La prohibición del matrimonio del funcionario con mujer de la provincia en la que sirve. Derecho romano y derecho castellano

Francisco Cuena Boy
Universidad de Santander

I. A) La prohibición de contraer matrimonio el magistrado o el fun cionario provincial con mujer nacida o domiciliada en la provincia en la que ejerce su cargo fue introducida por diversos *mandata* imperiales cuyo momento de aparición inicial es difícil de precisar, aunque no debieron ser muy tempranos a juzgar por los juristas que se refieren a ellos: Papiniano, Paulo, Ulpiano y Marciano[1]. Los pasajes que tratan de estas uniones las presentan asiduamente bajo el aspecto de uniones *contra mandata*[2] y permiten reconstruir las líneas esenciales del funcionamiento de la prohibición.

1. En primer lugar, su finalidad manifiesta en los textos no es otra que la defensa de la libertad matrimonial de la mujer provincial[3] ante la eventualidad

[1] Fuentes: D. 23.2.38 (Paul. 2 *sent.*), D. 23.2.57 (Marci. 2 *inst.*), D. 23.2.63 (Pap. 1 *def.*), D. 23.2.65 (Paul. 7 *resp.*), D. 24.1.3.1 (Ulp. 23 *ad Sab.*), D. 25.2.17 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*), D. 34.9.2.1 y 2 (Marci. 11 *instit.*), C. 5.4.6 (a. 239). Sobre la época de aparición de este impedimento, vid. principalmente R. Orestano, «La dote nei matrimoni *contra mandata*», en *Studi di storia e diritto in memoria di Guido Bonolis* I, Milano, 1942 = Id., *Scritti* II, Napoli, 1998, pp. 750 ss., que con argumentación convincente concluye que la prohibición fue establecida por Marco Aurelio y Cómodo después del senadoconsulto (emanado entre los años 177 y 180) que prohibió el matrimonio del tutor con la pupila, y reintroducida por Septimio Severo primero sólo para los altos cargos militares (según D. 23.2.63) y luego para todos los que desempeñaban *aliquid officium* en las provincias; cfr. también A. dell'Oro, «Il divieto di matrimonio fra funzionario romano e donna della provincia», en *Studi in onore di B. Biondi* II, Milano, 1965, pp. 530 ss.; O. Robleda, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 202 s., que se inclina por el tiempo posterior a Marco Aurelio.

[2] D. 23.2.65.1, D. 24.1.3.1, D. 25.2.17 pr., D. 34.9.2.1; *contra interdictum*, dice Papiniano en D. 23.2.63.

[3] Esto es, de las mujeres domiciliadas en la provincia u oriundas de ella, no obstante un fragmento de Ulpiano conforme al cual *'provinciales' eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt* (D. 50.16.190, Ulp. 34 *ad ed.*); en otro texto que interesa directamente a nuestro tema (D. 24.1.3.1), el mismo Ulpiano habla de *provincialis mulier*, pero en Paulo (D. 23.2.38 pr.) la prohibición se refiere expresamente al hecho de tomar mujer oriunda de la provincia en la que el funcionario desempeña algún cargo o que tiene en ella su domicilio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

de que algún funcionario, prevaliéndose de su posición y poder, intente imponerle un matrimonio no deseado por ella. Papiniano señala expresamente que la prohibición de estas nupcias se debe a una «razón de poderío»[4]; Paulo advierte que la prohibición no afecta a la unión del funcionario con la *vetus sponsa*, esto es, con mujer de la provincia que administra con la que hubiera celebrado esponsales antes de entrar en el cargo[5], probablemente porque en tal caso la «razón de poderío» no existe y la libertad de la mujer no se considera amenazada; Marciano, en fin, abunda en la misma idea de Papiniano al indicar que al funcionario se le prohibe también prestar su consentimiento al matrimonio de su hijo con una mujer de la provincia que administra[6].

Aunque la que acaba de verse es la finalidad que los textos hacen expresa no debe excluirse, en la línea de lo sostenido por Orestano y Volterra[7], que la prohibición que estamos examinando pudiera relacionarse también con la preocupación, más general y de más antiguas raíces, de impedir que los gobernadores de las provincias y todos los que en ellas desempeñaban cualquier oficio civil o militar pudieran enriquecerse a costa de sus administrados y mantener con ellos relaciones de negocios o de familiaridad susceptibles de perjudicar su libertad de juicio y acción y su independencia de los intereses locales[8].

2. En cuanto a los supuestos concretos enfocados por los *mandata* imperiales ya hemos apuntado los dos que caen directamente bajo el ámbito de la prohibición: el hecho de *uxorem ducere* y el de *consentire filio suo uxorem ducenti*[9]. Y cuatro más son los que quedan excluidos o exceptuados de ella: los esponsales con mujer de la provincia en la que se ejerce el cargo, el matrimonio con la *vetus sponsa*, el casar y dotar a las hijas en la misma provincia que se administra y -por expresa disposición de algunos *mandata*- el matrimonio de aquellos que sirven en su propia patria con mujer de la misma provincia[10]. Refiriéndose la prohibición imperial al matrimonio propiamente dicho, al

[4] D. 23.2.63: *cum ratio potentatus nuptias prohibuerit*.

[5] D. 23.2.38.1.

[6] D. 23.2.57; en cambio, la prohibición no impide casar y dotar a las propias hijas en la provincia: D. 23.2.38.2.

[7] Orestano, *o.c.*, pp. 746 s.; E. Volterra, «Sull'unione coniugale del funzionario della provincia», en *Festschrift E. Seidl*, Köln, 1975 = Id., *Scritti giuridici* III. *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, pp. 345 ss., esp. 350 ss.; cfr. N. Duyvendak, «Restraining regulations for roman officials in the roman provinces», en *Symbolae Van Oven*, Leiden, 1946, p. 335; dell'Oro, *o.c.*, pp. 536 ss.; Robleda, *o.c.*, pp. 203 s.

[8] Cfr. entre otros textos D. 1.16.6.3, D. 1.18.18 y 19 pr., D. 18.1.46, D. 49.14.46.2, D. 48.11.8 pr. R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*[2], Milano, 1992, p. 74 nt. 63, niega la validez de esta "razón política", dado que, en otro caso, también se debería haber prohibido el matrimonio de las hijas en la provincia, lo que de hecho no sucedió: vid. a continuación en el texto.

[9] D. 23.2.38 y D. 23.2.57.

[10] D. 23.2.38 y D. 23.2.65 pr. Respecto de los esponsales, D. 23.2.38 pr. añade, en lo que tiene todo el aspecto de ser una interpolación (vid. Orestano, *o.c.*, p. 735 nt. 16, que por lo demás es propenso a admitir el carácter genuino de las palabras *quamvis sponsare non prohibeatur* de este mismo fragmento; Astolfi, *o.c.*, pp. 71 s., piensa más bien en un origen postclásico, dada la procedencia del fragmento de las *Pauli Sententiae*), que *si post depositum officium* la mujer no

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

funcionario no se le impide tomar concubina de la provincia en la que ejerce su cargo[11].

3. Como consecuencia de la prohibición, el matrimonio *contra mandata* es nulo o por mejor decir jurídicamente inexistente: *matrimonium non erit* (D. 23.2.63), *nuptiae non sunt* (D. 24.1.3.1) o *cessat matrimonium* (D. 25.2.17 pr.) son expresiones inequívocas que no dejan lugar a dudas sobre este punto. Ello no obstante, la posibilidad de que la sanción conminada por los *mandata* no fuera esta tan radical de la nulidad o la inexistencia, sino otra menos rigurosa consistente en la consideración como *matrimonium iniustum* de la unión del funcionario con mujer de su provincia, ha sido entrevista por Gaudemet en al menos un pasaje de las fuentes[12]. Se trata de un *responsum* de Paulo[13] en el que este jurista manifiesta su opinión favorable a la transformación del *matrimonium contra mandata contractum* en *iustae nuptiae*, indicando los dos requisitos necesarios para que ello pueda suceder: que el funcionario haya cesado en el cargo (*post depositum officium*) y la persistencia de la voluntad matrimonial (se entiende que la de la mujer). Gaudemet considera que, cumpliéndose estos requisitos, el *matrimonium contractum* pero *iniustum* que de antemano existía se convierte automáticamente en *iustae nuptiae*[14].

En realidad, aparte de los reparos que pone Volterra a la configuración de una unión de esta especie por los juristas romanos como matrimonio inválido o viciado[15], el mismo Gaudemet reconoce que Paulo no hace más que recordar los principios comunes del derecho por lo que respecta a la existencia de *iustae nuptiae*; esto es, en particular, la voluntad de los contrayentes y la existencia de *connubium* entre ellos. Precisamente es el *connubium* lo que falta entre el funcionario y la mujer como consecuencia de la prohibición impe-

---

quisiera contraer las nupcias pueda negarse a ello simplemente devolviendo las arras que hubiese recibido. En cuanto a la licitud del matrimonio del magistrado con la *vetus sponsa* (D. 23.2.38.1), E. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, en *BIDR* 40 (1932) = Id., *Scritti giuridici* I. *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, pp. 394 ss., considera que la decisión pertenece a los compiladores (vid. sin embargo la extensa argumentación de Orestano, *o.c.*, pp. 736 ss., en contra de esta sospecha; también Astolfi, *o.c.*, p. 75 nt. 66). Según dell'Oro, *o.c.*, pp. 532 s., la expresión *militant* de D. 23.2.65 pr. le cuadra mucho mejor a la actividad de los soldados que a la de los funcionarios; en el mismo sentido, Orestano, *o.c.*, p. 730 nt. 2.

[11] D. 25.7.5.

[12] J. Gaudemet, *Iustum matrimonium*, en *RIDA* 2 (1949) pp. 342 s.; cfr. dell'Oro, *o.c.*, pp. 535 s.; S. Treggiari, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1993, p. 51.

[13] D. 23.2.65.1; cfr. C. 5.4.6 (a. 239).

[14] Tienen una concepción similar O. Robleda, *Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano*, en *Studi in memoria di Guido Donatuti* III, Milano, 1973, pp. 1146 ss.; Id., "Il consenso matrimoniale presso i Romani. Il mio ponto di vista alla luce delle fonti", en *Conferenze storico-giuridiche*, Perugia, 1980, pp. 123 ss.; J. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsgehalt in der Klassik und zur Frage seines Wandels in der Nachklassik*, Roma, 1977, esp. pp. 119 s.; en contra, vid. G. Longo, «Ancora sul matrimonio romano (A proposito del volume di Josef Huber)», en *SDHI* 43 (1977) pp. 476 y 479.

[15] Volterra, *Sull'unione* cit., pp. 345, 350; cfr. Id., «*Iniustum matrimonium*», en *Studi G. Scherillo* II, Milano, 1972 = Id., *Scritti giuridici* III cit., pp. 192 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

rial; y de ahí que, una vez subsanada esta falta por la salida del funcionario del cargo, la convivencia que venía dándose entre ellos pueda convertirse en matrimonio legítimo sólo con comprobar que subsiste efectivamente la voluntad matrimonial. Ahora bien, para el caso esto equivale a decir que tal voluntad se ha iniciado en el mismo momento en que el funcionario abandona su cargo, puesto que antes de este momento el consentimiento no ha podido siquiera ser considerado como *affectio maritalis*[16].

Todo esto, pero nada más, es lo que dice Paulo en su *responsum*. La doctrina que sienta en él es perfectamente compatible con la idea de la nulidad o la inexistencia que expresan otros juristas, y puesto que las afirmaciones de éstos en tal dirección son coincidentes y categóricas, así parece que deben ser entendidas también las expresiones de Paulo.

4. Dada la inexistencia jurídica de matrimonio, de las uniones *contra mandata* no puede derivarse filiación legítima[17]; lógicamente, la prohibición de donaciones entre cónyuges tampoco es de aplicación en estos supuestos[18], y asimismo, llegado el caso, la mujer que hubiere sustraido cosas pertenecientes al funcionario no podría ser demandada con la *actio rerum amotarum* sino con la *actio furti*[19].

Con todo, las consecuencias puramente lógicas y racionales de la nulidad radical del matrimonio *contra mandata* (de su inexistencia en realidad) experimentan alguna atenuación en aspectos concretos. Esto sucede, en primer término, con las donaciones que pudieran haberse producido entre el funcionario y la mujer, que aunque eran válidas, como hemos dicho, probablemente podían ser revocadas por el donante[20]. En segundo lugar, mientras que al funcionario que infringe la prohibición se le considera indigno y no puede retener lo adquirido del testamento de la *uxor ducta contra mandata*, que va a parar al fisco, ésta, en cambio, sí puede *capere ex testamento* del funcionario y se sustrae a la sanción de la indignidad[21]. Finalmente, aunque en rigor no puede hablarse

[16] En contra de lo que piensa Robleda, "*Il consenso*" cit., pp. 132 ss., 149.

[17] D. 23.2.65.1: *et ideo postea liberos natos* (*susceptos natosque*: C. 5.4.6) *ex iusto matrimonio legitimos esse*; el *postea* se refiere a las *iustae nuptiae* que, como hemos dicho, pueden iniciarse entre la mujer provincial y el funcionario cuando éste abandona el cargo; evidentemente, los hijos concebidos o nacidos con anterioridad a esta situación son ilegítimos.

[18] D. 24.1.3.1: *valebit donatio, quia nuptiae non sunt*.

[19] D. 25.2.17 pr.

[20] Dice Ulpiano (D. 24.1.3.1): *sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt*; vid. -no obstante la sospecha de itp. de Volterra, «Sull'unione» cit., p. 353, entre otros- Orestano, *o.c.*, pp. 756 ss.; Gaudemet, *o.c.*, p. 336; dell'Oro, *o.c.*, p. 527 nt. 14. Señala R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*[3], Padova, 1995, p. 142, que en el texto de Ulpiano *qui delinquit* es presumiblemente el magistrado provincial y que él es asimismo el beneficiario de la donación.

[21] D. 23.2.63; D. 34.9.2.1-2, que recuerda un rescripto de Severo y Antonino Caracalla sobre esta materia; advierte Orestano, *o.c.*, pp. 748 s., que originalmente no se trataba en estos supuestos de indignidad sino de *incapacitas* del funcionario frente al testamento de la mujer. Sobre el tema, desde su particular perspectiva (el matrimonio *contra mandata* no es nulo o inexistente, sino ineficaz), vid también Robleda, "Il consenso" cit., pp. 130 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

de dote en estas uniones[22], un texto menciona la necesidad de restituir al heredero de la mujer lo que ésta había aportado al funcionario por dicho concepto[23]; según la convincente argumentación de Orestano[24], esta que pudo ser la situación original fue muy pronto modificada por una constitución de Septimio Severo que ordenó la confiscación de la *dos data* con la sola excepción, que se infiere del testimonio de Paulo[25], de la dote entregada a la la *vetus sponsa*[26].

B) El panorama que venimos considerando experimenta ciertas modificaciones de importancia en el derecho postclásico y justinianeo, como se puede apreciar por dos leyes de Teodosio I conservadas tanto en el Código Teodosiano como en el Justinianeo[27].

1. No cambian los motivos de la prohibición, que siguen concretándose en el abuso de autoridad del funcionario o el magistrado *circa nuptias contrahendas*[28], pero el alcance de aquélla parecería no limitarse ahora al ámbito de las provincias sino extenderse a la administración en general[29].

2. Por otro lado, y esto sería lo de mayor trascendencia, las nupcias contraidas en contra de la prohibición legal ya no son contempladas bajo el aspecto de la nulidad o la inexistencia jurídica, al menos no de forma explícita[30], sino de

[22] Cfr. entre otros testimonios D. 23.3.3, D. 41.9.1.3-4, C. 5.3.20.2 (a. 531-533).

[23] D. 23.2.63; según Astolfi, *La lex Iulia*[3] cit., p. 145, el fragmento se refiere a la dote constituida por la mujer y al caso de que ésta no la hubiera repetido en vida.

[24] Orestano, *o.c.*, pp. 741 ss., 761, 766 ss. y *passim*.

[25] D. 23.2.38.1; cfr. Astolfi, *Il fidanzamento*[2] cit., pp. 75 s.

[26] La constitución de Septimio Severo es recordada en una ley de Gordiano no incluida en la Compilación (vid. Orestano, *o.c.*, p. 741 nt. 31): Imp. Gord(ianus) A. rationalibus. *Manifestum est nuptiis contra mandata contractis dotem, quae data illo tempore, cum traducta est, fuerat, iuxta sententiam divi Severi fieri caducam, nec, si consensu postea coepisse videatur matrimonium, in praeteritum commisso vitio potuit mederi.* D.k. April. Antiochiae Gordiano A. et Aviola conss. (a. 239); como muy bien explica el propio Orestano, *o.c.*, pp. 766 ss., la pena de confiscación sólo era aplicable, por razones jurídicas y materiales, a la *dos data* y no a la *dos dicta* ni a la *dos promissa*, de hecho todos los textos se refieren a aquélla: D. 23.2.63, la constitución de Gordiano a los *rationales*, D. 23.2.38.1 e incluso C. 5.5.4; cfr. no obstante Astolfi, *La lex Iulia*[3] cit., pp. 145 s.; Id., *Il fidanzamento*[2] cit., p. 76.

[27] CTh. 3.11.1 = C. 5.7.1 (a. 380) y CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 (a. 380); ambas leyes fueron promulgadas el mismo día y tratan de muy similar materia, por lo que es razonable pensar que responden a un mismo diseño legislativo -o incluso que formaban una unidad- aunque se dirijan a destinatarios diferentes: el Prefecto del Pretorio del Ilírico Neoterio y el Prefecto del Pretorio de Oriente Eutropio respectivamente; cfr. S. Giglio, «Patrocinio e matrimonio nel Codice Teodosiano», en *Atti. Acc. Rom. Cost.* VII, Napoli, 1988, p. 274; Astolfi, *Il fidanzamento*[2] cit., p. 72 nt. 60.

[28] Cfr. CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 sobre los esponsales del gobernador de una provincia, sus hijos, nietos y parientes o sus subordinados: el funcionario *potest esse terribilis* para los padres, tutores, curadores y para las mismas personas que hayan de contraer matrimonio; en CTh. 3.11.1 = C. 5.7.1 pr. y 1 se habla respectivamente de *occasione potestatis uti et minacem favorem exhibere* y de *vim in contrahendo matrimonio moliri.*

[29] Vid. no obstante, en sentido contrario, la *Interpretatio* a CTh. 3.11.1: *Si aliquis de his iudicibus, qui provincias administrant, vel etiam his, quibus civitates vel loca comissa sunt*, etc.; las prescripciones de CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 se refieren igualmente a los funcionarios de las provincias.

[30] Según Giglio, *o.c.*, pp. 281 s., en teoría estos matrimonios podían ser declarados nulos sin más, pero de hecho, una vez celebrados su anulación debía ser muy difícil: se oponía a ello la nueva mentalidad cristiana.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

modo semejante a como, en época republicana, eran considerados los negocios que infringían la prohibición de una *lex minus quam perfecta*. Con esto se quiere decir que el matrimonio *contra mandata*, prohibido como está por la ley teodosiana, no es sin embargo nulo de llegar a realizarse y por efecto de aquella prohibición, si bien al infractor se le sanciona con una multa de diez libras de oro y con la privación de su dignidad[31]. Resumiendo, prohibición y nulidad matrimonial ya no van necesariamente emparejadas, no es la segunda consecuencia directa de la primera ni la primera causa exclusiva de la segunda; si en algún caso el matrimonio del funcionario es nulo, ello se deberá no tanto a la prohibición sancionada por la ley cuanto a la falta de libre consentimiento por parte de la mujer[32]. Esta lectura me parece preferible con mucho a la interpretación un tanto oscura que ofrece Gaudemet, autor que considera que las nupcias contraidas en contra de la prohibición legal ya no son nulas bajo la ley de Teodosio sino más bien ineficaces[33].

3. Por lo que respecta a la promesa de futuro matrimonio, la legislación teodosiana apenas se aparta de lo establecido en el derecho clásico, pues no prohibe al funcionario, sus parientes y subordinados celebrar esponsales con mujer de la provincia que administra, limitándose a subrayar simplemente que la mujer, si su *paterfamilias* o ella misma hubiera cambiado de voluntad, se puede desvincular sin pena alguna del lazo contraido[34]; igualmente, después de que el funcionario haya abandonado el cargo se permite verificar el matrimonio prometido siempre con el requisito de que el consentimiento de la esposa se siga manteniendo[35].

4. Otra ley algo posterior abraza en un mismo régimen de carácter penal las nupcias contraidas *contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque*

[31] Esta última pena se ve agravada para el que no se hubiere plegado a la disposición imperial con el extrañamiento durante dos años continuos de la provincia en la que hubiera usurpado; cfr. Giglio, *o.c.*, p. 280.

[32] Es muy significativa la insistencia de CTh. 3.11.1 = C. 5.7.1 precisamente en este punto: *Si quis ordinaria vel quaelibet praeditus potestate circa nuptias invitis ipsis vel parentibus contrahendas, sive pupillae sive apud patres virgines sive viduae erunt, sive et iuris sui viduae, denique ciuscumque sortis, occasione potestatis utatur et minacem favorem suum invitis his, quorum utilitas agitur, exhibere aut exhibuisse detegitur*, etc.

[33] Así es como interpreta Gaudemet, *o.c.*, pp. 348 s., la frase *licet prohibitas nuptias non peregerit* de la versión de la ley contenida en C. 5.7.1 pr., que sin embargo podría referirse con mayor propiedad al intento fallido de forzar a la mujer a contraer matrimonio: *licet prohibitas nuptias non peregerit, attamen pro tali conamine...*; cfr. en este sentido Azo, *Lectura super Codicem*, en *Corpus Glossatorum Juris Civilis* III, Augustae Taurinorum, 1966, p. 379, *a.h.l.*: "*Non peregit* (sic). Et ita punitur affectus, licet non sequatur effectus". Según Orestano, *o.c.*, p. 735 nt. 15, el significado de esta frase es que si no hubo constricción sobre la mujer o sobre su familia, aunque las nupcias son igualmente inválidas, no ha lugar a la aplicación de las penas.

[34] Vid. sin embargo Astolfi, *Il fidanzamento*[2] cit., pp. 72 s., que advierte que ahora la prometida puede rehusar no sólo el matrimonio sino también la restitución de las arras; también destaca la contradicción, en el seno de la Compilación, entre D. 23.2.38.1 (vid. *supra* nt. 10) y C. 5.2.1.

[35] Todo ello según CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1; cfr. Giglio, *o.c.*, pp. 275 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

principum[36]. Consiste ese régimen en la confiscación de todas las adquisiciones, incluida la dote[37], que ambos cónyuges hubieran recibido con ocasión del matrimonio, que serán reivindicadas para el fisco *ut indigno indignaeve sublatum*. Tampoco esta vez se hace mención alguna de la nulidad del matrimonio; la sanción es exclusivamente penal y por ello se exime de ella a quienes -hombre o mujer- incurrieron en error insuperable o fueron víctimas de su joven edad siempre que, descubierto el error o alcanzada la edad legítima, pongan fin a su unión sin retraso alguno[38].

II. A) Una ley de Partidas y otra de la Nueva Recopilación reflejan también la prohibición de la que nos venimos ocupando[39].

1. La ley alfonsina tiene una relación indudable con la regulación romana del Digesto, lo que se hace patente del todo ya desde la identificación explícita de los adelantados a quienes se prohibe tomar mujer legítima en toda la tierra de su distrito con los *praesides provinciarum*. Más allá de esto, la consonancia con la regulación romana se extiende también a la limitación del impedimento al tiempo de duración del cargo (*en quanto durasse el tiempo del adelantamiento*) y a la justificación de la prohibición en lo que hemos llamado más arriba una razón de poderío[40].

2. Entre la norma romana y la de las Partidas hay sin embargo una diferencia que no debemos pasar por alto y que consiste, a mi entender, en lo siguiente: mientras que las fuentes romanas insisten en negar la existencia de matrimonio en los supuestos prohibidos por los *mandata* imperiales, pero guardan silencio absoluto acerca de la calificación jurídica positiva que pudiera haberle convenido a la unión de un funcionario con mujer de su provincia[41], la mencionada ley de Partidas señala a los adelantados la senda del concubinato o barraganía a modo de institución legítima y de alternativa clara al matrimonio que se les veda. Es decir, de alguna manera parece que en los textos de los juristas romanos sobre el matrimonio *contra mandata* el legislador de las Partidas acertó a columbrar una referencia implícita al concubinato, impresión que se confirma con la lectura de las glosas de Gregorio López a la ley que estamos comentando[42].

[36] C. 5.5.4 (a. 387-393).

[37] Vid. Orestano, *o.c.*, pp. 757 s., 760. s., 770 s.

[38] Cfr. Gaudemet, *o.c.*, p. 349.

[39] *Partida* IV, tít. XIV, ley 2, bajo el epígrafe *quien puede auer barragana, e en que manera*; *Nueva Recopilación*, lib. II, tít. IV, ley 25.

[40] *E esto fue defendido, porque por el grand poder que han estos atales* (*scil.*, los adelantados), *no pudiessen tomar por fuerça muger ninguna para casar con ella.*

[41] Ante el silencio de las fuentes, los autores han propuesto varias posibilidades que incluyen el *matrimonium iniustum* susceptible de convalidación como *iustae nuptiae* mediante el abandono del cargo (Gaudemet), el *matrimonium iuris gentium* y el simple concubinato (Orestano, *o.c.*, p. 731 nt. 9); como ya hemos indicado, los romanos admitían el concubinato del funcionario con mujer de la provincia en la que ejercía su cargo: vid. D. 25.7.5.

[42] Vid. glo. *Muger legitima* y glo. *Podria y rescebir* in *Partida* IV, tít XIV, ley 2; en la primera de estas glosas Gregorio López se hace eco, entre otras cosas, de la corrección introducida por el derecho canónico en el sentido de considerar insuficiente la *praesumptio terroris officii* para fundar por si sola una declaración de nulidad *ipso iure* del *matrimonium metu contractum*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

3. Un aspecto más que todavía merece la pena subrayar es la ya aludida conexión de las Partidas con las soluciones que ofrece el Digesto en el tema que estamos estudiando, o dicho de otro modo, su desconexión total respecto de las leyes del período cristiano que hemos reseñado al final del apartado anterior y cuya existencia, con total seguridad, no era desconocida para el legislador alfonsino[43].

4. En cuanto a la Nueva Recopilación, en ella se incluye una ley[44] que prohibe a los miembros del Consejo real y a los presidentes, oidores y alcaldes de las Audiencias casar a sus hijos e hijas con personas que tuvieren pleito "en los Tribunales donde ellos residen", excepto si precediera licencia del Rey. Aunque desde el punto de vista sistemático esta norma pertenece al tratamiento de las recusaciones, y aunque su expresión es tan precisa como se acaba de decir, no hay duda de que comparte una misma *ratio* con la ley de Partidas anteriormente analizada, y por eso, entre otros considerandos, la contemplación conjunta de ambas disposiciones puede no resultar improcedente. El cuadro que se desprende de ellas es menos expresivo que el de los textos romanos, pero bastante similar en el fondo salvo por dos detalles novedosos: la prohibición de que venimos tratando, que en Roma había comprendido únicamente las nupcias de los funcionarios y las de sus hijos varones, en la Recopilación de 1567 aparece extendida también al matrimonio de las hijas[45]; por otro lado, mientras la legislación y la práctica romanas, en la medida en que nos son conocidas, no preveían la dispensa de la prohibición[46], la norma recopilada sí incorpora esta posibilidad.

B) En la literatura jurídica no siempre se toman en consideración estos dos datos.

1. Sorprende bastante, por ejemplo, no encontrarlos consignados en un autor como Castillo de Bobadilla, que por su formación y su experiencia

[43] De hecho hay otra ley (*Partida* III, tít. VII, ley 6, que prohibe que una mujer sea emplazada ante *aquel juzgador que la quiso forçar, o casar con ella sin su plazer*) de la que Gregorio López dice lo siguiente, glo. *Trabajando se a.b.l.*: «Concordat lex. 1. C. si quacumque praeditus potestate [C. 5.7.1]. à qua ista originem habuit».

[44] Se trata de la ya recordada ley 25, tít. IV, lib. II, formada a partir de varias disposiciones de los años 1534, 1528 y 1537.

[45] Esta extensión fue introducida por la Novela 23 del emperador bizantino León IV el Sabio (a. 886-912); sobre esta constitución, vid. G. Ferrari dalle Spade, "Diritto matrimoniale secondo le Novelle di Leone il Filosofo", en *Bizantinische Zeitschrift* 18 (1909) = Id., *Scritti Giuridici* I, Milano, 1953, p. 112. Téngase en cuenta que la colección de 113 Novelas de León VI se añade regularmente a las ediciones del *Corpus Iuris Civilis* desde el último tercio del siglo XVI: cfr. J.A.B. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453* II, reimpr. Osnabrück, 1966, pp. 305 s.; con todo, este mismo autor señala que en Occidente las Novelas de León, "quoique réunies depuis près de trois siècles aux autres sources du droit romain, sont demeurées sans intérêt et sans autorité; elles n'ont été pour les savants que l'occasion de quelques exercices littéraires et jamais un but d'application pratique" (p. 329).

[46] Vid. no obstante la opinión de Robleda, "Matrimonio inexistente" cit., p. 1145: "Si fue introducida [la nulidad] por voluntad del príncipe (por sus *mandata*), la dispensa no podía hacerse imposible" por más que no tengamos noticias sobre casos de la misma; y en nt. 38: "adviértase que suele venir comparado este impedimento con el por razón de tutela (D. 23.2.63), el cual es dispensable".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

administrativa no podía dejar de conocerlos[47]. Algo similar puede decirse de Matienzo, relator de la Audiencia de Valladolid cuyo tratamiento de la materia se ciñe casi exclusivamente a los textos romanos[48]. En cambio, como es de rigor, Carrasco del Saz sí los recuerda en su comentario a la Nueva Recopilación, donde por otro lado informa de los contornos con que la prohibición se aplicaba en Indias[49]. Otros autores cuyas obras hemos revisado son Pedro Belluga y el siciliano García Mastrillo; el primero se limita a glosar apenas una de las leyes teodosianas comentadas más arriba[50]; el segundo transcribe el texto de una regia disposición de 24 de abril de 1581 por la que se introduce (o se reitera) en el Estado de Milán y el Reino de Nápoles la prohibición de matrimonio para los parientes, criados y amigos de los virreyes, y tras ello recupera de inmediato un discurso de tono general sobre el asunto basado en los textos romanos y en las Partidas[51].

2. De todos modos, este desigual panorama no deja de exhibir algunos puntos de interés que merece la pena destacar. El primero es la insistencia en que lo pasible de castigo conforme a la ley romana es el mero hecho de haber ejercido el funcionario coacción o violencia sobre la mujer provincial o sobre su familia, aunque el matrimonio no se haya llegado a realizar[52]. Se añade a esto la tendencia casi unánime a concretar el fundamento jurídico-formal de la prohibición de matrimonio en una especie de presunción legal de terror y violencia[53] que los autores, sin embargo, se resisten a entender como absoluta e inatacable; así lo indican tanto el esfuerzo desplegado por Matienzo y Mastrillo para explicar los supuestos de matrimonio permitidos y prohibidos por las leyes romanas por referencia a aquella presunción[54] como también, y sobre

[47] J. Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos* (1597), ed. de Barcelona, 1624, tomo II, lib. V, cap. 3, núm. 119.

[48] J. Matienzo, *Dialogus relatoris et advocati Pinciani senatus*, Pinciae, 1558, pars tertia, cap. 31, núms. 1-3. Recuérdese que la ley de la Nueva Recopilación se basa en varias disposiciones todas ellas anteriores a la publicación de la obra de Matienzo: vid. *supra*, nt. 44.

[49] F. Carrasco del Saz, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae* (1620), en Id., *Opera iuridica*, Matriti, 1648, cap. 9 (*De causis recusationis validis*), núms. 271-275.

[50] C. 5.7.1 pr.; vid. P. Belluga, *Speculum principum*, Venetiis, 1580, rúbr. 35, núm. 13.

[51] G. Mastrillo, *De magistratibus, eorum imperio, et iurisdictione*, Lugduni, 1621, pars secunda, lib. V, cap. 6, núms. 117 y 121-124.

[52] Matienzo, *o.c.*, núm. 2: "et quando per vim id facere tentaverit, licet non perfecerit, ponitur [*scil.* poena] in [C. 5.7.1]"; Belluga, *o.c.*, núm. 13: "ex solo conatu incurrit poenam... ut in [C. 5.7.1]; Castillo de Bobadilla, *o.c.*, núm. 119: "se casó, o intentó de casarse".

[53] Vid. por todos Castillo de Bobadilla, *o.c.*, núm. 119: "porque se presume, que durante el dicho ministerio, y en virtud del avra usado para ello de terror y violencia, y assi no puede casarse, ni casar a sus hijos; pero a sus hijas si".

[54] Matienzo, *o.c.*, núms. 1-2: 1. «Sin autem alia possit considerari ratio quare uxorem duxerit, non praesumetur metus impressionem intercesisse: nisi probata fuerit. Exempli gratia, si provinciam in qua oriundus est, aut domicilium habet, administraverit, aut perpetuus fuerit: uxorem ducere tunc non prohibetur... vel si post magistratum finitum sponsa consentiat... aut si veterem sponsam in provincia quam quis administrat uxorem ducat... vel filiam nubilem magistratus in matrimonium collocaverit, hoc quippe ea ratione permittitur... quia impressionis metus cessat praesumptio... 2. Et non idem in filio quia praesumitur id fecisse patrem, ut ex dilatione inminens periculum evitaret, cum opportunitas adfuit. Quae quidem praesumptio aliam timoris tollit. Atqui haec ratio non

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195

todo, la expresa afirmación de impugnabilidad enunciada por Carrasco del Saz, por más que la misma se refiera únicamente al caso del matrimonio de los hijos e hijas de los auditores no consentido por el padre[55]. Por último, bastante significativo en la misma dirección es el señalamiento de Matienzo en el sentido de que las penas de la ley romana, como restrictivas de la libertad matrimonial, son improcedentes *de iure pontificio*, por lo que no pueden ser impuestas si no se prueba verdaderamente la violencia o la coacción[56].

3. A mi entender, la combinación de todos estos elementos permite concluir que la visión de los autores estudiados coincide esencialmente con la interpretación que se expuso más arriba acerca del significado de la legislación postclásica sobre el matrimonio *contra mandata*. Así pues, aquella visión ratifica que el énfasis de tal legislación se puso principalmente en la defensa de la libertad matrimonial de las mujeres provinciales frente a los atentados de que podía ser objeto por parte de los magistrados y los funcionarios. En suma, bajo las leyes de los emperadores cristianos las uniones de estos individuos con mujeres de los distritos que administran estaban penadas, desde luego, pero no eran nulas necesariamente sino sólo como consecuencia de la falta de libre consentimiento en la mujer.

III. Para ahondar en el tema de la recepción del derecho romano, convendrá prolongar en el futuro este pequeño estudio con el examen de «la estrecha prohibición de los casamientos de los virreyes, presidentes, oidores y demás ministros de las Audiencias de las Indias, de sus hijos e hijas, dentro de los distritos de ellas», como titula Solórzano Pereyra el capítulo que dedica a este tema en su *Política Indiana*[57]. De momento baste decir que la simple lectura de las páginas de este capítulo permite vaticinar la obtención de resultados interesantes tanto en lo que concierne a la semejanza de la legislación castellano-indiana con el régimen romano de la prohibición de matrimonio de los funcionarios en las provincias como, especialmente, en lo que se refiere a las doctrinas y técnicas interpretativas que los juristas hispano-indianos adoptaron en el marco del *ius commune* romano-canónico.

---

consideratur in masculis in quibus non inminet periculum»; más claro todavía es Mastrillo, *o.c.*, núm. 123, pues coloca el caso general de cesar la presunción de miedo y violencia en línea con aquellos otros en los que dicha presunción es exceptuada *ex lege*: «Vel si cessaret metus et violentiae praesumptio, vel nisi officialis esset oriundus eiusdem loci, vel si post magistratum finitum sponsa consentiat... quandoquidem cessantibus casibus praedictis nullum dubium est, quod matrimonia libera esse debent».

[55] Carrasco del Saz, *o.c.*, núm. 273: *et cum lex sit, quae in praesumptione se fundet admittit probationem consensus contrarii vel voluntatis in patre regio auditore,* etc.

[56] Matienzo, *o.c.*, núm. 3.

[57] J. Solórzano Pereyra, *Política Indiana*, lib. V, cap. IX.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0195