

arreglo al mismo derecho quiritarario. Los peregrinos gozaban, pues, cuando el comercio atrajo á Roma muchos extranjeros y cuando los tratados ó actas de sumisión por la conquista no fijaba su situación, gozaban de la protección del derecho de gentes y en las provincias de su derecho nacional ó municipal, pero no de la protección del derecho romano (Gayo III, 93). A fines del siglo V de Roma se creó el pretor peregrino (Ley Acilia *repetundarum*) para que conociese de los asuntos de los extranjeros, pues antes el pretor urbano no podía conocer, si aquellos no se valían de la mediación de un patrono, ciudadano romano. Mas tarde se creó un derecho intermedio entre extranjeros y ciudadanos, formándose un verdadero sistema del *jus Latii* ó *jus latinum* establecido para los individuos ó pueblos á quienes se concedía el *comercium*, pero no el *conubium*. La ley Junia Norbana (472) concedió á los esclavos manumitidos irregularmente el *jus latinum* (*latinii juniani*); mas tarde se concedió ese derecho á pueblos enteros; la concesión de la *civitas* por retribuciones pecuniarias se convirtió en ramo del tesoro; y finalmente, una ley, que ya hemos citado de Caracalla, extendió á todo el imperio el derecho de ciudadanía, con lo cual y varias constituciones de Justiniano se extinguió la diferencia entre ciudadanos y extranjeros. (1)

(1) Véanse estas Constituciones citadas por Mayns en el número 212 de su citada obra; véase en el número 13 la nueva diferencia entre las personas establecida por los Emperadores cristianos con motivo de religión, sancionando incapacidades contra hereges, paganos, etc., incapacidades que fueron copiadas en las leyes posteriores de los pueblos bárbaros y en nuestro código de las Partidas. En los primitivos tiempos la plebe no tenía matrimonio: *conubia promiscua habent more ferarum*, se decía de los plebeyos.

FAMILIAS.

La familia romana se constituía por el matrimonio *justæ nuptiæ*, el cual es la fuente de la *patria potestad* y de los derechos á ella anexos, distintos de los que produce el matrimonio del *jus gentium*; la ley Canuleia abolió la prohibición del matrimonio entre nobles y plebeyos y el proceso jurídico que hemos descrito en el precedente párrafo acabó por fusionar el matrimonio romano con el matrimonio del derecho de gentes. Había al principio dos clases de matrimonio, el que colocaba á la mujer bajo el poder del marido y el que la dejaba libre ó bajo la potestad de su padre; el primero se contraía por el consentimiento, pero el poder marital sólo se adquiría (*manus*) por la *confarreatio*, ofrenda religiosa ó *sacramento* en forma de torta de harina (*farreum*) ante el gran Pontífice con diez testigos (parece que esta forma la usaban las clases distinguidas) representando á la decurias. Esta forma desapareció y en tiempo de Tiberio ya no existía. La *coemptio* era la compra de la mujer por medio de una emancipación que hacía el padre ó tutor de ella en presencia de cinco testigos y el *libripens*; pero en tiempo de Gayo la *coemptio* sólo servía para dar facultad á la mujer para testar, nombrar tutor etc. (*fiducia causa*.) El uso por un año, lo mismo que la posesión de cualquiera otra cosa, daba al marido la *manus*; pero esta usucapación para que no perjudicase al padre de la mujer se podía interrumpir au-

sentándose ésta tres noches del domicilio marital (*trinoctium*) Bajo Marco Aurelio desapareció el *usus*.

227. Parece que la *confarreatio* producía un vínculo indisoluble; pero Plutarco habla de una *diffarreatio*. La *coemptio* y la *usucapio* se extinguían por emancipación que hacía el marido; pero debe advertirse que la extinción del matrimonio no extinguía la *manus* ó potestad marital, sino mediante las formalidades dichas. Parece también que el marido no tenía un derecho tan absoluto de vida, muerte y venta sobre la mujer, como sobre los hijos; de todos modos, bajo Nerva se encuentra el último vestigio de ese derecho absoluto, si es que existió. (Véase Mayns § 304 y muy especialmente la nota 10). En cuanto al matrimonio por simple consentimiento y sin intervención de alguna de las tres formalidades dichas, dejaba á la mujer libre ó bajo la potestad de su padre ó tutor; sin embargo, producía algunas obligaciones y llegó á concederse acción al marido para restituir á la mujer al domicilio conyugal, de manera que probablemente este matrimonio fué el que acabó por ser el único, como de derecho de gentes, y sancionado en el derecho de Justiniano con la elegante y nobilísima definición: *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vite, divini et humani juris communicatio*. (Modestino D. ley 1 tít. 2 Lib. 23); ó esta otra de la Instituta Lib. 1º tít. IX § I) *nuptiæ autem sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, in dividuam vitam consuetudinem continens*.

228. Este matrimonio del nuevo derecho no producía la incapacidad civil de la mujer; pero la fidelidad conyugal y la protección del marido hacia la mujer y la obligación de ésta de hacer vida común eran reconocidas por el derecho, quedando abandonados á

la moral los demás deberes del matrimonio. Este se disolvía por la muerte, por la *capitis maxima diminutio*, esto es, por la pérdida de la libertad de uno de los cónyuges y por el divorcio, ya por mutuo consentimiento, sin formalidad alguna, ya porque el marido *repudiase* á la mujer, *divertat* (*divertit* ó *duvortit*). La opinión pública condenaba el divorcio al principio, pero al fin de la República y durante el Imperio se generalizó y la Novela 22 de Justiniano lo declara lícito, á pesar de que la ley Julia Papia Poppæa no cambió esta libertad. Sin embargo, los Emperadores cristianos procuraron restringirla con algunas penalidades que se encuentran en las Constituciones de Constantino, Honorio, Theodosio, Constancio, Theodosio II, Valentiniano III, Valentino, Justiniano y Justino (1). La disolución del matrimonio no cambiaba la patria potestad de los hijos; pero bajo Justiniano se ordenó que los hijos quedasen á cargo del padre no culpable, aunque el padre debe alimentarlos, á menos que sea indigente, en cuyo caso quedan á cargo de la madre. Las segundas nupcias que eran casi ordenadas por la ley Julia y Papia Poppæa fueron vistas con repugnancia, sobre todo en la mujer, y sometidas á cierta penalidad desde Alejandro Severo por consideraciones á los hijos; y por los Emperadores cristianos siguiendo el espíritu de los Padres de la Iglesia.

229 La abundancia de esclavas ocasionó el que los amos las alquilaran para goces carnales y aumentó además el número de concubinas y prostitutas, oca-

(1) La prohibición á la mujer de casarse antes de pasado el año de luto tenía por causa esa obligación de llevar luto; pero después se encontró otra razón que es la aceptada actualmente; la incertidumbre de la paternidad.

sionándose también la disminución de los matrimonios. (1) Además, tanto en el matrimonio con *manus*, como en el libre era costumbre que el padre ó amigos de la mujer dieran algún obsequio á esta del cual disponía el marido con la obligación de restituirlo; y tan general se hizo esta costumbre de regalos, que era deshonoroso para una mujer no tener *dos*. (dote) Así, pues, la disminución de matrimonios y la costumbre establecida hicieron que la dote fuera un estímulo para el matrimonio y que la ley reglamentara minuciosamente esa institución, no existiendo la comunidad de bienes ó sociedad legal de origen germánico. La legislación romana en este punto se ocupa de clasificar la dote por su origen ó personas que la dan, su objeto, los derechos que tiene el marido sobre ella, los casos en que debe restituirla y demás pormenores relacionados con esa clase de bienes y con los *parafernales*, que son todos los bienes que la mujer lleva al matrimonio como propios y no en calidad de *dote*, esto es, no para que el marido los usufructúe.

230 El parentesco romano se dividía en agnación y cognación: agnación era el parentesco civil cuya base es la potestad paterna, de manera que son agnados todos los que están, ó han estado, ó pudieran estar bajo la patria potestad común de una persona determinada, si viviera; y por lo mismo son agnados el padre, hijos de matrimonio legítimo, descendientes, hermanos entre sí, ya sean hijos ó hermanos por nacimiento, adopción ó legitimación. Como sólo la patria potestad es fuente de agnación, la mujer no puede pro-

(1) Los pueblos germanos que no contaron con este factor debieron conservar el matrimonio en formas diferentes; he aquí el origen de la posición de la mujer entre esos pueblos.

ducir agnados y de aquí el axioma: *fœmina est semper finis familiae*. Roto el vínculo de la patria potestad por cualquier motivo que no sea la muerte del padre, se extingue el parentesco de *agnación*, pues esta es la expresión del poder quiritarario del *pater familiae*, y no del vínculo de la sangre. La cognación, al contrario, es el vínculo, relación ó parentesco entre personas que descienden de un tronco común y con este mismo; hijos, hermanos, tios, etc.; y afinidad es el lazo ó relación que resulta del matrimonio entre un esposo y los parientes del otro. El parentesco de agnación antiguamente era el único que producía efectos jurídicos en herencias, tutela legítima, etc.; pero ya desde la República se tiene en consideración para algunos efectos legales, civiles y políticos el parentesco natural ó de cognación, tanto por leyes expresas, como por el derecho pretoriano y senado-consultos; y por medio de reformas parciales se llegó á tal punto que Justiniano asimiló completamente los dos parentescos con rarísimas excepciones (Novela 118), como la relativa al vínculo entre adoptante y adoptado y los agnados de aquel. El parentesco de afinidad sólo tiene importancia para los impedimentos del matrimonio; el natural los tiene para eso mismo, para herencias, tutelas legítimas, alimentos y otros efectos secundarios.

231 Al lado del matrimonio apareció el concubinato como institución reglamentada por la ley. Esta y las costumbres consideraban ilícita la unión sexual fuera de matrimonio, pues castigaban el adulterio con mujer casada con pena de muerte y confiscación, con las mismas penas el incesto y la bigamia; la violación y el estupro (de mujer honesta) eran también castigados severamente. Pero el consorcio con es-

clava ó libertina era tolerado y Augusto lo sancionó con el nombre de *concubinato*, de tal modo que á veces era difícil distinguirlo del matrimonio, no en cuanto á sus efectos, sino en cuanto á la voluntad ó propósito de esas uniones, á la intención de los que las aceptaban, pues *adjetio maritalis* podía confundirse con el concubinato. Este no producía ninguno de los efectos civiles del matrimonio; pero los hijos nacidos de esa unión eran *naturales* y producía parentesco respecto de la madre, y aun posteriormente respecto del padre, permitiendo Constantino su legitimación y concediéndoles Justiniano algunos derechos hereditarios. El Emperador Basilio abolió el concubinato; pero el Emperador León lo restableció. (1)

PROPIEDAD.

232 Los pueblos germanos no conocieron la propiedad individual á lo menos respecto del suelo (Julio César *de bello galico* IV, I.—Tácito *Germania* c. 26.—Lex Ripuariorum etc.) Entre los romanos pasaba lo mismo tanto respecto de muebles como de in-

(1) Cita Mayns, (§ 325) los cánones del Concilio de Toledo (año de 400) insertos en el cuerpo del derecho canónico (Gratiani Decretum Pars I Distin. 34 cap. 91) permitiendo el concubinato á los no casados. Nuestras leyes de Partida, quizá por una copia servil, reglamentaron el concubinato en el título 14 Partida 4^a llamando *barraganas* á las concubinas, palabra que viene, según esas leyes, de *barra* (fuera de) y *gana* (ganancia), ó *ganancia fuera* de la ley.

muebles; pero las concesiones que el Estado hacía á los nobles y á los plebeyos, el derecho que aquellos tenían á usar del *ager público* aumentado con las conquistas, la acumulación de riquezas y la influencia del *jus gentium* condujeron muy pronto á consolidar la propiedad privada tal como lo define la instituta; *plena in ré potestas*. (Inst. Lib. 2, tít. 4^o § 4^o.) Como en todo pueblo incipiente y rudo, la riqueza principal consistía en la tierra que ocupaba y en animales de servicio, única riqueza de que se preocupaba el derecho, y por eso la primera clasificación de cosas apropiables fué de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, perteneciendo á la primera los fondos itálicos, suelo, casas y servidumbres, esclavos, bueyes, caballos, mulas y asnos; y siendo *nec Mancipi* todas las demás cosas. Esta diferencia era radical, porque el goce ó dominio de las primeras se regía por el derecho quiritorio, y el de las segundas por la costumbre ó derecho de gentes. Como el dominio de las primeras sólo había podido ser adquirido del Estado ó con su consentimiento y garantía, no podía transmitirse sino con la forma sacramental de la *mancipación* ó por la *jure cesio* (de que luego hablaremos); mientras que las demás cosas podían enagenarse por la sola tradición, pero sólo las primeras gozaban de la plena protección de la ley, á beneficio de los solos ciudadanos romanos ó de los que gozaban del *comercium* romano. Los peregrinos no gozaban, pues, del derecho de propiedad quiritaria; pero los pretores les concedieron una *actio in rem* para defender la que habían adquirido y que estaba en su patrimonio, *in bonis* (propiedad bonitaria) según las costumbres de los pueblos en general, ó sea, según el derecho de gentes: *jus gentium*. Y á medida que este derecho