

EDAD, MATRIMONIO Y *LEX IULIA ET PAPIA POPPAEA*

CARMEN ORTÍN GARCÍA
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

INTRODUCCIÓN

Existe una denominación singular para designar aquella reglamentación que en los albores del siglo I d.C. tuvo por objeto promocionar el matrimonio y la procreación, por diversos cauces. Nos referimos a la *Lex Iulia et Papia Poppaea* que, como bien advierte la doctrina, en la conciencia de los juristas del Principado, siempre tuvo una consideración unitaria, a pesar de que en origen fueron dos leyes distintas¹. En efecto, su nombre obedece al de la *lex Iulia de Maritandis ordinibus* (18 a.C.) y al de la *lex Papia Poppaea* (9 d.C.), alrededor de las cuales giró, en gran parte, la reforma matrimonial augustea².

Muchas han sido las conjeturas propuestas para explicar los posibles motivos que indujeron a Augusto a emanar la citada legislación: desde el deseo

¹ ... *Per l'analogia e la parziale coincidenza degli argomenti trattati*, según sostiene expresamente SPAGNUOLO, *Casta domus* (Napoli 2002) p. 1. Se discute por la doctrina si fue la primitiva ley *Iulia de maritandis ordinibus*, la que lo prescribe o fue más tarde cuando esta fue completada por la ley *Papia* (año 9 d.C.) sin que sea posible distinguir, qué ha sido establecida por una y qué lo establecido por la otra. En este sentido es interesante la obra de JÖRS: *Veber das verhältnis der lex Iulia de maritandis ordinibus zur lex Papia poppaea* (Bon 1882); *Die ehegesetze des Augustus* (Marburgo 1893), seguido más tarde por SOLAZZI: *Sui divieti matrimoniali delle legi augustee atti R Acc di Scienze Morali e Politiche* 59 (Napoli 1939) pp. 130 ss.; NARDI: *Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee*, *S.D.H.I.* (1941) pp. 112 ss.

Por el contrario, BIONDI: *La legislazioni di Augusto*, Conferenze Augustee (Milano 1939) pp. 198 ss. aboga por un carácter unitario de las leyes, opinión compartida por ROTONDI: *Leges publicae populis romani* (Milano 1939) pp. 199 ss.

Sobre este particular existe un considerable volumen de literatura científica, destacándose particularmente la que mencionan VACCARO-DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* (Milano 1941) p. 145 nota 1, y GODOFREDO, *Fontes iuris civilis*, pp. 264-350 y HEINECCIUS, *Ad legem Iuliam et Papiam poppaeam opera omnia* 3 (Ginebra 1726) autores a los que le debemos las primeras tentativas de reconstrucción de estas leyes augusteas.

Recientemente, FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia: reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano*, Estudios del Derecho Romano en Memoria de Reimundo Yanes 1, (Burgos 2000) p. 200, sostiene que muchas de las disposiciones de la *lex Iulia* fueron integradas en la *lex Papia*.

² Decimos que en gran parte, porque aún falta la mención a la *lex Iulia de adulteriis coercendis* del 17 a 16 a.C.; aquel otro pilar sobre el que se asentó la mencionada reforma.

ferviente de restauración de los *mores*³, que al parecer, habían sucumbido a la decadencia más absoluta, hasta el imprescindible incremento demográfico (una razón, eminentemente práctica), sin olvidar tampoco aquel objetivo menos moralizante, pero quizás más urgente, el de sanear las exhaustas arcas estatales con nuevos ingresos derivados de las sanciones ordenadas⁴.

Como quiera que fuese, lo cierto es que la amenaza de sanciones (fundamentalmente la incapacidad sucesoria) y la promesa de ciertos beneficios (premios a la paternidad) fueron los instrumentos de los que el legislador se valió para urdir aquel cuerpo normativo⁵, con ellos, las leyes augusteas consiguieron provocar cambios considerables en la antigua jurisprudencia, ya que crearon nuevas causas de incapacidades a distintas escalas. Pero llama la atención sobre todo, dos incapacidades, por llamativas y por injustas: a) Aquella de los *caelibes*, solteros a los que se les impone una incapacidad absoluta para recibir por disposiciones de última voluntad, si no cumplen la ley contrayendo matrimonio en el plazo establecido⁶; b) La de los *orbi*, casados pero sin hijos; que la ley *Papia* los contempla con más benignidad, pues su incapacidad no fue más que parcial, limitándose a privarles de la mitad de lo que les hubiese correspondido en concepto de herencia⁷. Dos incapacidades que se tornan en privi-

³ En este sentido, RESINA SOLA, *El estudio del Derecho de familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)* Huelva 2001, pp. 38 ss., nos dice que se echa de menos un estudio en profundidad del papel desempeñado por los *mores* y los códigos sociales recogiendo a continuación un importante aparato bibliográfico. De la doctrina merece destacar también, FADDA, *Conceptti fondamentali del diritto ereditario romano 2*, (Napoli 1900) pp. 180ss.; BRINI, *Matrimonio e divorcio nel diritto romano*, (Bologna I 1886) pp. 189 ss.; ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, (Roma 1970) pp. 146 ss.; ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano I*, (Milano 1951) pp. 56 ss.; ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Milano 1912) pp. 445 ss.; BIONDI, *Leges populi romani: en Acta Divi Augusti (Romae 1946)* pp. 166 ss.

⁴ Fundamentalmente, *vid.* por todos, VOLTERRA, *La concepción du mariage d'après les juristas romains* (Pádova 1940); *La concepción du mariage à Rome*, RDA 2, 3ª ser. (1955) pp. 365 ss.; *Il matrimonio romano. Lezioni di diritto romano* (Roma 1961) *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. esp. de Daza (Madrid 1986) pp. 635 ss. . Sobre la dignificación del matrimonio, *vid.* FIELD, *The purpose of the lex Iulia and Papia Poppaea*, *Classical Journal* (1945) pp. 398 ss. y BESNIER, *Lois caducaires. La application des lois d'Auguste d'après la gnomon de l'idiologie melanges de Visscher 2*, pp. 94 ss. Moderadamente en contra de ellos FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium*, *cit.*, p. 202; los *mores* seguían siendo su principal fuente de regulación.

⁵ El sistema diseñado por Augusto, que tenía como finalidad repoblar el Estado considerablemente empobrecido de personas, después de las abundantes guerras civiles, y combatir la aversión que los romanos demostraban hacia el matrimonio, se fundó en dos medidas principalmente: a) castigar a los *caelibes* y *orbi*; b) premiar la paternidad.

⁶ *Gai 2,228: Caelibes quoque qui per legem Iuliam hereditates legateque capere prohibentur.* Sería conveniente advertir que la rigidez con que la ley *Iulia* contemplaba la soltería llegó más allá de lo que a primera vista pueda parecer, porque el término *caelibes*, aglutina también a los viudos y divorciados que no han contraído nuevas nupcias.

⁷ *Gai 2,280: Item orbi qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habent onmidias partes hereditatus...* . De los *caelibes* y *orbi* contamos con noticias precisas extraídas de numerosas fuentes que han sido comentadas por los siguientes autores: WETER, *Droit d'accroissement entre colegataires* (Bruxelles 1866) citando abundante bibliografía; RUDORFF, *Sur la caducorum*

legios para aquellos que entre los herederos puedan demostrar la condición de *patres*⁸.

Así pues, en relación con las leyes caducarias, podríamos señalar dos nuevos grupos de herederos: a) los sancionados: *caelibes* y *orbi*; b) los premiados: *patres*. Todavía, la ley *Iulia* y *Papia* contempla un grupo intermedio, el de los *solidi capaces*, esto es, aquellas personas que adquieren capacidad para recibir la herencia, porque por alguna razón se les ha excluido del ámbito de aplicación de estos duros castigos sucesorios que imponía la ley.

En nuestro estudio vamos a examinar la más importante causa (pero no la única)⁹ prevista por el legislador para eludir la aplicación de las sanciones prescritas por la ley *Iulia* y *Papia*, esto es, la edad.

Abordaremos en primer lugar supuestos que hacen referencia a una edad demasiado temprana para contraer matrimonio o procrear, para analizar después las cuestiones planteadas por una edad tan avanzada que, a priori, excluye la capacidad para engendrar. En efecto, tanto la extrema juventud, como la excesiva vejez, llevaban aparejada la exclusión de la categoría de *caelibes* y *orbi*, adquiriendo en consecuencia la preceptiva *solidi capacitas* para suceder y bajo este prisma enfocaremos fundamentalmente nuestro trabajo.

En cuanto a la primera etapa en la vida de un hombre, partimos de la base y daremos como indudable, que la impubertad protegía de los rigores de estas leyes caducarias. Hubiese constituido una enorme contradicción aplicar las penas del celibato a personas a las que el *ius civile* les prohíbe el matrimonio por su corta edad. A propósito, Ulp.5,2 nos dice que *Iustum matrimonium est... et tan masculus pubes quam femint potens sit...*

vindicatio, en *Journal pour la Jurisprudence Historique* 6, pp. 397 ss.; GLASSON, *Du droit d'accroissement* (Paris 1862) pp. 54 ss. De la doctrina más reciente, *vid.* BIONDI, "La legislazione di Augusto" *Conferenze Augustee* (Milano 1939) pp. 205 ss.; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma 1934) p. 217; CASTELLO, *Il cosiddetto ius migrandi dei latini a roma (Ricerche in tema di concessione e accertamento degli status civitatis e familiae dal 338 al 95 a.C.)*, en *BIDR* 41 (1958) pp. 209.

⁸ En nuestra opinión, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2 (Roma 1928) p. 559 y DI MARZO, *Istituzioni di diritto di diritto romano* (Milano 1968) pp. 435 ss. realizan una acertada y sucinta exposición del problema en estos términos: aquello dejado a los *caelibes* y la mitad no adquirida por los *orbi* devenían *caducum*, teniendo el derecho a reclamar aquellos *qui in eo testamento liberos habebant...* y solo en defecto de tales personas pasarían las cuotas vacantes al erario..., sin olvidar –por otro lado– que las normas del antiguo Derecho subsistían a favor de los ascendientes del difunto hasta el tercer grado (*Ius antiquum*).

⁹ Junto a la edad, son causas de dispensa al matrimonio y procreación: A) Impotencia (D.23,3,39; 50,16,12,8) por asimilación a la edad; B) Ausencia (D.4,6,36; 4,6,38); C) Afinidad, Cognación (Gayo 2,2,25) Vat. Frag. 298,303,301,214,215; D) También los hijos modifican la capacidad entre cónyuges, así nos lo cuenta con un complicado esquema Ulpiano en los últimos párrafos del fragmento 16,1: 1º) Ante un matrimonio anterior los padres aumentan su capacidad sucesoria, en tantas décimas como hijos anteriores existan; 2º) Hijos comunes: se considera suficiente para adquirir entre padres, a) un solo hijo vivo; b) un póstumo; c) un hijo premuerto si llegó a la pubertad; d) dos hijos premuertos si alcanzaron los tres años; e) si la premoriencia se produce antes de nueve días (en uno o dos hijos) se permite aumentar la capacidad en una o dos décimas. 3º) Hijos futuros: por último, si uno de los cónyuges vuelve a contraer matrimonio, el causante puede favorecerlo con un tercio.

Ahora bien, para la ley *Iulia y Papia* ¿cual sería la edad mínima para contraer válidamente matrimonio?. En este punto, las fuentes son escasas, pero sería razonable ajustarse a los períodos legales de infancia y pubertad (12-14 años) porque no sería lógico -insistimos- imponer como obligación lo que la ley general prohíbe. Aún más, lo prescribe incluso, el propio encabezamiento del capítulo III de la ley augustea: *Omnes puberes virique potentes matrimonium liberorum quaesunt dorum causa inire tenentur*¹⁰.

Por otra parte, según Ulpiano 16,1, una vez franqueada la pubertad, a las personas casadas se les prolonga la inmunidad a las penas hasta los 20-25 años: *Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt... id est si vir minor annorum XXV sit aut uxor annorum XX minor... .*

Dentro del matrimonio, nos dice el texto, se entiende que el esposo podrá ser *solidi capax* respecto de su cónyuge, incluso en defecto de un hijo común, hasta la edad de 25 o 20 años, según sea varón o mujer. Es decir, entre cónyuges, no se produce la condición de *orbi* (con respecto a la sucesión mutua) hasta pasada esa frontera en la edad. En nuestra opinión, no existe razón alguna para interpretar esta ampliación del plazo como un privilegio especial, sino como una simple razón biológica, pues los cónyuges no tienen la suficiente madurez para tener hijos hasta esta edad¹¹.

Pero si a partir de este límite, la ley no contempla motivo alguno para no tener hijos, sería lógico pensar que la edad para contraer matrimonio debería

¹⁰ No olvidemos que los romanos, tipificaron de infamia la ruptura del noviazgo y que bajo el imperio, se consideró una situación jurídica análoga al matrimonio, y en consecuencia, suficiente para librarse de las penas del celibato. Esta asimilación entre *sponsalia* y *nuptiae* (aunque normal para la mentalidad primitiva romana) nos parece un período excesivamente largo, si tenemos en cuenta que sobre todo a la mujer se le permite prometerse desde los 7 años (-A *Promodio Aetatis*- D.23,1,14).

Augusto -para evitar fraudes seguramente- impone en sus leyes que al novio se le considere casado desde los 10 años (dos años antes de la pubertad); por debajo de esa edad, el noviazgo no se toma en consideración, para poder librarse de las penas, a menos que la prolongación del tiempo se deba a motivos justificados: luto, viajes... . Dión Casio 54,16, nos ofrece una extensa variedad de motivos. Ver también D. 23,1,17.

¹¹ Lo pensamos así por varias razones: a) Ya con anterioridad a la época imperial, la pubertad se subdivide (como la infancia) en dos etapas (menor-mayor) determinantes para adquirir la plena capacidad de obrar, estableciendo la frontera a los 25 años: *viginti quinque annis*, garantizándose incluso la *restitutio in integrum*, ¿porqué no aplicar este criterio al matrimonio?; b) Los límites de edad no conllevan la inmediata e imperiosa necesidad de casarse, la soltería sólo es punible si al soltero se le llama a heredar... y aún así, se le da un plazo de 100 días (Ulp. 17,1); c) Recordemos también que en la adopción se exige una mayoría de 18 años respecto al adoptado (Justiniano: I, 1,11,4); d) Por último admitiendo el triunfo de la teoría sabiniana de que la pubertad es un requisito natural, relativo, biológico e individual... no parece lógico pensar que Augusto estableciera en sus leyes una edad fija (Teoría Proculiana) para librarse de los castigos de sus leyes, sobre este particular, DURRY, *Le mariage des filles impuberes dans la Roma antique* en *RIDA* 3ª Ser. II (1955) pp. 263 ss.; SOLAZZI, *Per il matrimonio del filius familias In Arch, Giur.* 135 (1948) pp. 3-6; CERVENCA (Giuliano), *Studi sulla cura minorum*, *BIDR* 75 (1973) pp. 236-267 con amplio aparato bibliográfico; LONGO, *Diritto de familia*, p. 294. Sobre la recepción aquí del Derecho romano por la Iglesia, ver ONCLIN, *L'age requis por le mariage dans la doctrine canonique medieval*, en *Monumenta Iuris Canonici* 1, (1965) pp. 237 ss.

estar fijada con anterioridad. Sin embargo, este orden tan lógico que hace del matrimonio requisito previo y necesario para la procreación de hijos legítimos, no fue evidentemente tenido en cuenta por el legislador de nuestras leyes, porque el texto de Ulpiano restringe claramente su aplicación a la condición jurídica de *orbi*. Y respecto a los *caelibes*... ¿a partir de qué edad es punible el celibato?, es la propia ley *Iulia* y *Papia* la que indica de forma expresa ese mismo límite de 25 años, a partir del cual el celibato es excluido del castigo sucesorio: *Lex vetus erat romanis quae eos, qui intra annum aetatis XXV nondum inierat matrimonium, inter alia, quidquam ex aciorum, testamentis capere prohibebat, nisi essent cognatione proximi*.

Si comparamos estas prescripciones con el pasaje contenido en Ulpiano 16,1, anteriormente estudiado, se evidencia una importante contradicción en las normas, ya que no se puede justificar la exigencia de hijos legítimos a los 20 o 25 años, si es esa la edad exigida también para contraer matrimonio. Extraña anomalía que subsistió hasta la reforma de Tiberio y que ha dado lugar a las más vivas controversias, y planteando dificultades casi insolubles.

Al margen de otras muchas teorías, de todos es conocida la severa crítica que Tertuliano hace de esta contradicción de los legisladores, calificando a la ley *Papia* de *Vanissima Lex*¹². Pero sabemos también, que entre la actividad científica de Ulpiano se encuentra los comentarios a la ley *Iulia* y *Papia* en los que el jurista reprocha a Tertuliano el calificativo que hace de la ley *Papia*¹³.

De modo que, ante esta disparidad de criterios entre Tertuliano y Ulpiano –por un lado– y la ausencia de datos fidedignos –por otro–, nosotros preferimos seguir dejando la cuestión abierta al debate aunque reconozcamos que la autoridad de Ulpiano es de todos reconocida. En nuestra opinión, ninguna hipótesis merece excesivo crédito por dos importantes razones: porque supondría admitir la inexactitud del texto de Ulpiano y porque nos parece excesiva la desproporción entre la edad exigida para contraer nupcias (12-14 años) y aquella exigida para tener descendencia (20-25 años).

Sin embargo, intentando buscar una justificación lógica, que no jurídica, para armonizar ambos textos, podíamos conjeturar que, si admitimos la opinión de Tertuliano (esto es, que se debe a Severo la regulación definitiva de la edad, para la aplicación de las penas del celibato), causa extrañeza no sólo la

¹² TERTULIANO, *Apolog.* 4: *Nonne vanissimas Papias leges, quae ante liberos suscipi cogunt, quae Iuliae matrimonium contrahi, post tantae auctoritatis senectutem heri severus, constantissimus principum exclusit*. En el texto, Tertuliano, tras sus consideraciones sobre la ley *Papia*, nos confirma que fue el emperador Severo el que consigue la armonía entre los dos textos respecto a la edad, pero no nos da una muestra clara sobre el contenido de la reforma, ni tenemos datos rigurosos para aventurarlo.

Lo que sí parece lógico, es pensar que se produce en una época posterior a la que Ulpiano escribe sus *Regulae*.

¹³ A propósito *vid.* FERRINI, *Comentarii di Ulpiano e di Paulo ad legem Iulia et Papiam, Opere II* (Milano 1929) pp. 236 ss. También sobre el contenido de estas leyes destacar por su importancia el comentario de Ulpio Marcelo (jurista s. II); SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1953) pp. 196 y 312.

imprecisión de la innovación introducida por el emperador, sino también, que la citada y aparente contradicción entre la edad para contraer matrimonio y la edad idónea para procrear, permanezca en vigor hasta Severo, sin que los emperadores precedentes sintieran la necesidad de una reforma.

En otro orden de cosas, es muy posible que Tertuliano no aludiese a Septimio Severo, ya que las Reglas de Ulpiano fueron publicadas después de aquél. Si el autor de la reforma hubiese sido el emperador Septimio, Ulpiano no hubiese podido aludir a la edad de 25 años como aquella *aetas a qua lex liberos exigit...*. Así las cosas, pensamos que, muy probablemente, Tertuliano se refería más bien a Alejandro Severo, cuya constitución pudo ser posterior a las Reglas de Ulpiano, asesinado en el año 228, mientras que Tertuliano vivió hasta el año 245. Y más factible se vuelve la conjetura, si tenemos en cuenta que tanto Ulpiano como Tertuliano mencionan al emperador Caracalla.

Ya hemos tenido ocasión de señalar que además de la menor edad, también la ancianidad constituye una causa de exclusión de las sanciones impuestas al celibato y a la condición de *orbis*. Ahora bien, los casos de la mayor edad, a diferencia de aquellos relacionados con la juventud, presentan menos dificultades de interpretación y comprensión de sus fundamentos. En efecto, parece natural y lógico excluir de la condición de *caelibes* y de *orbi* a aquellos esposos para los que el matrimonio es ineludiblemente estéril por su avanzada edad, pues en otro caso, hubiesen sido injustamente castigados dada la imposibilidad física de la cual parten para el cumplimiento de la ley.

Entre las diversas fuentes que nos traen noticias de la ley *Iulia* y *Papia*, quizás sean los *Tituli ex corpore Ulpiani* los que explican con mayor detalle las citadas causas de exclusión. Ciertos pasajes nos enseñan cómo la legislación augustea exceptuó a los mayores de la obligación de contraer matrimonio, a la vez que se les reconocía plena *capacitas* para suceder y adquirir mutuamente el total de sus bienes.

*Ulp. 16, 1: Aliquando vir et uxor inter se solibus capere possunt... item si utriusque lege papia finitos annos in matrimonio excesserint, id. est vir LX annos, uxor L ...*¹⁴.

Del texto se deduce que el legislador había establecido un límite de edad, más allá del cual se consideraba muy difícil la procreación, límite distinto según

¹⁴ Recordemos que la ley *Iulia* y *Papia*, con respecto a las recíprocas incapacidades testamentarias de los cónyuges (capítulo que conocemos como *lex Decimaria*) establece como norma general, que la asignación de un cónyuge a favor de otro, no puede exceder de una décima parte del patrimonio del causante, de este *modus* decimario hay que exceptuar el *legatum dotis* y la asignación por usufructo que puede llegar hasta un tercio del total (Ulp.15,3; D.19,5,10; 33,2,43) sobre este particular tema, consultar fundamentalmente LEVET, en *R.H.D.* 40, pp. 214 ss.

Conviene recordar también que aunque en un principio las leyes caducarias afectaban exclusivamente a la asignación testamentaria, su campo de aplicación se amplió a los fideicomisos, según prescribe el senadoconsulto Pegasiano (Gayo 2,280) y a las donaciones *mortis causa* según prescribe otro senadoconsulto de nombre y fecha desconocido (D.39,6,9; 22; 35).

el sexo: para el hombre a partir de los sesenta años y en la mujer a partir de los cincuenta¹⁵.

Pero vemos conveniente insistir una vez más, que contemplamos estos límites de edad, tan solo en la medida que se consideran una exención a las penas del celibato, concediendo la necesaria capacidad para suceder, *capacitas* que las leyes augusteas habían hecho depender de la existencia de un hijo común (*pater solitarios*) o de tres a la mujer (si es ingenua) o cuatro (si es *liberta*) (D.50,16,148 y 149).

Dicho de otro modo, en el citado texto (*Ulp.16,1*) sólo encontramos -en nuestra opinión- una importante dispensa a aquellas rigurosas incapacidades que las leyes imponían, prohibiendo a los solteros (*caelibes*), recibir el total de la herencia que le hubiese correspondido y castigando a los casados sin hijos (*orbi*) con recibir sólo la mitad de su cuota hereditaria, y ello, por no colaborar con el necesario deber público de aumentar la población trayendo hijos al mundo¹⁶.

En cambio, no creemos que el texto pueda suscitar duda alguna en torno a la validez del matrimonio en esta edad anciana, opinión ésta que sostiene y comparte la doctrina mayoritaria¹⁷. Aunque la opinión contraria podría encontrar cierto apoyo en una Constitución de Justiniano, contenida en C.5,4,27, donde el emperador, admitiendo que la ley *Iulia* había prohibido las nupcias entre hombres y mujeres mayores o menores de 60 o 50 años, deroga tal

¹⁵ Un parto de la mujer cincuentona parecía tan extraño, que de producirse, se dudaba de la legitimidad del hijo, cuestionándose incluso sus derechos sucesorios respecto a su padre: *Et sancimus, licet mirabilis hitus modi partus inveniatur, et raro contingit, nihil tamen eorum., quae probabi liter a natura nascuntur esse producta respui ...* (C.6,58,12).

Observamos en el texto de Ulpiano cierta similitud entre este límite de edad (60-50) que las leyes establecen, con la edad exigida por el *ius civile* para la *adrogatio* (descartada ya la posibilidad de descendencia (*spes prolis*). Según nos dá a entender Cicerón (*Pro domo* 14) o Gayo (1.103) ... *Qui generare non possunt*.

Idéntica similitud encontramos también en la edad de 50 años en la mujer que señala el texto de Paulo (D.19,1,21) *Si steriles ancilla sit... vel maior annis quinq̄ua ginta*, exigiendo responsabilidad al vendedor de los partos de una esclava, siendo esta estéril o mayor de 50 años. Todo parece indicar por tanto, que las leyes caducarias habrían inspirado los citados textos.

¹⁶ TÁCITO, en *Annales*, 3,35 nos dice que ese fue el principal objetivo de Augusto con la publicación de sus leyes: *Incitandis caelibum poenis...*; DIÓN CASIO, 6,10 a su vez comenta, que *liberos habentibus proemia adanxit...*, y en 6,56 nos da cuenta de los interesantes discursos donde Augusto se dirige primero a los casados a los que presenta un atractivo panorama sobre las ventajas que para la convivencia familiar de la pareja significa la paternidad.

Contrario sensu cuando se dirige a los solteros, Augusto no deja de reconocer honradamente los inconvenientes de ser esposo, presentando el matrimonio como un deber patriótico y de interés público.

¹⁷ Entre otros, DE ROBERTI, *La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel basso impero*, en *Ann. Bari. Nuev. Serv.* 2 (1939) p. 46 nota 1; GAUDEMET, "Iustum matrimonium", *RIDA III* (1950) pp. 328-331; SOLAZZI, *Attorno ai caduca* en *Scritti IV*, pp. 352 ss.; CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano 1940) pp. 140 ss.; ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Milano 1912) pp. 445 ss. mantienen -que en general- las leyes augusteas afectan sólo a la *capacitas* sucesoria.

prohibición, considerando válidas a todos los efectos tales nupcias. Dicha validez es refrendada más tarde en la constitución del año 532, incluida en C.6,58,12¹⁸.

Aun así, no observamos indicio alguno, ni siquiera analógico, para sostener que la norma pueda afectar a la legitimidad del matrimonio, en esa avanzada edad. De manera que alcanzando los 50-60 años respectivamente los esposos entrarían a formar parte del “elenco” de los *solidi capaces* para sucederse reciprocamente sin poder –por el contrario– ejercer el *Ius caduca vindicandi* para participar en el reparto de los bienes *caducum*, por ser éste un derecho reservado a los *patres* exclusivamente (Ulp. 17,1)¹⁹.

Pero pronto aquellas incapacidades-privilegios establecidas por las leyes se tornaron incoherentes, porque significaban una protección a aquellos que dolosamente retrasaban la fecha de su boda hasta tal edad (de 50 a 60), para librarse del “deber social” de tener hijos. Precisamente, para evitar estos, cada vez más frecuentes, fraudes a la ley, ya en la época de Tiberio, en el año 34 d.C. se publica un senadoconsulto que el propio Ulpiano contempla en 16,3, con el nombre de Perniciano²⁰:

*Qui intra sexagesimum vel quae intra quinquagesimum annum neutri
legi parverit... Perpetuis tamen poenis tenebitur ex senatus-consultus
Perniciano.*

En el texto, observamos con la frase *Neutri lege parverit* que el jurista tiene la intención de recalcar, por un lado, la prolongación de las penas (privando de *capacitas*) a personas que ya hubiesen sido calificados de *caelibes* u *orbi* con anterioridad y pretendan ponerse en paz con la ley, casándose a la edad de los cincuenta o sesenta años. Por otro, que no es necesario que ambos cónyuges superen la edad máxima, bastaba con uno solo, es decir, siguen manteniendo la condición jurídica de *caelibes* (a efectos sucesorios) el hombre que aún no siendo sexagenario, contrae con mujer de más de 50; y la mujer que con menos de 50, se una a un varón que ya cumplió los sesenta años.

Tan riguroso le debió parecer al emperador Claudio el contenido de la norma pernicianiana que decidió mitigar las consecuencias de su aplicación, pu-

¹⁸ C.6,58,12: ... *Et summantim non ab similis alliis fiant, quos similes natura effecit, maxime cum est anteriore nostra lege muismodi nuptias permissimus...*

C.5,4,27: *Sancimus nuptias, quae inter masculos et feminas maiorem vel minores sexagenaritis vel quinquagenariis lege Iulia vel Pappia probitae sunt, promines volentes contrahere et ex nullo modo vel ex nulla parte tales nuptias impedire...*

¹⁹ Así lo dice: Gayo (2,207); Ulp. (1,21; 19,17; 24,12,11,20) *Vat. Frag.* 216-218, sobre el régimen de los *caduca*: BONFANTE, *Corso 6, Le successioni* (Milano 1974) pp. 261 ss.; BIONDI, *Diritto ereditario romano* (Milano 1954) p. 245; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano 2* (Roma 1928) p. 559; DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano III* (Milano 1968) pp. 435 ss. Una posición singular al respecto adopta VACCARO-DELOGU, *Acrescimento nel diritto ereditario romano* (Milano 1941) p. 147 planteando una distinción entre los conceptos *non scripti*, *caduca* e *in causa caduca*.

²⁰ Llamado también Persiciano: Suetonio, *Claudius* 23; Tertulianus *Apol.* 4.

blicando otro senadoconsulto (s.c. Claudiano) que supone una importante modificación al efecto, sancionando que si un hombre de 60 (aún capaz de procrear) se une a mujer joven, el matrimonio es relevante a los fines de la *capacitas*. Lo vemos en el mismo texto en su párrafo 3º.

Ulp. 16, 3: ... Sed Claudiano senatus consulto maior sexagenario si minorem quinquagenaria duxerit, perinde, habebitur, al si minor sexaginta annorum duxerit uxorem.

Por razones biológicas, fáciles de entender ese “favor” que se le concede al varón sexagenario, no se le concedió -suponemos- a la mujer cincuentañera porque nada dice la norma al respecto. Pero ese silencio no evitó que se intentara extender su aplicación, asimilando las dos hipótesis. El intento debió provocar tal confusión, que se creó la necesidad de publicar otro nuevo senadoconsulto el Calvisiano (de fecha incierta pero muy probablemente anterior a Nerón) que para disipar las dudas, declaró irrelevante a los fines de la ley *Iulia et Papia*, el matrimonio de la mujer de más de 50 años, aún cuando su cónyuge no hubiese rebasado los sesenta...

Quod si maior quinquagenaria minori sexagenaria nupserit... et senatus consulto Calvisiano iubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata et dote²¹.

... calificándose el matrimonio de impar: *impar matrimonium appellatur* como aprendemos de Ulpiano en el citado texto 15,4²². De modo que en este matrimonio impar, en el cual, es la mujer la que supera la edad, los cónyuges (ambos) siguen siendo *caelibes*, a los ojos de la ley y, por tanto, totalmente privados de *capacitas*, independientemente que se tratase de sucesión testamentaria, *abintestato*, y por supuesto, en orden a la dote que en ningún caso podrá retener el marido si es la mujer la que fallece primero, restricciones eliminadas expresamente por Honorio o Teodosio en el año 410²³. A partir de esta constitución todas las mujeres quedan exentas

²¹ ASTOLFI, en *La Lex Iulia et Papia* (Padova 1996) pp. 41 ss. recoge interesante bibliografía sobre los tres senadoconsultos.

²² Mención especial merecen las opiniones de VOLTERRA, *Iustum matrimonium* en *Scritti Giuridici*, 991, pp. 201-465 lo califica de *contra legem* al referirse al matrimonio impar, opinión contradicha por Altolfi (*Lex Iulia et Papia*), Pádova 1986, p. 49, quien considera que el texto de Ulpiano (en sus cuatro apartados, pero sobre todo, refiriéndose al s.c. Perniciano) sólo afecta a la validez sustancial (económica respecto a la herencia) en el matrimonio y no en cuanto a formalidades legales, citando el autor a Suetonio (Claud.23,1) intentando –con ello– reafirmar su tesis; GAUDEMMENT, *Iustum matrimonium melanges de Visscher I*, p. 333 parece adoptar una postura conciliadora admitiendo la probabilidad de que el término impar sea un tecnicismo de la época augustea, como también reconoce –por otro lado– Astolfi, opinión que transcribimos: *Notevole la qualifica di matrimonio impar propria del linguaggio del tressc. E in modo particolare di quello del Calvisiano*. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, cit. p. 50.

²³ Convirtiéndose los bienes dotales en *caduca*, y que aplicando la *caducorum vindicatio* pasarían a engrosar las arcas del Estado, uno de los objetivos de Augusto al publicar sus leyes: *Ut si a privilegiis parentum cessabatur, velut parem omnium populus vacantia teneret* (Tácito, *Ann.*

también de la tutela perpetua del varón.

CTh.8,17,4: *Impp. Honorio y Teodosio: Quod impetratum ius communium liberorum superstite catullino clarissimo viro minus allegatum esse cognoscitur, nel succedenti obesse permittimus nel illi unquam in simili causa statuimus nociturum.*

Un paso atrás en materia de *capacitas*, nos puede parecer esta evidente desigualdad de trato que experimenta la mujer respecto al varón en el senadoconsulto Calvisiano. Aparentemente aquellos privilegios por la fecundidad (*ius liberorum*) que la ley *Papia* concedió a la mujer, poniéndola en el mismo plano sucesorio que el varón, se desvanecen, cuando por razones de la edad, la mujer ya no puede ser gestante²⁴.

Sin embargo no fue así. Para nosotros, estos tres senadoconsultos (complementos sin duda de la ley *Iulia* y *Papia*) significaron el inicio de una reforma que la sociedad romana nunca dejó de demandar, porque aquella resistencia que Augusto encontró al publicar sus leyes, por parte sobre todo de la orden de los caballeros, lejos de desaparecer, se generalizó y agudizó de manera muy especial bajo el mandato de Tiberio; tanto que según nos cuenta Tácito, *Ann.* 3,28, el emperador se vió obligado a hacer algunas concesiones a la opinión pública²⁵.

3,28) y en este sentido recordar la trascendencia que tuvo el senadoconsulto, *Iuventiano* (año 129) concediendo la *vindicatio* al fisco para poder reclamar los *bona caduca*. Disponemos en este sentido de importante bibliografía, entre otros DENOYEZ, *La turis possessio dans la petition d'heredite*, (Weimar 1939) pp. 304 ss.; DI MARZO, *La possessio iuris nella hereditatis petitio* (Torino 1906) pp. 25 ss.; FLINIAUX, *Le senatus consulte Iuventius et la litis contestatio*, R.H.D.Z. (1923) pp. 82 ss.

Sobre el carácter real de la *caducorum vindicatio* y su estrecha relación con los conceptos: *ius patrum- ius liberorum – ius antiquum* puede consultarse entre otros, PROVERA, *La vindicatio caducorum, contributio allo studio del proceso fiscale romano* (Torino 1964); SOLAZZI, *In causa caduci*, SDHI 6 (1940) pp. 160 ss. así como las siguientes fuentes literarias: SENECA, *Apud lactant* 16; MARCIAL, 2,91; 851; SÜETONIO, *Galba* 14; PLINIO, *Ep.* 2,3; 7,16; 10,11; DIÓN CASIO, 35,59. Importante en este sentido la bibliografía que recoge ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (Pádova 1986) sobre *Ius antiquum*, pp. 39 ss. sobre *caducorum vindicatio*, pp. 248 ss.

²⁴ Pudiéndose advertir incluso cierta armonía con aquel temor, siempre latente en el espíritu romano, de que pudieran acumularse demasiadas riquezas en manos femeninas, reflejado en la ley Voconia (plebiscito del año 169 a.C.) que aunque caída en desuso subsiste aún en época de Augusto prohibiendo a ciudadanos con capacidad económica superior a cien mil ases instituir herederos a las mujeres. Respecto a las prescripciones de esta ley, ver los siguientes estudios: CASINI, *L'editto di C. Verre e la lex Voconia*, en *Annali Catania* 3 (1949) pp. 490 ss.; DI PAOLA, *Sulla estensione delle legi exducarie al mortis causa capere*, en *Studi Arangio Ruiz* 2 (1952) pp. 485 ss.; BIONDI, *Diritto romano cristiano* 2 (Milano 1943) pp. 209 ss.

²⁵ Nombrando según nos cuenta Tácito, *Ann.* 3,28, una comisión compuesta de antiguos cónsules –pretore– y senadores, encargándoles la misión de dulcificar varios puntos de la ley *Iulia* y *Papia*: *Exsoluti pierique legis nexus*. Reforma de Tiberio a la que más tarde hace mención Justiniano (C.6,51,1).

Ahora bien, no se puede pensar por ello, en una abolición generalizada, ya que las normas augusteas sobrevivieron hasta la época justiniana aunque eso sí sensiblemente modificadas. Así, cuando el emperador Constantino en una Constitución del año 320, contenida en C.Th.8,16,1²⁶ elimina las sanciones impuestas a los *caelibes* y *orbi* inconscientemente, restó también eficacia sin duda al senadoconsulto Perniciano y a las normas complementarias de los otros dos senadoconsultos (Claudiano y Calvisiano) hasta su desaparición definitiva y lógicamente a las normas relativas al *pater solitarius* al ser éstas una simple atenuación de la incapacidad de los *caelibes*²⁷.

En todo caso, pensamos que, las incapacidades sucesorias de las que hablamos, nacieron ya marcadas por un necesario relajamiento, pues no debemos olvidar, que por una ironía del destino, el propio matrimonio de Augusto fue estéril, y a pesar de ello, la pareja imperial recibió del senado el privilegio de la paternidad²⁸. Por otro lado, con el triunfo del cristianismo, se hace imposible la subsistencia de estas incapacidades sucesorias que estudiamos, porque la propia religión considera una sublimación poder crear seres humanos, por lo que someterlo a premios o castigos hubiese sido una contradicción.

²⁶ C.Th.8,16,1 *Imp. Constantinus a ad populum. Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio cadescendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbis habeatur: Proposita huic nomini damna non noceant.*

- 1 *quam rem et circa feminas aestimatus earumque cervilibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus.*

- *Verum huius beneficii maritis et uxoris inter se usurpatio non patebit, quorum falleces pierumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore comibentur, sed manet inter ista personas legum prisca auctoritas.*

²⁷ Ver bibliografía, por todos: ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit. p. 109, núm. 43.

²⁸ Dión Casio 55,2,6 y 56,32 nos relata que de forma excepcional a la esposa de Augusto (Livia) se le concede el *Ius liberorum*, y el senado la incluye en el cómputo de mujeres que han parido al menos tres hijos.

Pronto la concesión de estos privilegios pasa a ser competencia del propio emperador, que se vió obligado a extender el beneficio concedido a su mujer, a otros casos. Pero ya en el año 396, las concesiones se concedían tan indiscriminadamente, que la solicitud del privilegio se consideró mero trámite, porque el resultado favorable estaba de antemano asegurado, lo que llevó más tarde al emperador Arcadio en el año 396 a disponer que se concederá el privilegio de paternidad a cuantos lo soliciten: C.Th.8,17,1, *Impp. Arcadius et honorius A.A. ad caesarium PP. Constantinopoli, 396. Sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nel inplorantium preces aetas vel tempus impediatur, sed sola siseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum.*

De tales concesiones graciosas del *ius liberorum* encontramos amplia referencia en los textos de Dión Casio, así en 10,95 y 10,2 respectivamente, Plinio el Joven solicita el privilegio y agradece su concesión; en 2,15 el mismo Plinio comunica a su amigo Crispo su alegría por haberle sido concedido tal privilegio; aún más digno de mención es el concedido a Calígula, al que se le permite heredar siendo soltero (59,15). También Marcial (*Epigr.*2,91 y 92) alude poéticamente a esta concesión, mediante la cual le atribuye unos hijos que la fortuna de la vida le había negado. Ver bibliografía: BIONDI, *La successione testamentaria e donazioni* (1943) pp. 139 ss.; D'ORS, D.P.R. p. 261, núm. 3; SAMPER, *De bonis libertorum*, en *AHDE* (197); PEROZZI, *Inst.* I, p. 419 núm. 1.

Fue por ello que se produce una importante inversión jerárquica en los primitivos propósitos de Augusto y las acuciantes necesidades demográficas se sustituyen ahora por los intereses del Estado, las miras fiscales adquieren protagonismo a costa de la eliminación de los *praemia* a la paternidad, propósito de Caracalla al inicio de su mandato.

Curiosamente, en esta progresiva reforma de las leyes augusteas, únicamente subsiste aquel conjunto de normas encaminadas a regular la sucesión de los cónyuges entre sí, cuya derogación también se produce, en nuestra opinión, por una segunda Constitución de Honorio y Teodosio del año 412, desapareciendo con ella definitivamente la clásica categoría de los *caduca*:

C.Th. 8,17,4: *Quod Imperatum ius communium liberorum superstite catullino clarissimo viro minus allegatum esse cognositur, nec succedenti obesse permittimus nec illi umquam in simili causa statuimus nociturum*²⁹.

Por último, a modo de conclusión y recogiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, admitiremos que cuando Justiniano publica en el año 534, la ley única *de Caducis Tollendi* C.6,51 derogando radicalmente la ley *Iulia* y *Papia*, en la práctica, tan discutidas leyes se daban por desaparecidas. Y no sólo por las progresivas reformas que a partir de Tiberio implican las decisiones senatoriales, sino porque eran contrarias al sentir social y ello provocó, evitar su uso, cayendo en el olvido.

²⁹ No podemos olvidar que dos años antes es abolida la *lex Decimaria* (C.Th.8,17,2) [C.8,57,2] *Impp. Honorius et Theodosius AA Isidoro P.U. varone. 4 sept.410* y (C.Th.8,17,3) [C.8,58,1] los dos textos forman una sola constitución y que en consecuencia, afectaría también a la sucesión mutua entre cónyuges según, sostiene KASER, R.P. II p. 158 núm. 8, contra la opinión de VOICI, DER I. pp. 442 y ss.