

El parentesco en general se llamaba cognacion (*cognatio*), y los parientes, cognados (*cognati, quasi una communiter nati*).—La cognacion, dice Modestino, viene á veces del derecho civil, algunas veces de la naturaleza, y otras del uno y de la otra.—De la naturaleza sola, por ejemplo, por el parentesco, por parte de las mujeres, porque los hijos no están en la familia de su madre.—Del derecho civil sólo, cuando provienen de una adopcion.—Del derecho civil y de la naturaleza, cuando es producida por justas nupcias entre los miembros de una misma familia.—La cognacion natural conserva el nombre de *cognacion*; en cuanto á la cognacion civil, lleva este nombre genérico; pero, hablando propiamente, se nombra *agnacion* (1).

La agnacion, vínculo puramente civil, no se referia en manera alguna, como se ha visto, al parentesco natural, sino sólo á la cualidad de individuo de la misma familia, que resultaba de un vínculo de poder. Á esta cualidad de agnado habia asociado el derecho civil de los romanos todos los derechos, tales como los de tutela y sucesion, que los demas pueblos dan á las relaciones de sangre. Si está en la misma familia, pues, es *agnado* y goza de todos los derechos que da esta cualidad; si está en familias diferentes, no es *agnado*, y no tiene derecho; que, por lo demas, sea pariente natural ó no, poco importa. El extranjero introducido en la familia por la adopcion, y la mujer por el poder marital, adquieren en ella todos los privilegios de la agnacion. Pero que un individuo de la familia sea expulsado de ella por el jefe, todos sus vínculos se rompen y de todas las ventajas se ve privado. De la misma manera ningun derecho se concede á los parientes por parte de las mujeres, porque no entran en la familia de su madre; ningun derecho, en fin, ni á la madre respecto de sus hijos, ni á los hijos respecto de su madre, cuando ésta no se halla ligada á la familia por el poder marital.

La cognacion propiamente dicha, es decir, el parentesco natural solo, no daba ningun derecho de familia, ni derecho de tutela, ni derecho de sucesion. Su principal efecto era, en ciertos casos, poner un obstáculo al matrimonio.

Tal era el derecho civil en toda su pureza, en cuanto á las ideas generales sobre la familia y parentela; pero ha tenido algunas

(1) D. 38. 10. 4. § 2. f. Modest.

modificaciones. Bajo el primer aspecto, veremos que el número de las personas *alieni juris* se ha disminuido; porque los hombres libres, desde el tiempo de los primeros emperadores, dejaron de darse en mancipacion, y las mujeres no fueron ya propiedad de sus maridos. Bajo el segundo aspecto, aunque se distinguian los agnados de los parientes que no lo son, sin embargo, se concedian ya muchos derechos civiles al parentesco natural. Los pretores empezaron, los emperadores aumentaron estos derechos, y Justiniano los consagró.

Despues de esta consideracion general, pasemos á los pormenores.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ *sui juris* sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum quæ alieno juri subjectæ sunt, *aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum*. Videamus itaque de his quæ alieno juri subjectæ sunt; nam, si cognoverimus quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus quæ *sui juris* sunt. Ac prius dispiciamus de his quæ in potestate dominorum sunt.

Se sigue otra division acerca del derecho de las personas: unas son dueñas de sí mismas; las otras se hallan sujetas al poder de otro. De estas últimas hay unas que se hallan bajo la potestad de sus padres, otras bajo la de sus señores. Veamos primero las que se hallan bajo el poder de otro; porque una vez conocidas estas personas, sabremos por lo mismo cuáles son dueñas de sí mismas. Y primeramente examinemos las que se hallan bajo el poder de los señores.

Sui juris. La palabra *jus*, derivada de *jussum*, significa, en su acepcion primitiva, *orden, mandato*, segun hemos ya dicho en otro lugar: en este sentido, es esta palabra, hasta cierto punto, sinónimo de potestad (1); y véase de dónde proceden las expresiones de *sui juris, alieni juris*, para decir dueño de sí mismo ó sometido al poder de otro. Los que no se hallan bajo la potestad de nadie (*sui juris*) toman el nombre de *pater familias*, si son hombres, y *mater familias*, si son mujeres, cualquiera que sea su edad, no designando estas palabras en manera alguna la cualidad de padre ó de madre, sino sólo la de jefe de casa: por manera que el hijo que nace independiente (*sui juris*), desde el instante de su nacimiento es *pater familias*: «*Patres familiarum sunt, qui sunt suæ potestatis, sive puberes, sive impuberes, simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quæ sunt in aliena potestate*» (2). Sin embargo, este epíteto de *mater familias* no se daba

(1) Teófilo, hic.

(2) D. 1. 6. 4. f. Ulp.

á las mujeres deshonradas por sus depravadas costumbres (1).

Aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Las Instituciones no indican más que dos clases sometidas al poder de otro, los esclavos y los hijos; y efectivamente no existía ninguna otra que lo fuese en tiempo de Justiniano; pero antiguamente era necesario añadir la mujer que se hallaba en poder de su marido, y el hombre libre abandonado en mancipación. Aun se habían designado por nombres estas diferentes especies de poderes. Se llamaba *potestas* el poder que tenía el jefe sobre sus esclavos y sobre sus hijos; *manus*, su poder sobre su mujer; *mancipium*, sobre el hombre entregado por mancipación: «*Earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt* (2).»

PODER DEL JEFE SOBRE SUS ESCLAVOS É HIJOS (*potestas*).

I. In potestate itaque dominorum sunt servi: quæ quidem potestas, juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.

1. Se hallan los esclavos bajo el poder de los señores, cuyo poder es de derecho de gentes; porque casi en todas las naciones podemos observar que los señores tienen sobre sus esclavos derecho de vida y muerte; y que todo lo que adquiere el esclavo, lo adquiere para su señor.

El poder del señor se aplica á dos cosas, á la persona y á los bienes; en cuanto á la persona, se concedía al señor derecho de vida y muerte; en cuanto á los bienes, todo lo que el esclavo tenía ó adquiría era de su señor. Éste era el derecho primitivo; examinaremos las modificaciones que ha experimentado (*Véase la historia del der.*, p. 34, 61, 165, 225). Acerca de la persona, el poder del señor permaneció intacto hasta el fin de la república; pero se templó mucho aún antes de la introducción del cristianismo, que vino posteriormente á ejercer en esta materia una influencia incontestable. Desde luégo, por la ley PETRONIA, que conocemos por un pasaje de las Pandectas, se privó á los señores del derecho de obligar á sus esclavos á luchar con las fieras: «*Post legem Petroniam et senatus-consulta ad eam legem pertinentia, dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere. Obla-*

(1) D. 50. 16. 46. f. ejusd.

(2) Gay. 1. 49.

to tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic pænæ tradetur (1).» Esta ley corresponde, según los señores Haubold y Hugo, á los últimos años del reinado de Augusto (764 de R.), aunque Otoman y otros autores la supongan del tiempo de Neron, año de 814, en cuya época ya no había leyes ni plebiscitos.—Adriano (870 de R.), según lo que nos dice Esparciano (2), prohibía que los esclavos fuesen muertos, á no ser en virtud de condenación del magistrado, y sabemos que este emperador desterró por cinco años á una mujer que había tratado cruelmente á sus esclavas: «*Divus etiam Hadrianus Umbriciam quamdam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset* (3).» En fin, Antonio Pío (914 de R.) castigó como homicida á todo señor que matase á su esclavo, y tomó disposiciones para que estos últimos no fuesen tratados con excesiva crueldad. Constantino confirmó estas disposiciones, permitiendo únicamente á los señores que azotasen con moderación á sus esclavos (4), y Justiniano conservó las constituciones de estos dos emperadores.

II. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet, *sine causa legibus cognita*, in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur, quam qui alienum occiderit. Sed et major asperitas dominorum, ejusdem principis constitutione, coercetur; nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de is servis, qui ad ædem sacram vel ad statuam principum confugiunt, præcepti ut, si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos *bonis conditionibus* vendere, ut pretium dominis darentur; et recte. Expedi enim Republicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martia-

2. Pero en el tiempo presente no es permitido á ninguno de nuestros súbditos tratar con crueldad y *sin causa conocida por las leyes*, á sus esclavos, porque, según una constitución del emperador Antonino, el que sin causa mata á su esclavo debe ser castigado como el que mata al esclavo ajeno; mas por esta constitución se reprime la excesiva asperidad de los señores; porque, consultado por algunos presidentes de las provincias acerca de los esclavos que se acogen á los edificios sagrados, ó á la estatua de los emperadores, dispuso Antonino que si el trato del señor se juzgase insoportable, fuese obligado á vender sus esclavos bajo buenas condiciones, y que se le entregase el precio; disposición muy justa, pues aún el Estado tiene interés en que ninguno use mal de sus cosas. Las palabras de este rescripto dirigido á Emilio Marciano

(1) D. 49. 8. 11. § 2. f. Modest.

(2) In Hadrianum C. 18.

(3) D. 1. 6. 2. in fin. f. Ulp.

(4) C. 9. 14.

num emissi verba sunt hæc : Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi; sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt; et, si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Qui si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum.

Sine causa legibus cognita. El señor tendría un motivo legítimo de matar á su esclavo, si lo sorprendiese en adulterio con su hija ó su mujer (1), ó si, acometido por él, se viese obligado á matarle en propia defensa (*Tedfilo, hic*).

Qui alienum occiderit. El matador del esclavo de otro podía ser perseguido, en virtud de la ley CORNELIA, como homicida, y como tal castigado con la muerte ó la deportacion: «*Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat* (2).» Así, el señor que sin motivo hubiese muerto á su esclavo sería castigado con la misma pena.

Ad statuam principum confugiunt. Los templos y las estatuas de los príncipes eran objetos sagrados, que ofrecían un asilo, que nadie podía violar sin hacerse culpable por un delito de lesa majestad (3) ó de sacrilegio. Así los esclavos que á ellas se acogían, escapaban por el momento de la crueldad de sus señores.

Bonis conditionibus. Se acostumbraba frecuentemente vender los esclavos, someter la venta á condiciones, comunmente favorables, y á veces contrarias al esclavo. Se encuentra en el Digesto un título dedicado al exámen de estas condiciones (4) casi como

(1) D. 48. 5. 1. 20. y 24.

(2) D. 9. 2. 23. § 9. f. Ulp.—D. 48. 8. 1. § 2. f. Marc.

(3) C. 1. 12.—Ib. 25.—Senec. 1. *De clem.* c. 18.

(4) D. 18. 7.

son las siguientes : Conviene conservar ileso el poder de los señores sobre sus esclavos, y no privar á nadie de sus derechos; pero *interesa á los señores* que no se niegue la proteccion contra la crueldad, la hambre ó un rigor intolerable, á los que justamente imploran socorro. Por lo tanto entiende en los agravios de aquellos de la familia de Junio Sabino que se han refugiado á la estatua, y si se han probado que han sido tratados con más dureza de lo que la equidad permite, ó con una injuria infame, mándalos vender, para que no vuelvan al poder del señor; y si éste trata por medio de subterfugios de *eludir mi constitucion*, que tenga entendido que la haré ejecutar con mayor severidad.

las siguientes : que el esclavo vendido haya de ser manumitido en tal tiempo; que la esclava no sea prostituida; que el esclavo no pueda permanecer en Roma; que sea trasportado á tal país distante; que se le ocupe en los trabajos más duros; que siempre haya de estar con cadenas, etc. Antonino prohibió que el señor pudiese, por condiciones semejantes á estas últimas, perseguir con su odio al esclavo hasta en manos del comprador (*Tedfilo hic*).

Cujus rescripti. Tenemos el ejemplo de un rescripto, no siendo difícil ver el hecho que lo motivó. Un ciudadano llamado Sabino abrumaba con malos tratamientos á muchos de sus esclavos, que, para evitarlos, buscaron éstos un asilo en la estatua del príncipe, implorando la proteccion de Elio Marciano, presidente de la provincia. No teniendo éste ninguna ley en que apoyarse para decidir en este caso, se dirigió al emperador, y le preguntó lo que debería hacer : tenemos la resolucion de Antonino (*Teof.*).

Dominorum interest. Es interes de los mismos señores, por temor de que los esclavos desesperados no se fuguen ó se quiten la vida (*Teof.*).

Fraudem fecerit. Por ejemplo, conviniendo tácitamente con el comprador que el esclavo le será devuelto, ó bien poniendo una condicion tácita contraria al esclavo (*Teof.*).

Acerca de los bienes. El antiguo derecho se ha conservado siempre en todo su rigor : hallándose el esclavo en el número de las cosas de su señor, nada tiene que no sea de este último. Si gana alguna cosa con su industria, si descubre un tesoro, si recibe una donacion, un legado, una herencia, todo es siempre para su señor. Sin embargo, los poetas, los historiadores y los juriconsultos han hablado muchas veces del peculio de los esclavos (*peculium*). Era éste una porcion de bienes que el señor separaba de sus otras propiedades, y de los que dejaba al esclavo el goce y la administracion. El esclavo con su trabajo trataba de aumentar su peculio; aunque, rigurosamente hablando, este peculio correspondiese á su señor, sin embargo, gozaba de él el esclavo, habiendo llegado las costumbres hasta impedir que el señor se lo quitase á su antojo. Muy comunmente compraba el esclavo la libertad al precio de este peculio (1).

(1) C. Th. 4. 8. const. 3.

TITULUS IX.

DE PATRIA POTESTATE.

El jefe de la familia, que era propietario de sus hijos lo mismo que de sus esclavos, tenía derechos sobre sus personas y bienes. Sobre sus personas, derecho de vida y muerte, derecho de venderlos y de exponerlos (1) (*Hist. del der.*, p. 34 y 61). La historia nos refiere el ejemplo de más de un padre juzgando á sus hijos en una asamblea de parientes y condenándolos á muerte (2). Sin embargo, el amor paternal, las costumbres, y por consiguiente las leyes, templaron este poder. Un fragmento del Digesto nos muestra que Trajano (año 867 de R.) obligó á un padre á librar á su hijo de su poder, porque lo habia tratado inhumanamente (3).—Del mismo modo Adriano (870 de R.) condenó á la deportacion á un padre que, yendo de cacería, habia muerto á su hijo, culpable de adulterio con su madrastra; porque, dice Marciano refiriendo este hecho, *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate, consistere* (4). Decia Ulpiano, en uno de sus escritos, que un padre no puede matar á su hijo sin forma de juicio, y que debe acusarle ante el prefecto ó ante el presidente (5). Alejandro Severo (981 de R.) escribía á un padre, en una constitucion inserta en el código: « Tu potestad paterna te da el derecho de castigar á tu hijo; y si persevera en su conducta, puedes, valiéndote de un medio más severo, presentarlo ante el presidente de la provincia, que le impondrá el castigo que pidas » (6).

En fin, hallamos tambien en el código una constitucion de Constantino (1065 de R.), que condena á la misma pena que al parricida al padre que hubiese muerto á su hijo (7). Así vemos que, cuando desapareció la república, y el derecho natural y el de gentes se introdujeron en la legislacion, el poder correccional de los padres sobre la persona de los hijos fué contenido dentro de justos límites.—El poder de disponer de ellos tuvo tambien lími-

- (1) D. 28. 2. 11.—Gay. 1. § 117.—C. 8. 52. 2.
 (2) D. n. d'Hal. 2. 4.—Valer. Max.—5. c. 8.—Quintil. decl. 3.
 (3) D. 37. 12. 5. f. Papin.
 (4) D. 48. 9. 5. f. Marc.
 (5) D. 48. 8. 2.
 (6) C. 8. 47. 3.
 (7) C. 9. 17.

tes. En el principio podia el padre vender á los hijos que tenía bajo su poder (*mancipare*); cuando habian causado algun daño, podia entregarlos para que lo reparasen (*noxali causa mancipare*); de esta manera no los hacía esclavos (1), sino que los ponía bajo una especie de poder particular, que examinaremos en breve (*in mancipio*). En tiempo de Gayo (925 de R.) la venta solemne de los hijos (*mancipatio*) existía todavía: es verdad que comunmente era ficticia, y tenía por objeto, como veremos, librarlos de la potestad paterna (2): en cuanto á la entrega en reparacion de un daño, se hacía todavía formalmente; pero sólo tenía lugar respecto de los hijos, y no respecto de las hijas (3). Los escritos de Paulo (965 de R.) nos indican que en su tiempo las ventas reales de los hijos no se verificaban sino en un caso de extremada miseria (*contemplatione extremae necessitatis, aut alimentorum gratia*) (4); pero la entrega del hijo en reparacion del perjuicio que hubiese causado, se hacía siempre (5). En fin, en un rescripto de Diocleciano y Maximiano (1039 de R.), inserto en el código, se dice que no tiene duda (*manifestissimi juris*) que los padres no pueden dar á sus hijos ni por venta, ni por donacion, ni en prenda. Constantino (1059 de R.) permite en verdad venderlos, pero es al salir del seno materno (*sanguinolentes*), y cuando á ello obliga una extremada miseria (*propter nimiam paupertatem egestatemque victus*); este último derecho se ha conservado en la legislacion de Justiniano inserto en el código (6). En cuanto á la entrega en reparacion, dicen las mismas Instituciones que ha caido en desuso, y que ya no tendrá lugar (7); y en cuanto á la exposicion, hacía mucho tiempo que se hallaba condenada por las leyes (8).

Relativamente á los bienes, los derechos del padre sobre el hijo eran tan extensos como los que tenía sobre el esclavo. Como este último, el hijo no podia tener nada que no fuese de su padre, ni adquirir nada que tambien no fuese para su padre. Podía poseer un peculio, pero lo mismo que el esclavo, sólo lo disfrutaba preca-

- (1) C. 8. 47. 10.—Gay. 1. § 117.
 (2) Gay. 1. §§ 117 y 118.
 (3) Gay. 4. §§ 75 y sig.
 (4) Paul. Sent. 5. 1. § 1.
 (5) Id. 2. 31. § 9.—D. 43. 28. 3. § 4. f. Ulp.
 (6) C. 4. 43. 1 y 2.
 (7) Inst. 4. 8. 7.
 (8) C. 8. 52.

riamente. Sin embargo, el derecho primitivo se modificó todavía sobre este punto con relacion al hijo, miéntras que no lo fué nunca con relacion al esclavo. En tiempo de los primeros emperadores se separaron de los demas bienes los que el hijo habia adquirido en el ejército (*castrense peculium*); Constantino distinguió del mismo modo los que hubiese adquirido en los empleos de la córte (*quasi castrense peculium*); despues los que le viniesen de su madre, y de esta manera se formaron peculios sobre los cuales tuvieron los hijos de familia derechos más ó ménos amplios. Esta materia la trataremos en su lugar correspondiente (1).

Ahora que conocemos ya los principales efectos de la patria potestad, veamos á quiénes ésta se extiende.

Se adquiria de tres maneras: 1.º, por justas nupcias; 2.º, por legitimacion, y 3.º, por adopcion. Vamos á recorrerlas sucesivamente.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptis procreavimus.

Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, á quienes procreamos en justas nupcias.

Conviene notar bien las palabras *ex justis nuptiis*; porque no daba todo matrimonio la potestad paterna, sino sólo el que los romanos llamaban «justas nupcias; matrimonio legítimo» (*justa nuptiæ, justum matrimonium*).

I. Nuptiæ autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens.

1. Las nupcias ó matrimonio consisten en la union del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligacion de vivir en una sociedad indivisible.

Esta es una definicion general de las nupcias ó matrimonio: veamos las circunstancias que deben reunirse para que haya *justas nupcias*.

II. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.

2. El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos.

La patria potestad era de derecho civil, y era preciso ser ciudadano para poder adquirirla. Se diferenciaba del poder sobre los es-

(1) Inst. 2. 9.

clavos en que, siendo éste de derecho de gentes, pertenecia á todo propietario. Además habia recibido de la constitucion y de la legislacion del pueblo romano un carácter singular, que no se hallaba en ningun otro pueblo; sin embargo, segun Gayo, los galatas tenian un poder semejante al de los romanos (1). Y de hecho la propiedad absoluta del poder sobre sus hijos se descubre en tiempos de barbarie, en la infancia de muchas civilizaciones.

III. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate; et pronepos, et proneptis, et deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascitur, in potestate tua non est, sed in patris ejus.

3. Así, pues, el que nace de tí y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto ó tu nieta, y de la misma manera tu biznieto ó biznieta, y así los demas. Mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.

El jefe de familia tenía bajo su patria potestad á todos sus hijos del primer grado; se casaban sus hijos, y el matrimonio no los libraba de este poder; tenían hijos, y no tomaban sobre ellos la patria potestad; pero todos los hijos, y los hijos de éstos, se encontraban sometidos al mismo jefe, al padre de familia, y se criaban bajo su autoridad hasta la muerte, si alguna circunstancia no los hacía salir ántes de ella. Así se aumentaba la familia con todos los nacimientos que acontecian de varon á varon. Con respecto á las hijas, en casándose, no salian siempre de su familia paterna, sino que sus hijos no entraban nunca en esta familia: estaban bajo el poder de su padre ó del jefe de familia á quien éste se hallaba sometido, y no bajo el poder de su abuelo materno. Por eso hemos repetido muchas veces que los descendientes por hembras no son agnados, sino simplemente cognados. Y cuando una mujer era dueña de sí misma (*sui juris*), y tenía hijos de justas nupcias, ó de cualquiera otro ayuntamiento, nunca tomaba sobre ellos la patria potestad, que sólo á los hombres se hallaba reservada. Así, dice Ulpiano que la familia de que era jefe (*mater familias*) la mujer, *sui juris*, principiaba y acababa en ella: «*Mulier autem familie sue et caput et finis est*» (2).

(1) Gay. 1. § 55.

(2) D. 50. 16. 195. § 5.

TITULUS X.

DE NUPTIIS.

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

En esta materia es preciso renunciar á las ideas de nuestra legislación, y hasta los términos de nuestra lengua.

«*Nuptiæ, matrimonium*, son comunmente palabras genéricas, que indican la union del hombre y de la mujer en una sociedad indisoluble, y que pueden aplicarse á todos los matrimonios, y aún á los de los extranjeros. Pero los jurisconsultos, cuando quieren especialmente designar el matrimonio segun el derecho de los romanos, tienen mucho cuidado de decir *justæ nuptiæ, justum matrimonium* (1). Sólo de las justas nupcias procedian la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*), y los derechos de familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil; la mujer tomaba el nombre de *uxor*, y el marido el de *vir* (2).»

El comercio del hombre con una concubina (*concubinatus*) no era un delito; las leyes lo permitian y aún lo reglamentaban; era bastante frecuente, pero no era honroso, sobre todo para la mujer. —En cuanto á la union de los esclavos (*contubernium*), quedaba abandonada á la naturaleza, y sólo producía vínculos naturales.

Tratemos primero de las justas nupcias.

El matrimonio, como uno de los actos más importantes de la vida humana, ha sido naturalmente en todas las naciones colocado bajo una proteccion superior, y acompañado de invocacion á la Divinidad. Así entre los romanos intervenian los dioses del paganismo en su celebracion; y cuando la religion cristiana llegó á ser la religion del Estado, no pudo dejar de santificarlo con sus ceremonias; pero en todos tiempos, y aún en el de Justiniano, fué esta intervencion puramente religiosa y sin ningun carácter legal: el matrimonio no fué considerado sino como un contrato civil, y pasó mucho tiempo ántes que la Iglesia creyese, á título de sacramento, deber apoderarse de él exclusivamente. El matrimonio no se hallaba sujeto á ninguna solemnidad. Los romanos no habian constituido su celebracion en un acto público con intervencion de

(1) Ulp. Reg. T. 5. §§ 1 y 2.

(2) V. General del der. rom., p. 38.

la sociedad: habian dejado completamente este contrato en la clase de los actos privados. La opinion generalmente recibida es que el matrimonio entre ellos se hacía por el solo consentimiento. Yo creo, por el contrario, que era del número de los contratos reales, y que semejante á todos estos contratos, sólo existia por la tradicion (*re contrahebatur*) (1). Era necesariamente preciso que hubiese tradicion de la mujer al marido; que la mujer hubiese sido puesta á disposicion del marido: hasta entónces sólo habia matrimonio proyectado (2).»

Los contratos puramente consensuales pueden hacerse entre ausentes, por carta ó por mensajero, lo mismo que entre presentes (3). Por el contrario, se halla formalmente declarado en el derecho romano que la mujer ausente no puede casarse ni por carta ni por mensajero (4). Luego se exigia otra cosa más que el solo consentimiento.

Cuando el matrimonio se halla decidido, y han llegado el dia y hora prefijados, todos consienten en que se verifique, y sin embargo, falta en él todavía alguna cosa (5). No basta el consentimiento para completar esta cosa: ¿cuál es, pues, el acto que va á darle existencia? ¿Es alguna solemnidad, algun escrito, ó testigos especialmente llamados? De ningun modo: no existe en el derecho

«(1) Véase una disertacion en que he establecido esta opinion (*Thémis*, año 1830, t. 10, p. 496).—Mi sabio compañero, el señor DUCAURROY, profesa otro sistema. Hace una distincion ingeniosa entre *nuptiæ* y *matrimonium*; *nuptiæ* son las ceremonias, *matrimonium* el contrato; para las ceremonias es absolutamente precisa la presencia de la mujer; para el contrato basta el consentimiento. Así todos los textos que hablan de la presencia se deben aplicar á las ceremonias, y todos los que hablan de solo el consentimiento, al contrato.—Seguramente este origen de la palabra *nuptiæ* (de *nubere*, velarse) es muy exacto; pero la palabra ha sido en seguida tomada en todas partes como enteramente sinónima de contrato. Así es que positivamente se define «*nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae*, etc.» (Dig. 23. 2. 1. f. Modest.); así es que se lee en todas partes *nuptias contrahere* (Ib. fr. 3. 10. 11. 12. § 1.); y fr. 16. *anec nuptiæ essent*; aunque ciertamente las ceremonias se hubiesen verificado. En fin, hablando de las nupcias, dicen expresamente los jurisconsultos. «*Sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt*» (Dig. 23. 1. 11. f. Julian); —«*Nuptias non concubitus sed consensus facit*» (Dig. 35. 1. 15 y 50. 17. 30. f. Ulp.). No es ya, pues, permitido tomar á su antojo y por conveniencia de su opinion, *nuptiæ*, ya por ceremonias, ya por contrato.—Nótese que en los textos la palabra *consensus* se encuentra siempre en oposicion, ya á todo escrito, ya á las ceremonias de simple uso, ya á la cohabitacion.

(2) Cuando la tradicion se habia hecho por la mancipacion con la barra de cobre y el peso, ó por medio de las formalidades religiosas y patricias de la confarreacion, la mujer se hacía propiedad del marido; si no, era preciso que fuese adquirida, como cualquier otra cosa mueble, por la posesion de un año no interrumpido (*usucapio*) (Gay. § 109 y sig.). Todo esto se halla perfectamente en armonia.

(3) Inst. 3. 22. § 2.—Dig. 18. 1. § 2. fr. Paul.—17. 1. 1. § 1 fr. Paul.

(4) Paul Sent. 9. 19. § 8.—Dig. 23. 2. 5. fr. Pomp.; y tambien 6. fr. Ulp. La mujer está ausente relativamente al marido; pero no relativamente á su domicilio; y la prueba es que vuelve atravesando el Tiber.

(5) Dig. 24. 1. 27.—Modest. Vat. J. R. Frag. § 96.