

Reflexiones en torno a la concesión del *conubium* entre libres de nacimiento y libertos

por ARCADIO DEL CASTILLO

(Universidad de Alicante)

La *lex Canuleia de conubio patrum et plebis* (1), un plebiscito del tribuno de la plebe C. Canuleyo, produjo la abolición de la prohibición del *conubium* entre los patricios y los plebeyos, hecho que permitió que a partir del año 445 a.C., fecha en que se otorgó la referida ley, cualquier matrimonio constituido entre elementos pertenecientes a ambos grupos de población llevase unido la existencia de unos efectos legales, hasta entonces negados, y que se concretaban en el hecho manifiesto de que la descendencia fuese considerada como procedente de un matrimonio legítimo. Una vez, pues, que, habiendo existido un impedimento con referencia a la legalidad de la contratación de

1) Liv., 4, 1 - 6, 4 explica los pormenores de todo el proceso de presentación del proyecto de ley. Cic., *Rep.* 2, 37, 63 y Floro, 1, 17 (1, 25) aportan referencias. Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, reimp. Hildesheim, 1966, pág. 207.

matrimonio entre ciudadanos romanos, aunque de diferentes estamentos sociales, por tal legislación quedó resuelto, el problema surge cuando uno se plantea la siguiente pregunta: ¿cubría esta legislación igualmente a los libertos, se mantuvo el impedimento (carencia de *conubium*) en lo referente al matrimonio de personas de nacimiento libre, *ingenui*, y personas liberadas, *libertini* a lo largo de toda la etapa republicana?

El planteamiento negativo viene apoyado por Th. MOMMSEN, que lo expresa en el sentido de que la comunidad de derecho de matrimonio fue establecida entre patricios y plebeyos por la ley Canuleya, pero no lo fue entre libres de nacimiento y libertos hasta la legislación matrimonial de Augusto, de manera que, hasta entonces, la unión entre un libre de nacimiento y una liberta, o a la inversa, no tenía el carácter de un matrimonio romano, y en consecuencia, puesto que el Derecho romano no reconocía ningún matrimonio que no fuese conforme a las reglas del rango de los esposos y que sin embargo fuera legalmente válido, era también nulo el matrimonio patricio-plebeyo antes de la ley Canuleya (2). Esta opinión negativa, que mantiene que sólo

2) Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III-1, reimp. Graz, 1952, págs. 429-431; cfr. esp. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 4ª ed., Napoli, 1989, pág. 56, que considera, sin embargo, que tales uniones habrían sido toleradas desde la época de Cicerón.

Contra la idea de la existencia del impedimento, fundamentalmente, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, pág. 172; P.E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford, 1930, págs. 31 ss.; C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, XI), Catania, 1948, págs. 49 ss.; M. KASER, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 7ª ed., München, 1972, pág. 225; A. WATSON, *The Law of*

con la legislación matrimonial llevada a cabo por el emperador Augusto se permitieron tales matrimonios, viene apoyada por varios textos. En primer lugar el historiador Tito Livio que, con referencia a la represión de las Bacanales en Roma en el año 186 a.C., nos dice que Fecenia Hispala, una liberta meretriz, que fue una de las dos personas que denunciaron el hecho, recibió por sus servicios ciertas prerrogativas:

....utique Faeceniae Hispalaе datio, deminutio, gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei uir testamento dedisset; utique ei ingenuo nubere liceret, neu quid ei qui eam duxisset ob id fraudi ignominiaеue esset; utique consules praetoresque, qui nunc essent quiue postea futuri essent, curarent, ne quid ei mulieri iniuriae fieret, utique tuto esset. Id senatum uelle et aequum censere, ut ita fieret. (Liv., 39, 19, 5-6).

Así pues, se le otorgaba especialmente que para ella existiese *datio* y *deminutio*, e igualmente *gentis enuptio*, y *tutoris optio* como si a ésta su marido se la hubiese dejado en testamento, así como que, de esta manera, le fuese permitido casarse con un *ingenuus*, de forma que nada de fraude o de ignominia hubiese por causa de ello para el que se hubiese casado con aquella; y así, que los cónsules y los pretores que en ese momento existían o los

Persons in the Later Roman Republic, Oxford, 1967, págs. 32 ss. y *Roman Private Law around 200 B.C.*, Edinburgh, 1971, pág. 19; S. TREGGIARI, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford, 1969, págs. 82 ss.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, LV), Padova, 1970, págs. 27 ss.

que fuesen a existir en el futuro se preocupasen de que no resultase injuria para esta mujer y que estuviese con seguridad, y que el Senado quería y consideraba justo que ello fuese de tal manera.

En segundo lugar, dos textos de Dión Casio, en los cuales se hace referencia a que Augusto habría permitido el matrimonio entre todos los *ingenui* y las libertas con la excepción de aquellos que perteneciesen al orden senatorial. En el primero, con referencia al año 18 a.C., se dice que, puesto que entre la nobleza existían muchos más varones que hembras, Augusto permitió que todos los que lo desearan, excepto los senadores, se casasen con libertas, y ordenó que su descendencia fuese tenida por legítima:

ἐπειδὴ τε πολὺ πλείον τὸ ἄρρεν τοῦ θήλεος τοῦ εὐγενοῦς ἦν, ἐπέτρεψε καὶ ἐξελευθέρως τοῖς ἐθέλουσι, πλὴν τῶν βουλευόντων, ἄγεσθαι, ἔννομον τὴν τεκνοποιίαν αὐτῶν εἶναι κελεύσας. (Cass. Dio, 54, 16, 2).

Y en el segundo, con referencia al año 9 d.C., se recuerda lo estipulado en el anterior, al expresar que Augusto, ante las protestas de los caballeros durante los juegos, reunió en dos grupos en el Foro a los solteros y a los casados, diciéndoles que había permitido a aquellos que no perteneciesen al orden senatorial casarse con libertas, de manera que, si alguno a causa del amor o de cualquier clase de intimidación estuviese dispuesto para ello, pudiese hacerlo legalmente:

καὶ ἐξελευθέρας τοῖς γε ἔξω τοῦ βουλευτικοῦ οὔσιν ἄγεσθαι συνεχώρησα, ἴν' εἰ καὶ τις ἐξ ἔρωτος ἢ καὶ συνηθείας τινὸς ἐς τοῦθ' ὑπαχθείη, ἐννόμως αὐτὸ ποιοίη. (Cass. Dio, 56, 7, 2).

Idéntica opinión mantiene el jurista Celso en el Digesto, refiriendo que se dispone en la ley Papia que a todos los libres de nacimiento, excepto a los senadores y a sus hijos, les es lícito tomar por esposa a una liberta:

Lege Papia cauetur omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere. (Dig. 23, 2, 23).

En tal sentido no deja de ser interesante que un precepto jurídico de los emperadores Diocleciano y Maximiano, recogido en el Código de Justiniano, incida en esta idea denotando que no le está prohibido al manumisor tomar por mujer a su liberta, si él no fuera de aquellas personas a quienes especialmente se le prohíbe, y que es muy cierto que de este matrimonio le nacen al padre hijos legítimos:

Vxorem libertam suam manumissori, si non sit ex his personis, quae specialiter prohibentur, ducere non est interdictum, et ex eo matrimonio iustos patri filios nasci, certissimum est. (Cod. Iust. 5, 4, 15).

Referencias únicamente a la prohibición a los senadores aparecen en otros textos, obra de los juristas Ulpiano (3) y Paulo (4).

La idea positiva de la permisión del matrimonio entre *ingenui* y *libertini* y sobre todo que tal tipo de matrimonio estaba dentro de la legalidad en época republicana se ha apoyado fundamentalmente en un texto de Cicerón, en el que se hace referencia a un caballero romano llamado L. Gelio Poplícola que

3) Ulp., *Reg.* 13, 1 dice que por la ley Julia se prohíbe a los senadores y a sus hijos tomar por esposas a libertas y a las que ellas mismas, su padre o su madre hubiesen ejercido la profesión de exhibirse en público, así como a la que se entrega a la prostitución: *Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumue pater materue artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.* Cfr. *Dig.* 23, 2, 58 (Marciano) y 24, 1, 32, 28 (Ulpiano).

4) *Dig.* 23, 2, 44 pr. dice que se dispone así en la ley Julia: «Que ningún senador, hijo de senador, nieto habido del hijo, o biznieto habido del hijo nacido de cualquiera de ellos, a sabiendas y con dolo malo se prometa o tome por esposa a una mujer liberta, o a hija de padre o madre que ejerza o haya ejercido la profesión de exhibirse en público, ni la hija de un senador, nieta habida del hijo de aquél, o biznieta habida del nieto nacido del hijo, a sabiendas y con dolo malo, se prometa o tome por esposo a un liberto o a hijo de padre o madre que hayan ejercido la profesión de exhibirse en público, ni ninguno de éstos con dolo malo la tenga por prometida o esposa»: *Lege Iulia ita cauetur: 'qui senator est quiue filius neposue ex filio proneposue ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremue sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusue pater materue artem ludicram facit fecerit. Neue senatoris filia neptisue ex filio proneptisue ex nepote filio nato nata libertino eiue qui ipse cuiusue pater materue artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptaue sciens dolo malo esto neue quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremue eam habeto'*. Asimismo el apartado 1 de este texto dice que por este capítulo se prohíbe que un senador tome por esposa a una liberta, o a aquella mujer cuyos padres ejercieron la profesión de exhibirse en público, y del mismo modo, que un liberto tome por esposa a la hija de un senador: *Hoc capite prohibetur senator libertinam ducere eamue, cuius pater materue artem ludicram fecerit: item libertinus senatoris filiam ducere.* Cfr. también, *Dig.* 23, 2, 44, 8.

había desposado a una liberta, según denota, en un intento de atraerse el favor de la plebe:

Ecquae seditio umquam fuit in qua non ille princeps? Ecqui seditiosus quoi ille non familiaris? Ecquae turbulenta contio cuius ille non concitator? Cui bene dixit umquam bono? Bene dixit? Immo quem fortem et bonum ciuem non petulantissime est insectatus? Qui, ut credo, non libidinis causa, sed ut plebicola uideretur, libertinam duxit uxorem. (Cic., Sest. 52, 110).

Existe, sin embargo, otro texto que también ha sido utilizado para demostrar que los matrimonios entre libres de nacimiento y libertos eran permitidos en la época republicana. Se trata de un pasaje de Macrobio en el que, después de hacer alusión a que a los libertos no se les permitía el uso de la *toga praetexta*, cuenta que posteriormente le fue concedida a los hijos de los libertos, pues refería el augur M. Lelio que durante la segunda guerra púnica, tras una deliberación del Senado, los duúnviro habían abierto los libros sibilinos y, una vez que los hubieron inspeccionado, anunciaron que se debía suplicar en el Capitolio y celebrar un lectisternio por subscripción popular; y de este modo, fue llevada a cabo una petición a los dioses, en la que participaron niños, tanto libres de nacimiento como libertos, así como doncellas con padres y madres vivos; y a partir de ello fue concedido a los hijos de los libertos, aunque sólo los nacidos de una *iusta materfamilias*, el derecho de llevar la *toga praetexta* y el adorno de la *bullae*:

Libertinis uero nullo iure uti praetextis licebat, ac multo minus peregrinis, quibus nulla esset cum Romanis necessitudo. Sed postea libertinorum quoque filiis praetexta concessa est ex causa tali, quam M. LAELIVS augur refert, qui bello Punico secundo duumuiros dicit ex senatus consulto propter multa prodigia libros Sibyllinos adisse, et inspectis his nuntiasse in Capitolio supplicandum lectisterniumque ex collata stipe faciendum, ita ut libertinae quoque, quae longa ueste uterentur, in eam rem pecuniam ministrarent. Acta igitur obsecratio est pueris ingenuis itemque libertinis sed et uirginibus patrimis matrimisque pronuntiantibus carmen: ex quo concessum ut libertinorum quoque filii, qui ex iusta dumtaxat matrefamilias nati fuissent, togam praetextam et lorum in collo pro bullae decore gestarent. (Macr., Sat. 1, 6, 12-14).

C. CASTELLO interpretó que, con anterioridad a lo relatado por Macrobio, una liberta no podía vivir en concubinato con su patrono, pero que, a partir de entonces, podría vivir con él incluso en matrimonio, y que los hijos nacidos de tal unión serían legítimos (5). C. COSENTINI ha objetado a esta opinión que en el texto no se alude para nada ni a patrono ni a concubina, y que el término *iusta matrefamilias* implica una mujer libre de nacimiento casada válidamente con un liberto, por lo que hay que concluir

5) C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (R. Università di Genova. Fondazione Nobile Agostino Poggi, 1), Milano, 1940, pág. 58. Cfr. asimismo, pág. 70.

que ya anteriormente el matrimonio entre una mujer libre de nacimiento y un liberto era válido (6). Ambas interpretaciones resultan excesivamente comprometidas, pues suponen lo que en ningún momento se dice. A nuestro parecer es mucho más coherente lo apuntado por A. WATSON, en el sentido de que durante la época republicana el término *materfamilias* tiene un sentido técnico que implica una mujer casada *cum manu* - según se desprende de un texto de Cicerón (7) -, y que no existe ninguna indicación de que el texto no haga referencia a una liberta casada *cum manu*, ya que no hay razón para pensar que ello no era corriente, puesto que matrimonios *cum manu* en los que el esposo era un liberto no eran raros incluso hacia el 100 a.C. y parece razonable suponer que en la mayoría de los casos la esposa era una liberta (8). De hecho, el apoyo para este planteamiento es la referencia de Gayo a que la ley de las XII Tablas solamente llamaba al patrono a la herencia del liberto en el caso de que éste muriera intestado y sin dejar ningún *suus heres*, ya que si aún muriendo intestado el liberto dejara un *suus heres* el patrono no tendría ningún derecho sobre sus bienes, pero que si ese *suus heres* era uno de sus *liberi* sanguíneos no parecía existir

6) C. COSENTINI, *Studi...*, I, pág. 58.

7) Cic., *Top.* 3, 14. Realmente, en época republicana, el término tenía una doble significación, una social equivalente a matrona y otra técnica equivalente a esposa *in manu*, aunque la primera debía derivarse de la segunda, y lo cierto es que cuando en los textos se expresa una definición del término se hace referencia a la significación técnica, estrictamente jurídica, y no a la social, por lo que *materfamilias* es por excelencia una esposa *in manu*, cfr. A. CARCATERRA, «Mater familias», *Archivio Giuridico*, CXXIII, 1940, págs. 113-114, que aporta toda una serie de textos al respecto.

8) A. WATSON, *The Law of Persons...*, pág. 36 y notas 1-2.

razón para querellar, no ocurriendo igual, pues resultaba rigurosamente inútil que el patrono no tuviese ningún derecho, en el caso de que se tratase de un hijo o una hija adoptivos o una esposa *in manu*, lo que fue después cambiado por el edicto del pretor (9). Pues bien, al margen de que nosotros no aceptamos la idea de la existencia de dos tipos de matrimonio en Roma, *cum manu* y *sine manu* (lo que A. WATSON da a entender), puesto que pensamos que lleva razón E. VOLTERRA al considerar que matrimonio y *conuentio in manum* eran dos hechos diferentes, tendiendo el matrimonio a crear una unión conyugal para asegurar la procreación y la educación de los hijos, y la *conuentio in manum* a introducir a la mujer en un grupo agnaticio, colocándola bajo la autoridad del jefe de ese grupo (10), no vemos la razón por la que en los matrimonios con realización de *conuentio in manum*, a los que se refiere A. WATSON, en los que el esposo es un liberto, no podamos suponer que la esposa era, no en la mayoría de los casos sino en todos, una liberta.

No deja de ser interesante, aunque no la compartamos, la hipótesis defendida por S. TREGGIARI, para determinar que los matrimonios entre *ingenui* y *libertini*, los que denomina matrimonios mixtos, eran permitidos durante la etapa republicana. Se apoya para ello en el hecho de que los

9) Gayo, *Inst.* 3, 40-41. Cfr. A. WATSON, *The Law of Persons...*, págs. 31 nota 5, y 231.

10) Cfr. A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.*, Universidad de Granada, 1976, pág. 56 nota 38 y «Sobre las formas de adquisición de la *manus* en el matrimonio», *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, VI, 1977, págs. 359 ss., donde se trata la teoría y se especifica la bibliografía.

anteriormente citados textos de Ulpiano y Paulo, que se refieren a la prohibición a los senadores expresada por la ley Julia, al no hacer mención de ninguna cláusula otorgando el derecho a contraer matrimonio con libertas a aquellos no encuadrados en el orden senatorial e incidir únicamente en la prohibición a los senadores, implica que hasta entonces los matrimonios mixtos eran permitidos a todos; de esta manera, ello implicaría igualmente que se permitía a los demás estamentos de la sociedad continuar los matrimonios con libertos, y en esto posiblemente basaron sus apreciaciones tanto Dión Casio como Celso: «The Ulpian and Paul passages, the latter of which purports to quote the law exactly, suggest that mixed marriages of this type had so far been valid for all classes of society. Neither jurist mentions any clause conferring the right to marry *libertinae* on those outside the senatorial order, while the prohibition on senators implies that until then marriage with *libertini* or *libertinae* had been open to all. It also implies permission to other orders in society to continue to marry *libertini*, which there was no need for Augustus to affirm, and it may be on this that Dio and Celsus base their remarks. The citation of the *Lex Iulia* shows that what Augustus did was to prohibit senators and their families from marrying freedwomen, knowing their status, and this implies that before such marriages had not been forbidden by law» (11). No entendemos la razón de que los hechos no fuesen de forma contraria, esto es, que Dión Casio y Celso hagan referencia a la

11) S. TREGGIARI, *Roman Freedmen...*, págs. 83-84. Cfr. C. COSENTINI, *Studi...*, I, págs. 50-51.

permisión por parte de Augusto y que Ulpiano y Paulo incidan en pormenorizar sistemáticamente la excepción a la norma general otorgada. Naturalmente, se podría denotar que Ulpiano y Paulo se refieren a la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, que es anterior a la *lex Papia Poppaea nuptialis* utilizada por Celso. No obstante, Dión Casio incide también en la primera de estas leyes, ya que sus dos referencias son anteriores en el contexto al momento en el que se dice que más tarde la *lex Papia Poppaea* fue propuesta por M. Papio Mutilo y Q. Popeo Secundo, que fueron cónsules en ese tiempo por parte del año, esto es *consules suffecti* (12). En cualquier caso, el argumento de S. TREGGIARI no se sostiene tampoco porque es bien sabido que desde antiguo ambas leyes fueron usadas indistintamente por los juristas, que tendieron a no distinguir las, hasta el punto de que la identificación a que fueron sometidas ha producido que hayan sido transmitidas con el nombre genérico de *lex Iulia et Papia Poppaea* (13). De hecho, no podemos dejar de señalar que el Código de Justiniano, en un precepto de este mismo emperador, refiere que la prohibición al matrimonio entre senadores y libertas se debió a la ley Papia (14),

12) Cass. Dio, 56, 10, 3. Sobre los cónsules, Isid., *Etym.* 5, 15, 1. Cfr. A. DEGRASSI, *I Fasti Consolari dell'Impero romano dal 30 avanti Cristo al 613 dopo Cristo* (Sussidi Eruditi, 3), Roma, 1952, pág. 7.

13) Cfr. sobre el particular, A. DEL CASTILLO, *La emancipación...*, págs. 17 y 52 nota 12; «Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma imperial», *Latomus*, XXXVIII, 1979, pág. 174. Las dificultades de datación que plantean ambas leyes son analizadas en nuestro trabajo, «Problemas en torno a la fecha de la legislación matrimonial de Augusto», *Hispania Antiqua*, IV, 1974, págs. 179 ss.

14) *Cod. Iust.* 5, 4, 28 pr.: *...quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur*. Al tratarse de un texto postclásico el conubio es

lo mismo que aparece en los textos de Ulpiano y Paulo en conexión con la ley Julia; y, lo que es más importante, el mismo Ulpiano, cuando hace alusión a la capacidad de adquirir entre marido y esposa el total de sus bienes, dice que alguna vez no adquieren nada entre sí, lo que ocurre si contra la ley Julia y Papia Popea contrajesen matrimonio, como, por ejemplo, si uno tomase por esposa a mujer deshonrada o un senador a una liberta (15).

En general, la hipótesis que la investigación moderna ha elaborado con respecto a tales matrimonios ha llevado a la consideración de que estas uniones eran prohibidas o permitidas, según se haya defendido una posición de tipo positivo o negativo. Sin embargo, un planteamiento de este estilo resulta coherente con el principio de igualdad entre los hombres que empezó a concretarse en la sociedad del Bajo Imperio romano, hecho que influyó en la concepción de la estructura jurídica del matrimonio, a través de la doctrina canónica, por lo que en el terreno matrimonial se concretó la polarización exclusiva de legitimidad/nulidad, mediante la cual un matrimonio que no llegue a producir efectos jurídicos, e igualmente una descendencia legítima, no puede existir como tal, y, en consecuencia, resulta

identificado con el matrimonio, por lo que aquí tal término significa precisamente eso.

15) Ulp., *Reg.* 16, 2: *Aliquando nihil inter se capiunt, id est si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, uerbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.*

ser absolutamente nulo (16). En un anterior trabajo hemos podido plantear algo en este sentido con referencia al Concilio de Elbira, y en el cual se puede apreciar ya un primer intento, por parte de los reunidos en el Sínodo, para imponer unas tendencias dirigidas a la nulidad, aunque matizadas por tratarse de un momento en el que el cristianismo aún no estaba reconocido como tal, y debido a ello los principios del matrimonio romano no podían ser saltados, al menos en el terreno jurídico propiamente dicho (17).

No obstante, para los romanos el matrimonio se tornaba nulo en el caso de que no se cumpliese la existencia de tres elementos básicos, concretados en la diversidad de sexo, la pubertad y el consentimiento mutuo; pero, a estos tres requisitos es necesario unir otro más para que el matrimonio llegase a producir efectos jurídicos, especialmente en lo que hace referencia a la descendencia, a la que los romanos otorgaban una importancia trascendente a la hora de realizar el matrimonio (18), tal requisito no era otro que el *conubium*, el cual rendía el matrimonio legítimo, *iustae nuptiae* (19). Cuando faltaba este requisito, según ha mantenido E. NARDI, a nuestro juicio muy acertadamente, el

16) Cfr. E. VOLTERRA, «La conception du mariage à Rome», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, II, 1955, págs. 375 ss.

17) A. DEL CASTILLO, «Los impedimentos para el matrimonio con paganos en el concilio de Elbira», *Hispania*, XLII, 1982, págs. 329 ss.

18) El matrimonio romano se realizaba *liberorum quaerendorum causa*, cfr. A. DEL CASTILLO, *La emancipación...*, pág. 244; «Apuntes sobre la situación...», pág. 186; «The position of women in the Augustan age», *Liverpool Classical Monthly*, II, 1977, pág. 173.

19) Ulp., *Reg.* 5, 1-3. Cfr. Gayo, *Inst.* 1, 55-56; *Dig.* 1, 6, 3 (Gayo); *Inst. Iust.* 1, 9 pr. y 10 pr.

matrimonio era contrario a la legalidad, esto es *iniustum*, ya que el matrimonio no existía desde el punto de vista jurídico, ahora bien, no por ello se puede hablar de inexistencia de matrimonio o simplemente de nulidad (20). En definitiva, se puede concretar que en el Derecho romano clásico resulta totalmente apreciable la idea de la existencia de un matrimonio como consecuencia de unos determinados requisitos y el mantenimiento del vínculo conyugal únicamente mediante la permanencia de la *affectio maritalis* o el *animus uxoris* (21), de forma que la inexistencia de un requisito destinado a otorgar al matrimonio efectos jurídicos, esto es el *conubium*, no implicaba la nulidad del matrimonio en sí, sino solamente su ilegitimidad a nivel jurídico, por lo que lo convertía en *iniustum*, y los hijos, como ilegítimos (*uulgo quaesiti, uulgo concepti, spurii*), no se encontraban sujetos a la *potestas* del *paterfamilias*, habida cuenta de que, aunque se considera que tienen madre, la ley no les reconoce padre alguno, pues éste es incierto (22); ahora bien, el matrimonio como tal no era nulo. De esta forma, cuando Dión Casio, con referencia a la legislación matrimonial de Augusto, nos menciona con absoluta precisión que este emperador permitió el matrimonio de los libres

20) E. NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium* (R. Università di Roma. Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano, dei diritti dell'Oriente mediterraneo e di storia del diritto, VII), Milano, 1938, págs. 9-10. Cfr. M. HUMBERT, «Hispania Faecenia et l'endogamie des affranchis sous la République», *Index*, XV, 1987 (Hommages à Gérard Boulvert. Antiquité), págs. 133-134.

21) Cfr. E. VOLTERRA, «La conception du mariage...», pág. 373.

22) Gayo, *Inst.* 1, 64. Cfr. Ulp., *Reg.* 4, 2; *Dig.* 1, 5, 19 (Celso); 1, 5, 23 (Modestino) y 24 (Ulpiano); *Inst. Iust.* 1, 4 pr. y 10, 12.

de nacimiento, que así lo quisiesen, con libertas para que su descendencia fuese tenida por legítima (Cass. Dio, 54, 16, 2) o que pudiesen casarse legalmente (Cass. Dio, 56, 7, 2), lo que está reconociendo es que permitió la existencia de *conubium* entre libres de nacimiento y libertas, con lo que convertía tales matrimonios en legales jurídicamente hablando y daba asimismo legitimidad a la descendencia (23).

Por todo ello, hemos de considerar que el contexto explicativo de los hechos ha sido distorsionado por la mayoría de los investigadores modernos, al no conectar con la idea básica de que matrimonio y *conubium* resultan ser hechos diferentes y claramente disociados: una cosa es la mera unión matrimonial y otra la capacidad jurídica para contraer tal unión y que ésta sea legal, lo que conlleva la legitimidad de la descendencia. Todo el esquema textual apunta a una idea perfectamente asumible en el sentido de que el matrimonio, en cuanto ligado de una manera nítida a la *affectio maritalis* o al *animus uxoris*, que es lo que lo sostiene y le da vida de forma constante, y que se manifiesta ya desde el principio en el consentimiento mutuo a la hora de contraerlo (24), no podía ser de ninguna manera prohibido (25),

23) En este sentido no hay que olvidar que Augusto estableció registros de nacimientos, pero sólo para hijos legítimos, cfr. A. DEL CASTILLO, *La emancipación...*, págs. 46 y 70 nota 143.

24) En cualquier caso, ello no quiere decir que no existiesen las celebraciones previas, *sponsalia*, ciertas exteriorizaciones, *festiuitas nuptiarum*, o la entrega de una dote, *dos*. Por otra parte, el consentimiento del *pater*, cuando algún contrayente no era *sui iuris*, era necesario que fuese manifestado en el caso del hijo, bastando el no disentiimiento evidente en el caso de la hija; y en cualquier caso, en época de Augusto, la *lex Iulia de maritandis ordinibus* dispuso que, en caso de negativa injustificada del *pater*,

pero sí el *conubium*, y por ello la posibilidad de que los hijos fuesen legítimos o no lo fuesen. La ley Canuleya, al otorgar el *conubium* entre patricios y plebeyos, no es que permitiera un matrimonio que no podía ser prohibido, sino que simplemente otorgaba la legitimidad a la descendencia. Ahora bien, resulta evidente, por los textos que conocemos, que esta ley no cubría a los libertos, pese a gozar de la categoría de libres, sino exclusivamente a los *ingenui*. La *lex Iulia et Papia Poppaea* fue la que otorgó la capacidad del *conubium* a las libertas con los libres de nacimiento, y por lo mismo el que la descendencia resultase legítima, con lo que los hijos, en primer lugar, pasaban a formar parte de la familia paterna, atribuyendo al padre ciudadano romano, si era *sui iuris*, la *patria potestas* sobre ellos (convirtiéndose igualmente en sus herederos, *sui heredes*) o al *paterfamilias*, en el caso de que el padre fuese *filiusfamilias*, aunque sin olvidar que a la muerte o extinción jurídica de éste el padre se convertía en *sui iuris*, adquiriendo *ipso iure* la *patria potestas* sobre sus hijos; en segundo lugar, eran libres de nacimiento y recibían el *status ciuitatis* que tenía el padre en el momento de la concepción; y en tercer lugar, les era atribuido el

el contrayente pudiese recurrir ante el magistrado, como expresa Marciano en *Dig.* 23, 2, 19, aunque aceptando los cambios elaborados en el texto por P. MORIAUD, «Du consentement du père de famille au mariage en droit classique», *Mélanges P.F. Girard*, II, Paris, 1912, pág. 303. Cfr. A. DEL CASTILLO, *La emancipación...*, págs. 35-36 y 63 notas 97-98.

25) Cuando una referencia textual mantiene una prohibición con respecto al matrimonio ello implica únicamente que no se acepta como una unión jurídicamente legal.

patronímico, indicado con el *praenomen* del padre, en genitivo, seguido de *filius* (26). De todas formas, no debemos de olvidar que esta permisión de matrimonios entre libres de nacimiento y libertas tenía en la misma legislación de Augusto la característica de permitir sobre todo el matrimonio de la liberta con su patrono, ya que se prohibió a la liberta casada con su patrono poderse casar con otro contra la voluntad de aquél (27). Naturalmente, se intentaba así evitar que si alguien manumitía a una mujer para casarse con ella, se viese después burlado al divorciarse ella y casarse con otro. Ello empuja a pensar que posiblemente, en la mayoría de las ocasiones, la permisión de Augusto se manifestaría en el matrimonio del patrono con su liberta. Ahora bien, como hemos manifestado en otro trabajo (28), la casi totalidad de las referencias textuales existentes (29) ponen el énfasis en los matrimonios con libertas, deduciéndose de ello que el caso de los libertos no aparecía contemplado en la legislación matrimonial de Augusto. Solamente disponemos de una referencia al matrimonio de mujeres libres de nacimiento con

26) Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, reimpr. Roma, 1972, págs. 679-680.

27) *Dig.* 38, 11, 1, 1. Cfr. también, 23, 2, 45 pr.; 23, 2, 50 y 51 pr.; 24, 2, 11 pr. y 1-2; 25, 7, 1 pr.

28) A. DEL CASTILLO, «Un problema en las relaciones sociales del Imperio romano. La *oratio divi Marci* y el régimen matrimonial de los libertos», *Memorias de Historia Antigua*, I, 1977 (Actas del coloquio 1977. Estructuras sociales durante la Antigüedad), pág. 104.

29) A los anteriores textos se pueden unir, los de Ulpiano en *Dig.* 23, 2, 27; 23, 2, 29; 23, 2, 45 pr. y 4; 24, 2, 11 pr. y 1-2; 25, 7, 1 pr.; 38, 11, 1, 1; de Marciano en 23, 2, 28; de Terencio Clemente en 23, 2, 48, 1; de Marcelo en 23, 2, 49 y 50; y de Licinio Rufino en 23, 2, 51 pr. y 1.

libertos, precisamente de Ulpiano, en la que se dice que si una patrona fuese de clase tan ínfima que para ella resultase honorable el matrimonio con su liberto, por ministerio del juez que conoce del asunto no debe prohibírsele tal matrimonio (30); nos encontramos aquí ante un caso típico de la legislación romana que contempla siempre la posibilidad de que una regla pueda ser saltada en ciertos casos, igual que cuando el mismo Ulpiano hace referencia a que por indulgencia expresa del emperador se permitía a un senador tomar por esposa legítima a una liberta (31). Al margen de este texto, naturalmente están aquellos otros que junto al de Paulo, citado ya anteriormente, hacen referencia a la prohibición de matrimonio de las hijas, nietas o biznietas de senadores con libertos (32), pero sobre este hecho ya hemos expresado nuestra opinión de que ello fue introducido por el *senatus consultum* que siguió a la *oratio* del emperador Marco Aurelio (33), y que no estuvo inspirado sobre la base de la

30) *Dig. 23, 2, 13: Si patrona tam ignobilis sit, ut ei honestae sint uel saltem liberti sui nuptiae, 'officio iudicis super hoc cognoscentis hae prohiberi non debent'.*

31) *Dig. 23, 2, 31: Si senatori indulgentia principis fuerit permissum libertinam iustam uxorem habere, potest iusta uxor esse.*

32) *Dig. 23, 2, 44.* Igualmente, 1, 9, 9 = 23, 2, 34, 3 (Papiniano); 23, 2, 32 (Marcelo); 23, 2, 42, 1 (Modestino).

33) *Dig. 23, 2, 16 pr.* (Paulo) dice que en una propuesta al Senado del emperador Marco Aurelio, de consagrada memoria, se dispone que si la hija de un senador se hubiese casado con un liberto, no existan nupcias, y que así se aprobó en un senadoconsulto: *Oratione diui Marci cauetur, ut, si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent: quam et senatus consultum secutum est.* Cfr. también, 24, 1, 3, 1 (Ulpiano). P.E. CORBETT, *The Roman Law...*, pág. 38, mantiene que la legislación matrimonial de Augusto hacía alusión solamente a los senadores, aunque Paulo al dar noticia de ello

descendencia, como ocurría con los propios senadores, sino con el ánimo de mantener el prestigio del orden senatorial, ya que las hijas de los senadores sólo mantenían su dignidad tras el matrimonio si se casaban con varones pertenecientes al mismo orden senatorial; por eso tiene sentido que el mismo Paulo nos diga que la hija de un senador que se hubiese prostituido, o hubiera ejercido la profesión de exhibirse en público, o bien hubiese sido condenada en un juicio público, podía casarse impunemente con un liberto, pues no se debe respetar el honor en quien se rebajó a tan vergonzosa situación (34).

Obviamente, si un liberto se casaba con una mujer de nacimiento libre se podían dar dos casos: si los hijos fuesen ilegítimos, cosa que sucedía al no estar ello contemplado en la legislación augustea, se imponía el *ius gentium* por el cual seguían el estatuto jurídico que la madre tuviese en el momento del alumbramiento (35) con lo que nacían libres, recibiendo al mismo tiempo el nombre gentilicio de la madre; pero, si la referida legislación hubiese otorgado en este caso también el *conubium*, los hijos serían legítimos, se impondría el *ius civile* y seguirían el estatuto jurídico del padre, con lo que pasarían a ser

insertó todas aquellas noticias que se conocían en su tiempo, esto es después del *senatusconsultum* de época de Marco Aurelio.

34) *Dig. 23, 2, 47: Senatoris filia, quae corpore quaestum uel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit: nec enim honos ei seruatur, quae se in tantum foedus deduxit.* Cfr. sobre toda esta argumentación, A. DEL CASTILLO, «Un problema en las relaciones...», pág. 105.

35) Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni...*, pág. 682.

libres de nacimiento, aunque hijos de liberto, y con ello las contrapartidas aparejadas, sobre todo un cierto estigma social, pasar a formar parte de la clientela del manumisor de su padre o su descendiente, a quien debían mantener la *fides*, e igualmente encontrarse en cierta inferioridad para llegar a detentar altos cargos (36). Sin embargo, no creemos que fueran tales los hechos tenidos en cuenta por Augusto para otorgar el *conubium* entre *ingenui* y *libertinae* únicamente. Es posible que hubiese tenido en cuenta que tal caso, el matrimonio entre éstos, era el que más frecuentemente se estaba produciendo; pero, sobre todo, la mentalidad patriarcal de la sociedad romana, en la que la mujer iba al matrimonio para concebir hijos, siendo el padre el sostenedor social de éstos. Dejando, pues, el tema referido sólo al caso de las libertas, Augusto resolvía aceptablemente el asunto de la descendencia e intentaba, la legislación iba encaminada a ello, resolver el problema de la falta de natalidad observada en la ciudadanía romana, ante su necesidad de disponer de una importante masa de población para ser utilizada en el ejército (37). Sin embargo, la permisividad del emperador Augusto tenía un límite: de ninguna manera podía permitir que no quedase preservado de toda manipulación de pureza el orden senatorial, del cual quiso hacer la columna vertebral de su sistema social, sobre el que pensaba cargar las responsabilidades de

36) Cfr. S. TREGGIARI, *Roman Freedmen...*, págs. 235-236.

37) Cfr. A. DEL CASTILLO, *La emancipación...*, págs. 15 y 49 nota 2; «Apuntes sobre la situación...», pág. 175; «The position of women...», págs. 167 y 169.

gobierno (38), por lo que en su legislación se explicita el caso de los senadores en el que de ninguna forma podía consentir que la descendencia fuese legítima y que los hijos entrasen a formar parte de los círculos sociales del mayor nivel de apreciación.

Por lo demás, si el matrimonio entre una mujer de nacimiento libre y un liberto hubiera sido permitido en la legislación matrimonial de Augusto, o incluso con anterioridad, no tendría ningún sentido la existencia de un precepto jurídico de época del emperador Septimio Severo, cotejado en el Código de Justiniano, en el que se dice expresamente que al liberto que se ha atrevido a tomar por esposa a su patrona, o a la hija o a la cónyuge de su patrono, o a la nieta, o a la biznieta, se le podría acusar ante el juez competente, que habría de dictar sentencia congruente con las costumbres de tales tiempos, las cuales con razón consideraron que eran odiosas semejantes uniones (39). Este precepto empuja, desde luego, a suponer que este tipo de matrimonio no aparecía contemplado entre las permisiones de la legislación de Augusto. S. DIMARZO va incluso más lejos suponiendo la probable existencia de una prohibición al matrimonio de un liberto con su patrona o con la esposa o descendiente del patrono en la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, prohibición en la que incide nuevamente el precepto de Septimio

38) Cfr. A. DEL CASTILLO, *La emancipación...*, págs. 16 y 51 nota 6.

39) *Cod. Iust.* 5, 4, 3: *Libertum, qui patronam seu patroni filiam uel coniugem uel neptem uel proneptem uxorem ducere ausus est, apud competentem iudicem accusare poteris moribus temporum meorum congruentem sententiam daturum, quae huiusmodi coniunctiones odiosas esse merito duxerunt.* Cfr. Paulo, *Sent.* 2, 19, 9 y 14.

Severo (40). La documentación de tipo epigráfico a la que se refiere P.E. CORBETT (41), siguiendo a P.M. MEYER que cita expresiones como *dominae et coniugi, dominae et uxori, patronam optimam item coniugem fidelissimam* (42), para denotar la existencia de matrimonios entre patronas, incluidas mujeres pertenecientes al orden senatorial, y sus libertos no puede aceptarse como una prueba definitiva, puesto que ello se sustenta en la utilización de términos como *uxor* o *coniunx*, y es claro que tales términos en las inscripciones no sirven para distinguir la existencia de un verdadero matrimonio de aquellas otras uniones que no lo son; y en este sentido resulta clara la apreciación que pone de manifiesto P.R.C. WEAVER, cuando, con referencia a la *Familia Caesaris*, dice que los términos *uir, uxor, o maritus* son inútiles para distinguir entre matrimonio y contubernio, que todos ellos resultan normales para todos los grupos de la *Familia Caesaris*, y que ni siquiera el término *contubernalis* indica siempre que uno o los dos contrayentes son esclavos o tienen ese origen (43). Y, en cualquier caso, bastaba que los contrayentes manifestasen su deseo de permanecer unidos para que existiese el

40) S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo, 1919, pág. 55.

41) P.E. CORBETT, *The Roman Law...*, pág. 36.

42) P.M. MEYER, *Der Römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig, 1895, págs. 64-65.

43) P.R.C. WEAVER, *Familia Caesaris. A Social Study of the Emperor's Freedmen and Slaves*, Cambridge, 1972, pág. 171: «The terms 'vir', 'uxor', 'maritus', etc. are of no use to distinguish between *matrimonium* and *contubernium*. They are normal for all groups in the *Familia Caesaris*. Nor even does 'contubernalis' always indicate that one or both partners are of slave status or origin».

matrimonio, aunque ciertamente la prohibición existente lo convertía en un matrimonio ilegal, pero a nivel jurídico, esto es *iniustum*, como mantiene E. NARDI (44).

Desde luego, contra la idea en concreto de la inexistencia de *conubium* entre *libertini e ingenuae*, incluso a partir de la legislación matrimonial de Augusto, se podría exhibir lo que aparece expresado en las Instituciones de Justiniano, en el sentido de que es de nacimiento libre el que tiene la condición de libre desde que nació, ya haya nacido del matrimonio de dos libres de nacimiento, ya de dos libertos o ya - lo que sería definitivo - de un libre de nacimiento y un liberto (45); sin embargo, ello resulta coherente, puesto que la descendencia, aunque ilegítima, como descendencia de la madre, con padre incierto, naturalmente será libre de nacimiento. Y, en cualquier caso, se trata de un precepto de legislación postclásica, y no se debe de olvidar que la

44) E. NARDI, «Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, VII, 1941, pág. 116: «Basta che i due siano di sesso diverso, abbiano entrambi raggiunta la pubertà e non manchino i necessari consensi, perchè senz'altro il matrimonio possa esistere: e se anche, come nella specie, è in contradizione con un divieto, simile circostanza non varrà in pratica, trattandosi di uno stato di fatto, a toglierlo di mezzo, bensì soltanto a renderlo *iniustum*». Cfr. igualmente pág. 125: «Basta che i requisiti di esistenza non manchino e i due si mettano insieme con la intenzione d'esser marito e moglie, perchè senz'altro le *nuptiae* si abbiano: l'eventuale divieto a contrarle le renderà *iniustae*, ma, risolvendosi esse in uno stato di fatto, non può in pratica impedirle. Per sostenere il contrario bisognerebbe ragionare, invece che con la mentalità classica romana, con la nostra mentalità di moderni: usi, s'intende, a non concepir le nozze che in base ad una pubblica e solenne celebrazione costitutiva, che il diritto di Roma non conobbe mai».

45) *Inst. Iust.* 1, 4 pr.: *Ingenuus is est, qui statim ut natus est liber est, siue ex duobus ingenuis matrimonio editus, siue ex libertinis, siue ex altero libertino altero ingenuo.*

legislación de los emperadores Justino y Justiniano terminó por derogar todos los impedimentos matrimoniales en razón del *status* social, y naturalmente los emanados de la legislación matrimonial de Augusto y del senadoconsulto de época de Marco Aurelio (46), con toda probabilidad, según pone de manifiesto R. ORESTANO, por influencia de la doctrina cristiana que defendía la incontestable igualdad entre todos los hombres (47).

Si la ley Canuleya hubiese extendido el *conubium* también a los libertos, Fecenia Hispala no hubiera necesitado que se le otorgasen ciertos privilegios para poder desposar a un *ingenuus*, esto es para que sus descendientes fuesen legítimos; resulta claro que los privilegios que se le otorgaron iban encaminados a equipararla a una *ingenua*, ya que no se la podía convertir en tal. Respecto al anteriormente mencionado texto de Cicerón (*Sest.* 52, 110) que se ha utilizado para mantener la existencia de aceptación del *conubium* para los libertos durante la época republicana, dando por sentado que, como ha precisado A. WATSON, Cicerón pretendía con ello establecer un planteamiento que provocase la hilaridad (48), no implica necesariamente que las libertas, pues en este caso también se trata de una mujer, gozasen del *conubium*; todo lo contrario, a nuestro entender por lo que L. Gelio Poplícola, el personaje en cuestión (un *eques*) que había

46) *Cod. Iust.* 1, 4, 33, 2; 5, 4, 23, 1-2 y 4-8; 5, 4, 28, 3-4; 5, 4, 29, 6; *Nou.* 78, c. 3 y 117, c. 4 y 6.

47) R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano, 1951, págs. 420 ss.

48) A. WATSON, *The Law of Persons...*, pág. 35.

desposado a una liberta, se ganaba el favor de la plebe - de ahí el juego de *plebicola* en clara conexión con su propio cognomen - era porque se adentraba en una senda horrible en la que su stirpe, a través de su descendencia, al ser ilegítima, quedaba en entredicho, puesto que no sería el padre de sus descendientes y éstos al ser hijos de una liberta quedaban sujetos a la lamentable situación que ya hemos apuntado: clientes del manumisor de su madre o descendiente de éste, estigma social, dificultades para su promoción social. No creemos, por tanto, que sea necesario convertir a la liberta del texto en una concubina, como hace A. WATSON (49), para resolver el problema que se le plantea. Por otra parte, para los que mantienen que en época republicana los matrimonios entre libres de nacimiento y libertos eran válidos, aunque los primeros en tal caso debían de ser penalizados con una nota censoria, al ser causa de ignominia (50), se puede decir que el concepto de honorabilidad no puede ser utilizado, ya que Ulpiano mantiene aún, para un caso posterior a la legislación de Augusto, que era más honorable para un patrono tener a su liberta como concubina que como mujer legítima (51); por lo tanto, tal matrimonio seguía siendo mal visto pese a ser admitido ya como legítimo, de forma que si en la época republicana la no honorabilidad de semejante unión hubiese sido lo importante, e

49) A. WATSON, *The Law of Persons...*, pág. 35.

50) Cfr. esp., O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte...*, II, pág. 172 y nota 2; C. COSENTINI, *Studi...*, I, pág. 54; A. WATSON, *The Law of Persons...*, págs. 33 y 35, y *Roman Private Law...*, pág. 19; S. TREGGIARI, *Roman Freedmen...*, pág. 85; R. ASTOLFI, *La lex...*, págs. 27 y 29.

51) *Dig.* 25, 7, 1 pr.

igualmente se consideraba en la imperial, Augusto no hubiera tenido necesidad de permitir lo ya permitido en el caso de las libertas, ni además ordenar que la descendencia resultase legítima.