se establece al mismo tiempo la *manus*.

5 S. W. F. Margadant, *Lexilogus*, Den Haag, 1931, p. 22.

Pero un análisis más cuidadoso, llevado a cabo por autores como Karlowa, Bonfante, Koschaker, Kaser y otros,⁶ ha demostrado que se trataba en su origen de un acto extrajurídico, meramente sacramental, por el cual la mujer no cambiaba la nacionalidad doméstica. De ahí que el *paterfamilias* de la mujer no jugaba ningún papel en la ceremonia. Posteriormente se incorporó la *conventio in manum* a esta ceremonia extrajurídica, y Bonfante así como Karlowa, han encontrado indicios que permiten creer que la fórmula de la *cocemptio* se introdujo en el rito de la *confarreatio*. Desde entonces, en un sólo acto, lo jurídico y lo extrajurídico, la *conventio in manum* y el matrimonio, entran en íntimo contacto: la *confarreatio* es desde entonces un acto de "jus", por tratarse de una *cocemptio*, indiscutiblemente jurídica, adornada de elementos religiosos.

Pero ahora se nos presenta la cuestión: ¿cómo es posible que el *paterfamilias* de la mujer no ocupe en este acto un papel esencial? No puede ser que él pierda poder sobre una mujer de su familia, sin dar su expreso consentimiento. La activa discusión de los últimos decenios sobre estos temas, y los sorprendentes descubrimientos hechos gracias al análisis de los derechos mediterráneos distintos del romano, permiten esperar que algún día también esta cuestión se aclarará.

Hablemos ahora del *usus*. Esta figura no es una adquisición de la mujer por *usucapio*, a pesar de todo lo que Gayo nos enseña, a mediados del segundo siglo después de Cristo, cuando ya se comprende mal el carácter de muchas instituciones antiguas. Es una renuncia a la nacionalidad doméstica de origen, hecha con consentimiento del antiguo *paterfamilias*, de la mujer o de sus tutores, como veremos, e implicando una entrada en la nacionalidad doméstica del marido.

Esta renuncia da por consecuencia que la mujer ya no asistirá a las fiestas anuales de su familia original:⁷ de ahí que la ininterrumpida presencia de la mujer en la casa del marido, durante 365 noches, indica su cambio de nacionalidad doméstica, pero no la causa automáticamente, como veremos.

Un cambio automático de familia, por la mera falta de asistencia a fiestas religiosas, sería inexplicable, ya que se trata de una figura que modifica la repartición del poder entre *paterfamilias*, una figura del *jus*,

6 Bibliografía sobre este tema, en Max Kaser, *Das Altrömische Jus*, pp. 343 y ss.

7 Esta teoría fué propuesta por Bickel (véase Sohm, *Instituciones*, etc. México, 1951, p. 282, nota 6), y es aceptada por muchos romanistas modernos.

que lógicamente debe ser formal. Y efectivamente, el discurso *Pro Flacco*, de Cicerón, nos demuestra en su capítulo 34 que se necesitaba para el *usus* el consentimiento de los titulares anteriores de la soberanía doméstica sobre la mujer, un consentimiento que exigía, naturalmente, una forma bien perfilada.

El caso es lo bastante interesante como para que nos detengamos en él un momento.

Cicerón está defendiendo al ex-administrador de la provincia de Asia, Flacco, acusado el año 59 antes de Jesucristo de múltiples irregularidades en el ejercicio de su alta función. Entre las injusticias que se le atribuyen encontramos la afirmación de que haber usurpado la herencia de Valeria, esposa de Sextilio Andrón. Para comprender el fragmento hay que saber, además, que Flacco era uno de los cotutores del patrimonio de Valeria, la cual, según parece, era una mujer *sui juris*, casada *sine manu*, pero sometida a la tutela a la que el antiguo Derecho sometía a todas las mujeres *sui juris*, "a causa de su ligereza".

En su hábil discurso, Cicerón sugiere que sus adversarios aleguen que Flacco no hubiera podido ser heredero de Valeria, ya que se trataba de una mujer libre (un argumento absurdo, que los acusadores, ciertamente, no utilizaron y que Cicerón inventa para hacer ridículos a sus colitigantes). Dejemos la palabra al gran orador: "El acusador pretende que la mujer fué libre. ¡Qué jurista tan listo! ¿No podemos, quizás, recibir herencias de mujeres libres? Ah, pero ahora viene con otro argumento: 'estaba bajo la *manus* de su marido'. Bueno ahora comienzo a comprender. Pero, permítaseme una cuestión: ¿se estableció la *manus* por *usus* o por *coemptio*? No puede ser que la *manus* procediese en este caso del *usus*, ya que no se puede quitar la tutela legítima sino con el consentimiento de todos los tutores. ¿Entonces por *coemptio*? Tampoco, ya que en tal caso se necesita también el consentimiento de los tutores, y no se querrá pretender, ciertamente, que Flacco hubiera dado su anuencia."

¡Una interesante negación de la opinión corriente de que el *usus* fué la adquisición de la *manus* por el mero transcurso del tiempo! Si fuese verdaderamente una forma semejante a la *usucapio* (quizás la única institución informal del antiguo *jus*), entonces no hubiera habido necesidad de la colaboración del titular anterior del poder doméstico sobre la mujer.⁸

8 Se podría pensar, a primera vista, que este consentimiento formal del *paterfamilias* anterior, para que procediera la adquisición por *usus*, fuese la *iusta causa possidendi*, que era uno de los requisitos para la *usucapio* romana, y que, por tanto, no hay contradicción entre esta manera de adquirir la *manus*, y la *usucapio* co-

Ad summam: el establecimiento de la *manus* se lleva a cabo mediante dos instituciones: la *coemptio* (que puede incorporarse en la *confarreatio*) y el *usus*. Ambas son jurídicas, ambas son formales.

Ahora, como próximo paso, deberemos demostrar que no existe ninguna relación necesaria entre la *conventio in manu* (acto jurídico, cambio de nacionalidad doméstica) y el matrimonio (hasta Augusto, un acto extrajurídico).

5) *La independencia recíproca de matrimonio y conventio in manu*.—Hablemos primero del matrimonio sin *manus*. Es evidente que el *usus* como manera de establecerse la *manus* sobre la esposa con poterioridad a la celebración del matrimonio, supone la existencia de un matrimonio, inicialmente sin *manus*. Ahora bien: ¿sería verdad que tales matrimonios hubieran sido fruto de los últimos siglos republicanos, como afirman tantos libros de texto? Desde luego que no: sabemos que el *usus* fué reglamentado por los *decemviri*, el año 451 antes de Jesucristo, y es probable que esta institución y, por lo tanto, el matrimonio *sine manu* sean formas conocidas desde épocas anteriores a las Doce Tablas. Es que esta Ley, como toda codificación arcaica, tiende más bien a describir Derecho preexistente que a crear disposiciones *ex novo*. Es cierto que dicha legislación introdujo algunas normas nuevas, pero entonces se trataba cada vez más bien de compromisos entre los patricios y los plebeyos; es inverosímil que una institución apolítica, tan importante, fuera una invención de los *decemviri*.

Además, no debemos olvidar que desde la época más remota de la historia del Derecho romano, el matrimonio sin *manus* debe haber sido, a menudo, la única posibilidad de casarse para una mujer romana *sui juris*. Como se sabe, ésta se encontraba bajo la tutela de sus agnados más cercanos (generalmente sus hermanos, tíos o primos), una tutela

riente. Pero en la época preclásica, durante la cual ya encontramos el *usus* en el sentido descrito, la *iusta causa possidendi* (en fuentes de la época imperial designada como *titulus*) no era todavía un requisito de la *usucapio*. Sólo desde la creación de la *actio publiciana*, el Pretor exigía en determinadas circunstancias esta *iusta causa possidendi*, un requisito que nace, por tanto, durante los últimos decenios republicanos dentro del Derecho honorario, en relación con determinadas reclamaciones reales, dirigidas por un propietario bonitario contra terceros. Aun suponiendo que la *actio publiciana* ya existiera en tiempos del discurso *pro Flacco* (lo cual no es nada seguro), sería completamente inverosímil que Cicerón aplicara a una institución del *Jus Civile* un requisito del Derecho honorario, de reciente creación, ideado para casos especiales, muy distintos de las de controversias sobre la *manus*.

que se extendía sólo a los bienes, no a la persona de la mujer. Como estos tutores eran al mismo tiempo los herederos legítimos de la mujer, la cual no podía sustituirles por herederos testamentarios en aquellos tiempos, era natural que estos tutores-herederos se opusieran a una *conventio in manum*.

Pero no podían oponerse al matrimonio, ya que éste no tenía repercusiones sobre los bienes de la mujer. Esta consideración hace muy verosímil la existencia de matrimonios sin *manus* desde la fase arcaica.⁹

A lo anterior se añade la siguiente consideración: los antropólogos modernos definen el matrimonio primitivo, no primariamente como una institución sexual, sino más bien como una institucionalización de necesidades metafísicas y económicas,¹⁰ especialmente debida: 1º) al deseo por parte del padre de tener sucesores para conservar su memoria mediante sacrificios; 2º) al deseo por parte de los padres de tener la seguridad de que un grupo de personas les cuide durante la vejez; 3º) a la necesidad de que se garantice el cuidado de los hijos durante los primeros años de la vida, ya que —contrariamente a lo que observamos con otras especies—, el hombre necesita después del nacimiento durante varios años la asistencia de los adultos.

Admitido lo anterior, se nota que los fines del matrimonio primitivo giran alrededor de los hijos, lo cual hace explicable la frecuencia de los matrimonios de prueba en las sociedades jóvenes. ¿No sería posible que sólo después de que se hubiera comprobado la fecundidad de la mujer, el antiguo marido romano se arreglase con el *paterfamilias* de su esposa para que añadiera al matrimonio, mediante una *conventio in manum*, la entrada definitiva de la mujer en la *domus* del marido?

Creo que el hecho, actualmente bien comprobado, de la gran antigüedad del matrimonio sin *manus*, no tiene sociológicamente nada de sorprendente. A la luz de las consideraciones precedentes, precisamente lo contrario hubiera sido extraño.

Además del matrimonio sin *conventio in manum*, encontramos la *conventio in manum* sin matrimonio. En su discurso *pro Murena*, c. 12,

9 Koschaker, el valiente paladín del Derecho romano en Alemania cuando esta disciplina fué atacada por los nazis, comprobó la gran antigüedad del matrimonio sin *manus* en un famoso estudio: *Las formas del matrimonio entre los indogermanos*. Varios otros investigadores han llegado, recientemente, por caminos distintos a la misma conclusión (Wilms, Kunkel, Westrup, Düll, etc.)

10 Véase Helmut Schelsky, *Soziologie der Sexualität*. Ed. Rowohlt. Hamburg, 1955, pp. 27 y ss., con extensa bibliografía.

Cicerón nos describe cómo la mujer romana *sui juris* se sirve de la *coemptio* para pasar bajo la soberanía doméstica de algún pobre anciano, para liberarse de los gastos, a veces muy elevados, de los *sacra privata*; el anciano la libera luego de su poder doméstico, pero los *sacra* quedan a cargo de él, lo cual no le preocupa mucho, ya que de todos modos no tiene dinero para cumplir con sus nuevos deberes religiosos. Esta *coemptio* completamente independiente de todo matrimonio sirve, además, para un cambio de la tutela de la mujer y para obtener ventajas para ella en materia de la *testamentifactio*, según Gayo informa en el párrafo 115 del primer libro de su inestimable *Instituta*.¹¹

Lo anterior bastará para demostrar que debemos separar estrictamente el concepto de la *conventio in manum*, acto jurídico y formal relativo a la nacionalidad doméstica de una mujer, de la institución del matrimonio, figura extrajurídica de carácter ético, social y religioso.

Sin embargo, se presenta una cuestión seria. ¿Cómo es posible que el matrimonio romano, si verdaderamente es un acto extrajurídico, produzca la patria potestad sobre los hijos, aun en el caso de no celebrarse una *conventio in manum*? Romanistas modernos¹² tratan de resolver este problema, derivando la patria potestad en caso de matrimonios sin *manus*, no del matrimonio, sino del sistema romano de la adquisición de frutos, que se funda en el principio de *productividad* y no de la *substantia*. Además, parece que la patria potestad resultante de tales matrimonios es un producto de épocas no muy antiguas, ya casi históricas. Koschaker, en su ya citado estudio, demuestra la existencia de arcaicos matrimonios sin *manus*, cuya descendencia queda sometida a la soberanía doméstica del *paterfamilias* de la madre.

6) *El matrimonio entra en el Derecho*.—Poco a poco, el concepto del *jus* se amplía: la soberanía estatal reprime la soberanía doméstica hacia un campo siempre más limitado, y, como consecuencia, el Derecho ya no se preocupa únicamente de la repartición del poder entre los *paterfamilias*. El Derecho comienza a proteger a los esclavos; la relación entre *paterfamilias* e hijos se convierte en un vínculo jurídico bilateral (mientras antes era un poder unilateral); el *dominium* sufre toda clase de restricciones en interés de la comunidad; y paralelamente con esta

11 ¿Qué editorial pondrá por fin a disposición del alumnado una edición española de este breve libro de texto del segundo siglo después de Cristo?

12 Max Kaser, *Das Altrömische Jus*, p. 320, con referencia a Wolff, Tijdschr. v. R. G., 16, 151.

ampliación e intensificación del campo del Derecho, nace la convicción de que lo esencial para que surja una obligación no es la forma tradicional, sino el mero consentimiento, que debería tener, en muchos casos, efectos jurídicos.

En este nuevo ambiente, muchos se sienten inclinados a considerar el matrimonio como una institución jurídica, como un contrato. Puesto que exige un consentimiento para que se celebre un matrimonio, lo más sencillo sería considerar la patria potestad sobre los futuros hijos y la entretanto decretada prohibición de donaciones entre los cónyuges, como consecuencias jurídicas de un *contrato de matrimonio*. Pero en esta fase transitoria, a fines de la República, la mentalidad antigua se opone todavía, y parece que se equipara el matrimonio primero durante algún tiempo a la posesión: una situación extrajurídica con consecuencias jurídicas. Así vemos cómo el romano que regresa de la cautividad en el extranjero recupera por el *ius postliminii* sus *derechos*, pero no se restaura ni su antigua condición de poseedor, ni tampoco su matrimonio.

Sólo en tiempos de Augusto, el matrimonio recibe su categoría de indiscutible institución jurídica: este emperador, profundamente preocupado por la desorganización de la vida familiar de sus tiempos y por las repercusiones de ésta sobre el estado de la población, reglamenta minuciosamente las condiciones para un matrimonio "justo", que tenga todas las consecuencias jurídicas que el emperador otorga a esta institución. Y mediante una política de "caramelos y latigazos" trata de impulsar a los romanos hacia estos "matrimonios justos".

Pasa entonces algo interesante: en el mismo momento en que se eleva el matrimonio al rango de institución jurídica, nace a su lado otra figura, con casi la misma finalidad personal, casi de la misma aceptación social, pero desprovista de las consecuencias jurídicas del "matrimonio justo". Se trata del "concubinato".

Esta figura surge de dos fuentes:

1) Augusto, el aristócrata, el nacionalista, no quiere que las uniones entre mujeres de familias senatoriales y personas de oscuro origen, como son los libertos, produzcan los efectos favorables del "matrimonio justo". Por otra parte, Cupido lanza sus flechas sin fijarse exactamente en el rango social de sus víctimas. Ahora bien: si la hija de un senador se casaba con un liberto, el resultado no era un "matrimonio justo" sino un "concubinato", una unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero que no producía efectos jurídicos.

2) A pesar de las ventajas legales que ofrecía el “matrimonio justo”, a veces los interesados preferían una forma de convivencia maridable sin consecuencias jurídicas. Pongamos dos ejemplos:

- a) Una mujer romana de familia acaudalada, que se casaba con un romano de rango igual pero de menos fortuna o de poca seriedad en sus negocios, podía preferir un concubinato; en tal caso, sus hijos no caerían bajo la patria potestad del concubinario, de manera que los legados, fideicomisos, donaciones y herencias que sus hijos reciban de los parientes por línea materna, quedarán fuera del patrimonio y de la administración paternos. Con la introducción de la institución de los *bona adventicia*, en tiempos de Constantino, este argumento en pro del concubinato pierde algo de su vigor, y la introducción del régimen especial de estos *bona adventicia* tiene quizás una íntima relación con la política, iniciada por este emperador, en contra del concubinato.
- b) Un viudo con hijos quiere casarse en segundas nupcias. Por consideración a sus hijos puede preferir ahora un concubinato, ya que en tal caso sus hijos futuros no serán “legítimos” y no tendrán derecho a una porción hereditaria en caso de sucesión abintestato, ni tampoco a una “porción legítima” en caso de sucesión testamentaria. Normalmente, el padre dejará algún legado a los hijos del “concubinato”, pero, repetimos, éstos no tendrán un *derecho* a su porción legítima de cuando menos un 25% de la cuota que les correspondería por vía legítima. Por tanto, la posición de los hijos del primer matrimonio es mejor si la segunda unión se hace en forma de concubinato, que en caso de un segundo “matrimonio justo”.

Estos ejemplos —y podríamos dar muchos más— demuestran que en varios casos era lógico que una digna pareja romana prefiriera una unión duradera sin consecuencias jurídicas a una unión en forma del “matrimonio justo”. Tales uniones extrajurídicas recibieron por las leyes caducarias de Augusto el nombre de “concubinato”, término utilizado desde antes para uniones pasajeras, pero que desde Augusto toma, socialmente, otra significación: ya no es ninguna deshonra vivir en concubinato, siempre que se trate de una unión monogámica y estable. Numerosas inscripciones mortuorias nos muestran que distinguidas matronas de las primeras familias romanas llevan sin vergüenza el título de “concubina”, y el primero de

los ejemplos anteriores demuestra precisamente cómo mujeres de dinero tenían a menudo un evidente interés en preferir el concubinato al matrimonio justo, a causa de algunas particularidades del sistema familiar romano. Otra ilustración de la decencia del concubinato es el hecho de que tres de los Emperadores más virtuosos de los primeros dos siglos de nuestra era, Vespasiano, Antonio Pío y Marco Aurelio, vivían en "concubinato".

7) *El concubinato entra en el derecho.*—Un papiro recientemente publicado,¹³ demuestra cómo el emperador Adriano introduce por primera vez, en 119, un matiz jurídico en el concubinato, otorgando un muy reducido derecho a la herencia a favor de hijos nacidos de concubinatos de soldados. Se trata de una medida muy lógica, ya que los soldados romanos no podían celebrar un "matrimonio justo": sólo podían vivir en concubinatos, y a pesar de las facilidades establecidas para el testamento militar (que podía hacerse inclusive "con sangre dentro del escudo" o "escribiendo con la espada en la arena"), hay que suponer que la mayoría de los soldados, imprevisores e ignorantes, morían sin testamento, en cuyo caso sus hijos no podían recibir ni la más insignificante porción de la herencia. De ahí esta sensata medida, que acredita el sentido social del activo Adriano.

Esta pacífica coexistencia de la unión maridable con consecuencias jurídicas, o sea el matrimonio justo, y la unión maridable sin consecuencias jurídicas (con excepción de la citada medida), o sea el concubinato, dura hasta la época de Constantino, a comienzos del siglo iv. Este, primero de los emperadores cristianos, viendo que el concubinato permitía a menudo que padres acaudalados se sustraieran a sus obligaciones respecto de sus hijos, comenzaron a combatir dicha forma de unión, mediante una curiosa medida. Movido por la triste situación en que los hijos del concubinato se encontraban a veces, decide hacer dicha situación todavía peor, prohibiendo o limitando las donaciones o los legados a favor de los hijos del concubinato (y de su madre) y vedando su adrogación. Pero, por otra parte, permite que los hijos "naturales" reciban la categoría de hijos legítimos mediante un "matrimonio justo" con la concubina.

Dos generaciones después, en tiempos de Valentiniano (371), esta medida contra el concubinato desaparece, y desde entonces los emperadores siguen una política más sensata: ya no tratan de fomentar el matrimonio justo mediante medios que perjudiquen a los hijos nacidos de con-

13 David & v. Groningen, *Papyrologisch Leerboek*, 1940, p. 57.

cubinatos, sino que garantizan a los "hijos naturales" ciertos derechos respecto de los padres, política que culmina en las famosas novelas 18 y 89 de Justiniano, en las cuales el emperador, "conmovido por las lágrimas de los hijos", concede al concubinario el derecho de legar la mitad de su fortuna a su concubina y a los hijos del concubinato, concediendo, además, a éstos derecho a alimentos a cargo de la herencia, en caso de existir también hijos legítimos del *de cuius* (por ejemplo, de un matrimonio justo, anterior al concubinato). Y también establece para los hijos del concubinato un derecho abintestato a la sexta parte de la herencia, cuando no concurren hijos legítimos.

En esta forma justiniana, como unión monogámica, estable, socialmente aceptada, pero con consecuencias jurídicas reducidas, el concubinato coexistía con el matrimonio justo, hasta que León el Filósofo, a comienzos del siglo x, quitó al concubinato su carácter jurídico, mediante una disposición formulada en una forma que nos hace suponer que el concubinato ya había perdido desde hacía algún tiempo su carácter de decoroso. El concubinato, que había entrado en el Derecho con Adriano, sale de él por orden de León el Filósofo, en Oriente; en Occidente, fué tolerado hasta el Concilio Tridentino, a mediados del siglo xvi. Desde entonces hasta hace poco tiempo, el concubinato fué ignorado por el Derecho, como una relación vergonzosa, basada principalmente en la voluptuosidad. Pero en el curso del presente siglo, ha entrado por segunda vez en el campo del Derecho; audaces reformas recientes han hecho de él, en varios países, auténticos matrimonios ("matrimonios por equiparación", "matrimonios por comportamiento", "matrimonios de hecho"), que coexisten con los matrimonios tradicionales, es decir, los celebrados con intervención de la autoridad pública.¹⁴ Sin pronunciarnos aquí ni en pro ni en contra de esta tendencia, no podemos negar que se notan, actualmente, varias victorias legislativas de los que quieren dar a tales "matrimonios de hecho", todas las consecuencias de los matrimonios tradicionales (respecto de los bienes, de los hijos, del deber que tienen los cónyuges de socorrerse mutuamente, de la disolución de la unión, etc.).

8) *Comparación entre matrimonio y concubinato romanos.*—El matrimonio justo era una convivencia entre hombre y mujer, acompañado de la *affectio maritalis*; su establecimiento iba generalmente precedido por los

14 Doctor Raúl Ortiz Urquidí, *Matrimonio por comportamiento*. México, 1955; R. Herrera Lizama, *El matrimonio de hecho*, tesis, Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1956.

esponsales y acompañado de la entrega de una dote y de fiestas sociales (con la *deductio in domum mariti*) combinadas a menudo con ceremonias mágicas o religiosas. Pero todos estos aditamentos no son esenciales para el matrimonio (C. 5.4.22), ni tampoco lo es la cópula (cf. D. 24.1.32.13 o el trágico acontecimiento descrito en D. 23.2.6.). La cita de Ulpiano en D. 24.1.32.13 demuestra, además, que ni siquiera la cohabitación es un elemento necesario del matrimonio justo, y repetidas veces los emperadores recuerdan al público que las *tabulae*, actas levantadas sobre la celebración del matrimonio (una infiltración de usos orientales en las prácticas romanas), no son necesarias del todo para la validez del matrimonio (C. 5.4.9; C. 5.4.13.).

Lo único que nos queda como elemento esencial del matrimonio justo es la *affectio maritalis*, pero ésta es de carácter subjetivo, íntimo, difícil de comprobar.

Pasemos al concubinato. Exactamente como en el caso anterior, no nace de ningún contrato formal. También es estable y monogámico. Ahora bien, sabiendo que las consecuencias jurídicas de las dos figuras son tan distintas, ¿cómo podemos saber, en la práctica, si estamos en presencia de un concubinato o de un matrimonio justo?

- 1) *Por presunciones.*—Si se trata de dos personas que legalmente no pueden celebrar un matrimonio justo, entonces su convivencia estable como hombre y mujer tendrá forzosamente el carácter de concubinato. Así, por ejemplo, con la adúltera se prohíbe el matrimonio, pero no el concubinato (D. 25.7.2.).

También cuando la hija de un senador vive en unión duradera y exclusiva con un liberto, todo el mundo comprende que se trata de un concubinato.

Cuando dos personas de rango social distinto pero no tan diferente que falte el *connubium* viven en unión maridable, entonces también se supone que su convivencia tiene la forma de concubinato, y textos como D. 25.7.1., sugieren que ésta es inclusive la solución más recomendable, pero se trata entonces sólo de una presunción *juris tantum*, que permite una declaración en contrario por parte de los interesados; y con ello llegamos a la segunda manera de distinguir el matrimonio del concubinato.

- 2) *Por declaración expresa.*—Cuando dos personas de rango igual prefieren el concubinato al matrimonio justo, deben declararlo expresamente (D. 25.7.3.). Lo mismo vale si dos personas de

rango distinto, pero provistas del *connubium*, quieren casarse en matrimonio justo.

9) *Concubinatos decentes e indecentes*.—Hemos visto cómo el término de “concubinato”, se utiliza, desde Augusto, para designar uniones decentes, duraderas, monogámicas, cuyos componentes no pueden o no quieren contraer un “matrimonio justo”. Al lado de tales concubinatos dignos y decorosos, empero, encontramos uniones pasajeras, desordenadas, poligámicas, que la literatura (por ejemplo, Plauto, dos siglos antes de Cristo) nos menciona también con el nombre de “concubinato”. Así, por ejemplo, Plinio escribe a Acilio (*Cartas*, III. 14), cómo después del bien merecido atentado contra Macedo, las “concubinas” de éste acuden corriendo y *cum ululatu*. Esta clase de concubinatos, socialmente reprobados, no reciben, desde luego, ninguna de las ventajas que la ley concede a menudo al concubinato decente, socialmente aprobado. Con su acostumbrado tono de Doctor en Virtud, Justiniano habla con indignación de las “concubinas fornicadoras” y las excluye del concepto corriente de concubina, al cual brinda los privilegios de las novelas 18 y 89.

Este uso del mismo término para dos figuras, tratadas distintamente por la conciencia social y por la legislación, complica bastante el estudio de esta materia y ha dado lugar a muchas equivocadas interpretaciones.

10) *Concubinato antiguo y concubinato moderno*.—Por lo anterior, se nota inmediatamente que para los juristas antiguos el problema matrimonio-concubinato tenía un signo contrario al análogo problema moderno. Para ellos, se trataba de dos uniones de consecuencias jurídicas distintas, y la dificultad práctica estribaba en distinguirlas con fundamento en su formación. Para nosotros, nada es más fácil que la distinción del matrimonio y del concubinato, tomando como criterio su formación; pero para nosotros, el problema consiste precisamente en saber si debemos igualar las consecuencias legales de ambas figuras, y las proposiciones para la equiparación ya repercuten sobre el Derecho positivo (Colombia, Cuba, Venezuela, México, etc.).

Si esta tendencia, actualmente observable, continúa, el público podrá escoger, en un próximo futuro, entre dos clases de matrimonio, de formación distinta pero con efectos idénticos; mientras que los romanos y bizantinos podían escoger entre dos clases de matrimonio, de formación idéntica pero de efectos distintos.

RESUMEN

- 1) El antiguo *jus* se refiere a la repartición de cosas, animales y seres humanos entre las diversas soberanías domésticas; su campo de acción se caracterizaba por un rígido formalismo.
- 2) La *conventio in manum*, naturalización doméstica, pertenece al *jus* y es un acto formal; el matrimonio, que no modifica la repartición de poder entre los *paterfamilias*, queda fuera del *jus* y no exige forma determinada alguna.
- 3) La *confarreatio* es un acto jurídico, no por ser forma de celebrar un matrimonio, sino por implicar una *conventio in manum*. Era, probablemente, un acto religioso, extrajurídico, en el cual se incorporaban elementos de la *coemptio*.
- 4) La *coemptio* es jurídica y etimológicamente distinta de la compra-venta.
- 5) El *usus*, como acto formal que exige el consentimiento del *paterfamilias* o de los tutores de la esposa, no debe considerarse como una especie de *usucapio*.
- 6) Es infundada la opinión de que el matrimonio *con manus* fuera más antiguo que el matrimonio *sin manus*.
- 7) La independencia recíproca de la *conventio in manum* y el matrimonio se demuestra por la gran antigüedad de los matrimonios *sin manus*, por las *conventiones in manum*, celebradas posteriormente a los matrimonios, y por las transmisiones de la *manus* con entera independencia de todo matrimonio.
- 8) El matrimonio penetra paulatinamente en el terreno jurídico, primero como situación extrajurídica con consecuencias jurídicas; luego, en tiempos de Augusto, como "acto jurídico" en sentido moderno. Pero continúa siendo un acto informal.
- 9) A medida que el matrimonio entra en el Derecho, surge a su lado otra unión monogámica, duradera, socialmente aceptada, que conserva su independencia respecto del Derecho: el concubinato.

- 10) Desde Adriano, el concubinato produce, poco a poco, algunas consecuencias jurídicas, generalmente favorables, a veces desfavorables (como en la época entre Constantino y Valentiniano). Estas consecuencias son siempre más reducidas que las que acompañan al "matrimonio justo".
- 11) Los romanos tenían a menudo dificultades para distinguir el matrimonio justo y el concubinato, ya que ambas figuras nacían de actos informales. Mediante presunciones y declaraciones de los interesados, se lograba establecer la diferencia, en la práctica.
- 12) Para los romanos, matrimonio y concubinato, de formación análoga, tenían efectos jurídicos muy distintos. La tendencia moderna parece ser, precisamente, la de distinguir los dos conceptos por su formación, tratando de equiparar sus efectos jurídicos. Esta tendencia es especialmente evidente en Hispanoamérica.