PERSONA, MATRIMONIO Y FAMILIA EN EL SISTEMA ROMANO. CONTRA LOS 'ABSTRACTISMOS' Y LOS INDIVIDUALISMOS CONTEMPORÁNEOS

Maria Pia Baccari
Libera Università Maria S.S. Assunta (Roma)

Resumen: La compilazione de Giustiniano contiene enunciazioni che potremmo ben chiamare, con linguaggio d'oggi, principi fondamentali. Principale obiettivo odierno dei romanisti deve essere quello di ricostruire la memoria storica dei giuristi tornando alle fonti contro gli astrattismi, il relativismo, l'individualismo, il positivismo, il nichilismo. I principi dello *ius Romanum* possono suscitare riflessioni e dare risposte ai problemi dell'uomo all'alba del terzo millennio? La nozione di matrimonio ha come primo elemento la *coniunctio maris atque feminae*, che è però connessa, sempre secondo lo *ius naturale*, alla procreazione ed educazione della prole.
Palabras clave: persona, matrimonio, famiglia, astrattismo, individualismo.

Abstract: Emperor Justinian's account contains certain pronouncements that we could also call, using today's language, fundamental principles. In addition to the conceptual tools of the jurists, one must also take into consideration the background of Roman concepts and make use of the principles that are rooted in Roman law, in the *ius Romanum*. A universal and concrete *ius*, that men even today can use against the anti-humanism is the *ars boni et aequi*. From this viewpoint, it is the analysis of the notion of marriage that has as its first element the *coniunctio maris atque feminae*, that is however connected, always according to the *ius naturale*, to the procreation and the education of the offspring.
Keywords: *person, marriage, family, abstractism, individualism.*

I. INTRODUCCIÓN

¿Puede hoy todavía el sistema jurídico romano enseñarnos algo? ¿Los principios del *ius Romanum*, (que comprende el *ius naturale*, el *ius civile* y el *ius gentium*), pueden suscitar ulteriores reflexiones y, sobre todo, dar respuestas a los problemas del hombre en los albores del tercer milenio?[1]

¿Un *ius* universal y concreto, *el ars boni et aequi* de los juristas romanos puede ser todavía hoy utilizado por los hombres de la así llamada época de la globalización, como un instrumento contra el anti-humanismo, el relativismo y el individualismo?

El principal objetivo actual de los romanistas debe ser el de reconstruir la memoria histórica de los juristas volviendo a las fuentes y reconstruir algunos antiguos conceptos del sistema jurídico-religioso romano.

[1] Ver M.P. BACCARI, *Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia"*, Torino 2000, pp. 5 ss.; 9 ss.; 16 ss; 36 ss.; "*Curator ventris*: tra storia e attualità", *Annali 2001*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza (a cura di G. Giacobbe), Torino 2002; "Sette note per la vita", *SDHI* 70 (2004) 507 ss.; "Siete notas por la vida", *Actas XIV Congreso Latinoamericano de Derecho romano* (Buenos Aires), en *Persona*, 2004; *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio,* Torino 2004; *La difesa del concepito nel diritto romano dai* Digesta *dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006; "Matrimonio e diritto naturale secondo la giurisprudenza romana", *Φιλία, Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F. M. d'Ippolito, Napoli 2007; G. EINSENRING, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis,* Wien-Köln-Weimar 2002, pp. 109 ss.; W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto. Dall'antichità ad oggi*, Città del Vaticano 2001; Id., *Ins Herz geschrieben: Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Salzburg 2010, pp. 15 ss.; 46 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

Me limito a señalar la ya conocida definición ulpianea de *familia* y la definición de matrimonio, con relación al *ius naturale* para profundizar mas adelante sobre el tema de la mujer y de la tutela de la vida del concebido[2].

II. FAMILIA ("DERECHO DE FAMILIA" E INDIVIDUALISMOS, MATRIMONIO, ENTRE *IUS NATURALE* E *IUS CIVILE*)

A. Ulpiano, jurista del siglo III después de Cristo (d. C.), prestaba mucha atención a las problemáticas de la *familia*: le debemos la definición de *familia* contenida en el título *de verborum significatione* del libro L del Digesto (D.50,16,95), además de la definición de *ius naturale* como derecho que la naturaleza enseña a todos los animales. En el primer título del primer libro del *Digesto* de Justiniano (bajo el título de *iustitia et iure*) leemos la definición ulpianea de matrimonio como instituto de derecho natural (D.1,1,1,3)[3].

En el *de verborum significatione* Justiniano describe la *familia*, como un instituto centrado en la *potestas* del *paterfamilias: «Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur»*; la *familia proprio iure* es definida de la *potestas* a la cual están "sujetas", o por *natura* o por *ius*, las *plures personae* que la componen (D.50,16,195)[4].

La concepción romana de la familia es el núcleo del pensamiento jurídico de Giorgio La Pira: sobre ella se desarrolla toda la construcción jurídica, por lo que concierne al derecho público y al derecho privado (así como a las conexiones de estos entre sí) y también, mirándolo detenidamente, por lo que se refiere a los aspectos internacionales del Derecho.

El estado -esto es, el orden jurídico- no es más que el principio armónico de la coexistencia de las 'personas' que lo constituyen. Los individuos -primero colectivamente, después individualmente- son siempre los primeros elementos constitutivos del orden jurídico: lo que no es una superposición externa, sino que procede como exigencia intrínseca del coexistir de los individuos y de las *familiae*. Es decir, que la abstracta autonomía de las personas cede algo de su carácter absoluto, acepta una heteronomía por una intrínseca necesidad de vida y de desarrollo; esta heteronomía (más o menos desarrollada en el curso de la historia) constituye el orden jurídico y el estado que lo representa. Pero toda esfera jurídica tiene verdaderamente *ex se* y no por atribución estatal un límite intrínseco de autonomía que no puede nunca ni reducirse ni faltar»[5].

El concepto de familia en la Constitución de la República italiana se basa sobre el concepto

---

[2] El *ius naturale* se coloca dentro del *ius privatum* (unitamente allo *ius gentium* e allo *ius civile*) y por lo tanto antes de todo no está separado de la realidad concreta (relegado en la "religión", "filosofía" o "metafísica") sino que existe (es válido) para la utilidad de los individuos (*utilitas singulorum*). En otras palabras, el derecho natural protege a cada individuo, y en particular, la *utilitas* de quienes deben ser defendidos por el derecho.

[3] "*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis, proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hic educatio*". Ver F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "Legge morale naturale, diritto naturale, legge evangelica", en AA.VV. (a cura di R. Gerardi), *La legge morale naturale*, Roma, Lateran University Press, 2007, pp. 79 ss..

[4] "*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias ... pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat*». Conf. «*lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*" (D.1,5,24).

[5] Traducción de J.Mª. Castán Vázquez, secretario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. La versión original de este artículo, en italiano y sin notas, se publicó en *L'Osservatore Romano* del 9 de enero de 1994, con ocasión de los noventa años del nacimiento de G. La Pira. Ver también *Index* 23 (Napoli 1995) 25 ss. G. LA PIRA, *Lettere a S. Pugliatti (1920-1939)*, Roma 1980, p. 65 s..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

romano precristiano.

Barcellona ha notado que a menudo se "tiende a identificar la noción de familia con la de derecho de familia"[6]. Con lo cual podríamos decir que a la importancia de la familia, en el cuadro de los *iura personarum*, correspondía, en el sistema jurídico-religioso romano, la falta de un "derecho de familia"[7]. De acuerdo con lo dicho el "derecho de familia" ha sido construido, en relación con la afirmación de las doctrinas subjetivista e individualista, a partir de finales del siglo XVIII. Las reformas del derecho de familia en la segunda mitad de nuestro siglo son, según Mengoni, un legado del individualismo de impronta iluminista: "ellas padecen la ambivalencia característica del iluminismo, el cual, de una parte exalta el subjetivismo y el individualismo, pero de la otra, justamente porque es hostil a las potestades privadas, siempre ha sido propicio a la intervención de los controles sociales"[8].

La historia de la cultura jurídica europea se caracteriza, según Busnelli, "por una dialéctica que puede resumirse en términos de una "resistencia" de la tradición canónico-romanística frente a la penetración de las "modernas ideas" introducidas, primero por el individualismo liberal, y después por el individualismo libertario"[9]. Un estudioso estadounidense pone en evidencia que en el sistema latinoamericano la familia constituye "la unidad social", no el individuo[10].

B. En el primer título del primer libro del Digesto de Justiniano (bajo la rúbrica *de iustitia et iure*), leemos la definición de matrimonio como instituto de derecho natural:

> «*ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*» (D.1,1,1,3).

El matrimonio, según afirma Ulpiano, es pues un instituto fundado en la naturaleza, es decir que tiene su regla en el *ius naturale* considerado común a todos los animales[11]. La noción de matrimonio tiene como principal elemento la *coniunctio maris atque feminae*, que está

---

[6] P. BARCELLONA, "Famiglia (dir. civ.)", *ED* XVI (Milano 1967) pp. 779 ss..

[7] Ver G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Milano 1984, pp. 16 ss., para la crítica de la «impalcatura della contemporanea costruzione di un antico "Familienrecht"».

[8] Ver L. MENGONI, "La famiglia tra pubblico e privato negli ordinamenti giuridici europei", *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa, Atti VI Colloquio giuridico, aprile 1986* (Roma 1987) pp. 239 ss., especialmente p. 246; además el A. añade, acerca del art. 147 del Código Civil italiano referido al proceso educativo: «è stato soppresso il vincolo dell'attività educativa ai 'principi della morale', che era uno degli indici più significativi della concezione istituzionalistica, di matrice idealistica, sottesa al codice del 1942, la quale postulava l'integrazione dell'etica familiare nell'etica dello Stato e nell'interesse pubblico alla conservazione e allo sviluppo ordinato della società politica. La cancellazione del rinvio ai principi della morale non va intesa nel senso di un modello di educazione assiologicamente neutrale, ma piuttosto nel senso che i genitori non sono vincolati a nessun sistema etico, e tanto meno alla c.d. morale corrente» (p. 242 s.).

[9] F. D. BUSNELLI, "La famiglia nella cultura giuridica europea", *cit.*, p. 150.

[10] P.J. EDER, *Principios característicos del "common law" y del derecho latinoamericano*, Buenos Aires 1960, pp. 149 ss.. En la perspectiva de la "resistencia" del "sistema jurídico romanista" ver P. CATALANO, "Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y derecho romano", *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, 85 (Madrid 1982) p. 175 s.; Id., "Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano", *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Juridica et Politica*, 33,8, *Studia in honorem E. Pólay septuagenarii*, Szeged 1985, ora in Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, pp. 116 ss.; véase también H. EICHLER, "Privatrecht in Lateinamerika", *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für E. C. Hellbling zum 80 Geburtstag* (Berlin 1981) pp. 502 ss..

[11] Nótese además que en muchos pasos de Ulpiano se emplea el adjetivo *naturalis*: además de *ius* y *aequitas*, *naturalis* especifica conceptos jurídicos tales como *familia*, *pater*, *avus*, *filius*, *liberi*, *possessio*, *obligatio*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

relacionada, según el *ius naturale*, con la procreación y con la educación de la prole; y aquí podemos volver a recordar los *Tituli ex corpore Ulpiani* (III.3): "*liberorum quaerendorum causa*"[12]. La afirmación del carácter jurídico, (según el derecho natural), de la *coniunctio maris atque feminae*, al que siguen la *procreatio y* la *educatio*, se remonta al menos a la jurisprudencia del periodo de los Severo; que hará propia mas adelante el Emperador Justiniano: *Institutiones* 1,2 pr., véase también la Paráfrasis de Teofilo 1,2 pr.).

El *ius naturale* es entonces aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, de lo que se derivan (*hinc descendit*) la *maris atque feminae coniunctio,* que nosotros llamamos *matrimonio* (*quam nos matrimonium appellamus*), la procreación *hinc liberorum procreatio*), y la educación de los hijos (*hinc educatio*) (D.1,1,1,3). La secuencia de los adverbios parece indicar actos concatenados.

Como lo ha señalado Di Marzo, en la edad más antigua la *procreatio* "designaba" la esencia misma del matrimonio[13]. Según algunos estudiosos, en la concepción romana, la *procreatio* es el objetivo del matrimonio aun cuando éste no es mencionado expresamente en las definiciones[14]. Véanse las expresiones "*liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit*" en los *Tituli ex corpore Ulpiani*[15], III.3 y "*liberorum procreandorum causa*" en C.5,4,9, del Emperador Probo[16]. Esta definición jurídica de matrimonio y aquella más general del derecho natural como derecho común a todos los animales, ha sido, desafortunadamente, subvalorada por la doctrina romanista contemporánea, a pesar de la posición asignada a ellas por Justiniano, al inicio del Digesto[17].

La doctrina romanista contemporánea, además del concepto ulpianeo de matrimonio, ha descuidado las consecuencias jurídicas implícitas en tal concepto y además lo relacionado con el problema sistemático. Algunos autores han dudado, muchas veces, de la relevancia jurídica de las antiguas definiciones de matrimonio[18].

---

[12] M.P. BACCARI, "*Ius naturale* e *praecepta iuris* nella giurisprudenza: Ulpiano precursore dei diritti umani?", *La legge morale naturale. Problemi e prospettive*, a cura di R. Gerardi, Roma 2007, pp. 207 ss.; "Alcune osservazioni sui 'diritti umani'", *Revista general de derecho romano* 12, 2009; entrada "Diritti umani", *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica* (a cura di E. Sgreccia e A. Tarantino), IV, Napoli 2011, pp. 349 ss..

[13] S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Palermo (s.f pero es de 1919), p. 3 s..

[14] Ver O. ROBLEDA, *El matrimonio en el derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, pp. 61 ss., también a propósito de Gayo 1,29, *Tit. Ulp.* III.3 e C.5,4,9; Id., "Riflessi romanistici nella definizione canonica del matrimonio", *Gregorianum* 56 (1975) 407 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino 1992, p. 34; 130 s. (éste recuerda que: «il matrimonio è preordinato al fine della procreazione della prole»).

[15] Empleo la dicción *Tituli ex corpore Ulpiani* aun tienendo en cuenta que no es "completamente correcta": ver F. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli 1997, p. 13.

[16] Ver O.M. PÉTER, "*Liberorum quaerundorum causa*. L'image idéale du mariage et la filiation à Rome", *RIDA*, 3e s., 38 (1991) pp. 285 ss., para las referencias a las fuentes extrajurídicas.

[17] Ver más ampliamente mi trabajo *Concetti ulpianei per un "diritto di famiglia"*, Torino 2001. Fue en cambio muy distinta la suerte que tuvo en la doctrina medieval y también en la moderna. Para un análisis rápido de la doctrina medieval y en especial los glosadores, véase J. HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 1991, pp. 123 ss., quien destaca la opinión divergente de Martino, glo. *Ius* a Inst. 1,2: «es de destacar que no faltó entre los glosadores quien hiciera notar que el derecho es una realidad específicamente humana -el arte de lo bueno y de lo justo- y por consiguiente no es derecho, en el sentido proprio de la palabra, lo que encontramos en los animales»; F. SALERNO, "Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana", en Id., *La sacramentalità nella definizione del matrimonio*, Città del Vaticano 1995, pp. 35 ss.. Acerca del pensamiento de Tomás de Aquino, J.M. AUBERT, *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas*, Paris 1955, pp. 91 ss.; 109 ss..

[18] Acerca de esta problemática ver C. CASTELLO, "La definizione di matrimonio secondo Modestino", *Atti Colloquio romanistico-canonistico* (febbraio 1978), Roma 1979, pp. 267 ss., en especial las pp. 270 y 272, el cual concluye: «tuttavia credo che tali giudizi possono essere omessi senza danno»; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, cit.*, p. 24. En cambio, según M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 131, la definición de Modestino «enfatizza momenti a carattere etico-religioso, non immediatamente rilevanti ai fini della disciplina giuridica del matrimonio romano».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

La definición de matrimonio que se encuentra en las *Institutiones* de Justiniano («*Nuptiae ... sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*»: I.1,9,1) debe leerse junto con la definición del derecho natural. El concepto de *coniunctio* sirvió de base a varias concepciones (modernas) del matrimonio romano[19].

Ha sido observado y con razón que "la *coniunctio* en todo caso pone en evidencia que en las *nuptiae* es esencial la diversidad de sexo entre animales pertenecientes a la misma especie"[20]. Ulpiano y Modestino hablan de *coniunctio maris et feminae*, Justiniano habla de *viri et mulieris coniunctio.*

Resaltamos aquí la importancia de la voluntad de seguir adelante con el vínculo adquirido, el cual encuentra su fundamento en la *communicatio, communio* del derecho humano y divino. Se puede también hablar en la época romana pre-cristiana del carácter sagrado del vínculo[21].

Más que la "raíz jurídica", La Pira busca en el pensamiento de los juristas antiguos la "razón ontológica" para mostrar de nuevo la «diversidad estructural entre el contrato consensual de Derecho privado y el acto bilateral matrimonial que sale del ámbito del Derecho privado y se sitúa en el ámbito del Derecho público». El matrimonio de *ius civile*: «Es acto bilateral (marido y mujer), consensual (*consensus facit nuptias*, decían los romanos), que crea ¿qué?... ¿algo nuevo? Es evidente que en el sistema giuridico-religioso romano el matrimonio crea un organismo, un nuevo ser, una unidad (ontológica) social nueva: funda una sociedad nueva que los Romanos (come dice Cicerón) ven justamente como "*principium urbis*", "*seminarium rei publicae*", "*pusilla res publica*"; piedra fundamental en cierto modo de la *civitas* y de toda la sociedad humana (¡Séneca!).

Los juristas romanos habían "visto" -al definir el matrimonio- esta creación de la nueva unidad ontológica, esta estructural "comunión" de los cónyuges que los convierte (en cierto modo) en un solo ser y una sola vida (*conjuctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini atque humani juris communicatio*, D.23,2,1; *...individuam consuetudinem vitae continens*, Instituciones 1,9,1): hace nacer un *corpus familiae* (D.50,16,195,2)»[22].

De las fuentes jurídicas romanas recibimos la definición de matrimonio de *ius naturale* y matrimonio de *ius civile*. En relación con el matrimonio, existen nociones no conformes a las fuentes, y en particular me refiero a la noción de *matrimonium iuris gentium*. Se ha dicho que los juristas romanos no conocieron un *matrimonium iuris gentium*[23]; y ha sido señalado que este "término falaz", no fue usado en las fuentes antiguas y que acuñado por los estudiosos

---

[19] Véase últimamente U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma 1999, pp. 17 ss..

[20] C. CASTELLO, "La definizione di matrimonio", cit., pp. 267 ss., especialmente p. 272; el A. recuerda asimismo varios sinónimos de *coniunctio*: *amicitia, amor, benevolentia, caritas, cognatio, commixtio, communicatio, communitas, comprehensio, concordia, confusio, congregatio, coniugatum, coniugium, consortium, conspiratio, continuatio, convenientia, conventio, convictio, copulatio, familiaritas, germanitas, harmonia, matrimonium, necessitudo, nexus, societas.* Finalmente, acerca de la terminología, véase G. DE BONFILS, "La 'terminologia matrimoniale' di Costanzo II. Uso della lingua e adattamento politico", en *Labeo*, 42, 1996, pp. 254 y ss., quien sostiene, a la luz de algunos textos, que *consortium* no puede considerarse un sinónimo de *matrimonium*. Véase, también a propósito de CTh.9,7,8, F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustinianeo e bizantino*, Torino 1975, p. 65.

[21] Viene a la memoria el célebre paso de Gelio (*Noctes Atticae*, IV.3), en el que se cuenta que durante quinientos años desde de la fundación de Roma no hubo "divorcios" y el primero ocurrió en un contexto de gran sufrimiento para no quebrantar una obligación tomada a través de un juramento.

[22] Es este el pensamiento de Giorgio La Pira, romanista, hombre político, alcalde de Florencia. Ver P. CATALANO, "La famiglia sorgente della storia, secondo Giorgio La Pira", *Index* 23 (1995) 25 ss.; y S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo s.f., pp. 1 ss..

[23] Véase M. KASER, *Ius gentium, cit.*, p. 117, n. 480: «Ein *matrimonium iuris gentium* haben uns die Römer aber nirgends überliefert».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

modernos, puede engendrar "peligrosas confusiones"[24].

III. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA CONDICIÓN DE LA MUJER

En la *familia* romana la mujer desempeñaba un papel central. Los juristas romanos (*prudentes, ellos*) adoptaban varios términos para referirse a la mujer y a su *status*; se trata de términos concretos: *femina, mulier, uxor, materfamilias, mater civilis, mulier pregnans, vidua, libera, serva, ancilla*. Papiniano afirma que muchas disposiciones colocan a la mujer en una condición de desventaja (*deterior*) respecto a la del hombre (D.1,5,9)[25], sin embargo, esta posición de desventaja es algo distinto a una condición de inferioridad.

La "política demográfica" fue seguramente un factor relevante y en el mundo romano fue una de las grandes preocupaciones de los Emperadores quienes tomaron medidas para el aumento de los nacimientos, incentivando los matrimonios y la procreación.

El derecho romano defiende la vida humana desde la concepción[26]. Los juristas romanos empleaban, con referencia al concebido, una terminología bastante concreta y simple, por ejemplo *qui in utero est, partus venter*[27] y no meras abstracciones (abstractismos) conceptuales[28], usadas hoy comúnmente por la doctrina o por parte de los legisladores, como, por ejemplo, derecho subjetivo, sujeto de derecho, personalidad jurídica, capacidad jurídica, capacidad de actuar que nos alejan inevitablemente de los "*res humanae*" ¡y son difíciles de entender por parte de los no-expertos![29]

---

[24] Así E. VOLTERRA, "Matrimonio (diritto romano)", *ED* XXV (Milano 1975) 773 ss., quien añade que el término *matrimonium iuris gentium* es peligroso si se aplica a las uniones conyugales «fra persone prive fra loro di *conubium*, unioni che i giuristi classici hanno sempre considerato come inesistenti rispetto al diritto romano». Por contra, M. TALAMANCA, *Rec.* a M. Kaser, cit., pp. 272 ss., espec. pp. 284 sig.: «Il matrimonio e la filiazione sono, in Ulp. 1 *Inst.* D.1,1,1,3, gli esempi tipici del *ius naturale*, comune a tutti gli *animalia*: una simile impostazione sarebbe impossibile se, con ogni verisimiglianza nel solco della tradizione, il giurista non li ritenesse comuni anche a tutti gli uomini, e quindi implicitamente di *ius gentium*»; ver. Id., "*Ius gentium* da Adriano ai Severi", *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Incontri di studio (Napoli gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, pp. 191 ss..

[25] "*In multis nostris articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*".

[26] F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La Vida: principio rector del Derecho*, Madrid 1999.

[27] Sobre la terminología romana ver M.P. Baccari, "Siete notas por la vida", *cit.*: «aquí entonces, el sentido de las "siete notas por la vida": es mi intención hacer referencia, articulándolos en siete puntos, aquellos principios y disposiciones concretos con los cuales *qui in utero est*, era tomado en consideración y era tutelado, y ofrecerlos como punto de partida para una reflexión sobre la exigencia esencial que garantice, por parte de los juristas, una efectiva defensa de la vida desde el momento de la concepción, sin permitir que los enemigos del concebido (desde el individualismo al positivismo al relativismo ético, que no obstante parecerían coincidir con los enemigos del derecho romano) empleando una terminología cada vez más abstracta escondan con manipulaciones conceptuales facinerosas, o de todas formas, mitiguen situaciones anti-jurídicas para sustraerse al rigor del derecho, distrayendo la atención, en este momento, de la "persona" del concebido»; "Dal *curator ventris* al tutor de los embriones", en *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi, I quaderni dell'Archivio*, 3, a cura di M.P. Baccari, Modena 2011, pp. 27 ss.; "Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira)", *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 135 ss.; P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, pp. 216 ss.; G. Fontana, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino 1994; en general para una investigación terminológica y conceptual sobre los usos y significados de persona y de *homo* en los escritos de Gayo ver M. Lubrano, *Persona homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino 2002, pp. 3 ss..

[28] R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 404 y ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La vida, cit.*; P. CATALANO, Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1,1,12", *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2000, pp. 97 ss.; permítaseme referirme nuevamente a M.P. BACCARI, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996, pp. 3 ss. (ver 2ª ed., 2011); Id., *Concetti ulpianei, cit,* pp. 6 ss.; 32 ss.; 90 ss..

[29] En un documento firmado por algunos científicos se habla de "producto de la concepción", allí donde cualquier mujer embarazada sin ser científico o jurista, aún analfabeta, dice "espero un niño". Hoy, habiendo dejado atrás un siglo, el vigésimo, caracterizado por las exultantes conquistas de la tecnología y de la ciencia, pero también por los

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

En la terminología de la tradición romana desde Gayo (jurista del siglo II d. C.) hasta el código civil argentino el término "persona" se usa también con referencia al concebido[30].

A. *Mulier* y *partus*.

Ulpiano, como vimos, en general, recurre reiteradamente al término *foemina*, para referirse al matrimonio de *ius naturale* y a la *coniunctio* con el hombre (*maris*). *Mater*, en relacion con la *lex naturae*, es un concepto utilizado por Ulpiano respecto de los hijos que nacen fuera de las *iustae nuptiae*, quienes siguen la condición de la madre, con referencia al momento de la concepción: la *lex specialis* deroga el *ius naturae* (D.1,5,24)[31]. La referencia se hará en relación con otro momento, y no necesariamente con el de la concepción, si el mismo resulta más favorable: el hijo nacerá libre si la madre, durante el embarazo, ha obtenido la libertad (D.1,5,5,3; 2).

Ulpiano toma en consideración la mujer (*mulier*) o incluso la esposa (*uxor*) en cuanto encinta, embarazada, preñada, (*praegnans*). Esto merece una aclaración.

El *curator ventris* también protege a *qui in utero est*, hasta el momento del nacimiento. Ahora bien, el *curator ventris* es una institución del derecho romano que defiende esencialmente a la mujer encinta. Ulpiano (D.37,9,1,17), afirma que la mujer "suele pedir" un curador (*solet mulier curatorem ventri petere*).

Esto implica que la *dignitas* de la mujer que el *curator* debe tutelar, debe referirse no tanto al aspecto económico de la vida, sino a la importante función procreadora de la mujer en cuanto tal (*mulier*) antes que a la función de madre o de esposa. Función ésta relacionada al "crecimiento" del pueblo (podemos decir: relacionada con el crecimiento demográfico).

El *curator ventris* protege a la mujer (*mulier*), al concebido (*qui in utero est*) y a la *res publica*. Los juristas romanos también explican los motivos, vinculados no solo con la *familia* y los *parentes* (padres) sino también y sobre todo con la *res publica*, por los cuales deben ser asegurados los alimentos al concebido: «no dudamos que ... debe auxiliar el pretor el que está en el claustro materno [al concebido], con tanta más razón cuanto que es más digna de favor la causa del feto, que la del impúbero [niño]: porque al feto se le favorece para esto, para que sea dado a luz, y al impúbero para que sea introducido en la familia; pues ha de ser alimentado

---

delitos más atroces contra el hombre (desde las persecuciones raciales al aborto), puede ser útil el pensamiento de los juristas romanos que han tutelado la vida, con instrumentos eficaces sin las modernas tecnologías de hoy. Ellos alcanzaban 'a ver con antelación' basándose en los principios (aún más allá de las técnicas) allí donde hoy los "legisladores" a duras penas logran seguir las tecnologías.

[30] Esta pequeña contribución se refiere sintéticamente a algunos temas que he analizado en otros trabajos más amplios, a los que reenvío para las necesarias profundizaciones y la biografía, sobre *Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia" cit.*; "Il *curator ventris* tra storia ed attualità", *Annali 2001 Lumsa* (ed. G. Giacobbe), Torino 2001, pp. 43 ss.; *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino 2004, pp. 41 y ss.; *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai* Digesta *dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006. Y una monografía de próxima publicación sobre *Curator ventris*. P. CATALANO, *Diritto e persone,* pp. 195 ss. "Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)"; M. GAYOSSO y NAVARRETE, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y actual*, Veracruz 1992; M. G. PETRUCCI, "Quale status per il nascituro?", *Rassegna di diritto civile* (1998) 462; P. FERRETTI, "Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di *qui in utero sunt*", *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. N.S.* 13 (1999) 96 ss.; W. WALDSTEIN, "Quelleninterpretation und *status* des *nasciturus*", en *Status familiae. Festschrift für A. Wacke zum 65 Geburtstag*, München 2001, pp. 513 ss.; T. MAYER-MALY, "Das Menschenbild des Rechts", en AA.VV., *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia*, a cura di A. Loiodice – M. Vari, Roma 2003, p. 35.

[31] "*Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legittimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*". Ver B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano 1951, II, pp. 16 s., quien, en relación con este parágrafo justinianeo, cita otro parágrafo del mismo jurista en D.1,1,6: "la derogación se califica como *lex specialis* respecto del *ius naturale*, que en el parágrafo allí citado se califica explícitamente como *ius commune*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

este feto, que nace no solamente para el padre, de quien dice que es, sino también para la *res publica*» (Ulpiano D.37,9,1, 15).

El "crecimiento" del pueblo (*civitas augescens*) es un principio muy conocido ya sea en la jurisprudencia (*Digesta Iustiniani*), como en la legislación (*civitas amplianda*: Código de Justiniano)[32].

El nacimiento se considera sólo como un plazo dentro del cual se extingue la tarea confiada al *curator ventris*, cual es la de proveer a los alimentos y demás necesidades de la madre y del concebido.

IV. ENEMIGOS DEL MATRIMONIO (DE LA MUJER, DEL CONCEBIDO, DE LA FAMILIA) Y DEL DERECHO ROMANO

Contra el relativismo y el individualismo, el estatismo y el positivismo (y el factualismo) a favor del matrimonio y de la familia la voz de los juristas es cada vez más débil. Desafortunadamente, desde hace una década, los estudiosos de las diferentes disciplinas jurídicas, han abdicado al rol de "juristas", se han limitado a fotografiar o "a avalar la realidad de los hechos"[33] recurriendo a pulsiones, es decir a satisfacer el deseo de los individuos, sin esforzarse por retomar instrumentos a defensa del hombre, para proponerlos luego, -según la tarea principal de los juristas- a los legisladores y a los jueces.

A) En las legislaciones de algunos Países europeos, incluso alterando la terminología, han sido manipulados los conceptos jurídicos y la naturaleza misma de las cosas: piénsese a las legislaciones que pretenden extender el concepto, (y por lo tanto las normas), del *matrimonium* a hechos diferentes de la *maris atque feminae coniunctio*. En algunos Países europeos se ha dado "reconocimiento público" a las uniones de individuos homosexuales, en algunos casos permitiendo, a través de una alteración de la terminología jurídica, de contraer matrimonio[34]. Estas normas han sido adoptadas en dos Reinos del Norte de Europa y luego en el Reino de España.

En particular recuerdo las recientes modificaciones de los artículos del Código civil español, manipulando la terminología: han reemplazado las palabras "marido" y "mujer" con el

---

[32] Se me permita remitir a mi escrito: "Il concetto giuridico di *civitas augescens*: origine e continuità", *Studi in memoria di G. Lombardi*, *SDHI* 61 (1995) pp. 759 ss.; *civitas augescens* lo emplea *Pomponio* en el conocido paso del *Liber singulari enchiridii*: D.1,2,2,7; *Cittadini popoli e comunione*, *cit.*, 55 ss.; *ibi* bibliografía, especialmente por lo que se refiere al análisis del pensamiento, acerca de estos temas, de D. Nörr y P. Catalano; M. CACCIARI, "Il mito della *civitas augescens*", *Il Veltro. Rivista della civiltà italiana* 2-4, 41 (1997) 161 ss.. El incremento de la *multitudo* de los *cives* es un principio que hay que amparar. Los procesos de ampliación de la *civitas* están pues relacionados con la convicción de que estos redundan en provecho para todo el *populus*. Reflexiónese sobre las meditaciones de G. OPPO, "Declino del soggetto e ascesa della persona", *Rivista Diritto Civile* (2003) 829 ss., a propósito de la *iuris societas civium*: "como comunión de derecho, con la capacidad de extenderse más allá de las diferencias territoriales, étnicas y religiosas y de la 'correspondiente' *civitas amplianda*... "mejor que el pomponiano de *civitas ausgescens*, concepto este último que parece mas bien de extensión de la esfera de acción de un derecho determinado" (p. 835). La atención del ilustre Maestro por estos temas se remonta a años lejanos: ver el ensayo "Note sull'istituzione di non concepiti", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1948) 66 ss..

[33] F. D. BUSNELLI, "Vita umana (e sue 'nuove' frontiere)", en *Bioetica e diritto privato*, Torino 2001, pp. 271 ss..

[34] Véase la legislación de los Paises Bajos, de Bélgica. Para un marco de referencia de la normativa examinada, incluso comunitaria y para la bibliografía véase F. VARI, "Famiglia unioni *more uxorio* e altre forme di convivenza: principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario", en A. LOIODICE-I. LOIODICE-F. VARI, *La nuova generazione dei problemi costituzionali*, Roma 2006, 115 ss.; Id., *Contributo allo studio della famiglia nella costituzione italiana*, I, Bari 2004; M. ORLANDI, "Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia", *Giurisprudenza di merito* (2005) 2292 ss.. Para algunos aspectos véase E. ROSSI, "L'Europa e i gay", *Quaderni costituzionali* (2000) 404 ss., quien recuerda la definición del matrimonio propia de la tradición romanística, según la cual '*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae*', es decir, otra vez más la necesidad de considerar coesencial a la familia la potencialidad procreativa.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

término "cónyuges" y a las palabras "padre" y "madre" con el término "progenitores", han hecho así que personas del mismo sexo puedan acceder al matrimonio, así como a la adopción de menores[35].

Además, estas normas serían contrarias a la Constitución: la Constitución define expresamente el matrimonio en consideración a la (natural) diferencia entre macho y hembra. El art. 32 de la Constitución española proclama solemnemente: "El hombre y el mujer tienen derecho a contraer boda con plena igualdad jurídica"[36] .

Las disposiciones aquí consideradas deben calificarse no sólo y no tanto como "leyes injustas" sino como normas "contra natura" y jurídicamente contradictorias, absurdas y antidemocráticas, (evidentemente, por lo tanto, "no leyes")[37].

La alteración normativa del concepto de matrimonio viola la *natura* (de las cosas humanas) y viola su reflejo constitucional. Esta clara afirmación permitirá solicitar a los poderes públicos, (incluso a los Reyes) y en general a los pueblos una actitud firme: no sólo de individual "objeción de conciencia" sino también y sobretodo de resistencia, individual y colectiva.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Hace falta identificar a los que han traicionado los principios jurídicos, a los que quieren cortar las raíces, borrar la memoria histórica y poner la mordaza a los juristas, en particular a los romanistas.

Actualmente, el objetivo principal de los romanistas tiene que ser el de reconstruir la memoria histórica de los juristas volviendo a las fuentes, retomando algunos antiguos conceptos del sistema jurídico romano, eliminando abstracciones (abstractismos), incrustaciones y estratificaciones terminológicas y conceptuales acumuladas en los últimos dos siglos sobre los conceptos romanos que pueden ser atribuidos entre otros, al individualismo, al estatismo, al positivismo jurídico, al realismo y, en fin, al relativismo[38] y que impiden la comprensión de la antigua concepción del *ius*.

He aquí entonces la necesidad de volver a considerar el derecho como "sistema de lo bueno y de lo ecuánime", *ius este de ars boni et aequi* D.1.1.1.

Hoy se habla de "crisis de la familia", como en las décadas pasadas se ha hablado de "crisis del derecho", pero en realidad es la familia que esta siendo atacada desde muchos frentes, (los enemigos son el individualismo, el relativismo etc.

---

[35] Ver en el ordenamiento español la siguiente disposición: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo", art. 44 del Código Civil.

[36] Sul punto ver D. ESPÍN CÁNOVAS, *Artículo 32*, en *Comentarios a la Constitucion española de 1978*, a cura di O. Alzaga Villaamil, Madrid 1996, p. 456. Sobre el art. 32 de la Constitución española ver F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid 1992, 234 ss.; J. GÁLVEZ, *Artículo 32*, en *Comentarios a la Constitución*, ed. F. Garrido Falla, Madrid 1985, 678 y ss.; O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid 1978, 284 ss..

[37] Ver G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino 1965, pp. 123 ss..

[38] En esta lista, en parte se pueden individuar, más allá de de los enemigos del derecho a la vida y del concebido, también los enemigos del derecho romano: M.P. BACCARI, *Concepito, cit.*, pp. 16 ss; 21 ss.; véase también para profundizar el tema del "aumento" del pueblo (*civitas augescens* e *civitas amplianda*, *supra* e *infra*) en el interés de la *res publica* (pp. 47 y sig.), 21 ss.; P. CATALANO, *Diritto e persone, cit.*, p. VII, destaca las incrustaciones acumuladas en los últimos dos siglos acerca del concepto romano de *ius* atribuibles «all'individualismo (borghese) e allo statalismo, al positivismo giuridico e al realismo (nordamericano o scandinavo), al normativismo e all'istituzionalismo... alla *sociological jurisprudence*, al *judge made law*, al *case law*». Tales incrustaciones conceptuales impiden la comprensión de la antigua concepción del *ius*; véase, acerca de esto, la entrada di P. CATALANO, "*Ius/iustitia/Iustitia*", *Enciclopedia Virgiliana*, III, Roma 1987, pp. 66 ss.; Id., "Diritto, soggetti, oggetti", pp. 97 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077

Es necesaria una iniciativa política fuerte que tutele la familia, que reconozca los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio, según el dictado de la misma *Constitución de la República italiana*, (cfr. art. 29), y que vuelva socialmente y económicamente menos onerosa la generación[39] y la educación de los hijos[40].

El mensaje que lanzamos al hombre de hoy que pudiera ayudarlo a salir de las tinieblas en las que se encuentra, después que se ha introducido en la calle sin salida del *individualismo* y de la autodestrucción es la "participación", (comunión "solidaridad"), que "consiste en la disponibilidad del hombre (ser humano) a desarrollar la parte que le compete dentro de una comunidad, por el bien común" sobre cada particularismo hasta llegar a la realización completa de la persona en el ámbito de la familia y por ende, de la sociedad, recordando la antigua enseñanza de Hermogeniano: *omne ius consitutum est causa hominum*[41].

[39] Ver *supra civitas augescens - civitas amplianda.*
[40] Ver P. BONFANTE, *Corso di diritto romano,* vol. I, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 280.
[41] Ver S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli 2009.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0077