La formula de los *variarum*, 7.40. formula de matrimonio *confirmando et liberis legitimis faciendis*

Mª Eugenia Ortuño Pérez
Universidad de Barcelona

Aeternum est beneficium quod posteritatis fuerit favore collatum nec plus est conveniens regi quam si humanae praestet origini. in lucem quippe venturus casus suscipere non meretur adversos, ne ante gravamen districtionis incurrat quam gaudia supernae lucis inveniat. Oblata itaque supplicatione depromis mulierem quam tibi placitus illigavit amplexus, beneficio nostro iugali honestate debere sociari, ut ex ea liberi nati nomen nanciscantur heredum, nam cum spontanea copula animantia cuncta consociet dignumque unicuique videatur esse quod placuit, durum est ibi libertatem liberam non haberi, unde liberi procreantur. Et ideo illam quae, sicut iure praecipitur, honestate non fuisse probatur aequalis, legitimam tibi fieri censemus uxorem et filios ex eadem coniuge, sive qui suscepti sunt sive qui sunt suscipiendi, heredum volumus iura sortiri, ut sub nulla dubietate diligas quos tibi absolute successores futuros esse cognoscas. Natura enim tibi praestitit filios, sed nos tali securitate facimus esse carissimos.

Casiodoro redacta la fórmula relativa a la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio[1] en un momento de fluctuación legislativa al respecto, fluctuación que se había ido produciendo desde que se admitió por primera vez esta posibilidad por parte de Constantino[2]. No cesó hasta que Justiniano[3] zanjara la cuestión.

[1] De atribuirse la autoría del *Edictum Theoderici Regis* al rey ostrogodo Teodorico, ha de tenerse en cuenta que en el mismo no se contempla el contenido de la fórmula, sino que alude a: ET, 36, *Si quis ad nuptias non legitimas aspiraverit, legum censuram penitus non enadat; qui nec iustum matrimonium nec filios sciat se habere legitimos.* [Cf.: Gai, 1,64; CJ. 5,5,6 (a. 396)].

[2] La constitución de Constantino fue recogida por el emperador Zenón y figura compilada en CJ. 5,27,5 (a. 476). Cf.: M. SARGENTI, *Il Diritto Privato nella Legislazione di Costantino. Persone e Famiglia.* Milano, 1.938, pp. 134 ss. R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino.* Pamplona, 1.989, pp. 73 ss. B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano.* Vol. III. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto Publico.* Milano, 1.952, pp. 69 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

El contenido de esta fórmula constata la información directa y precisa que poseían tanto Casiodoro como el propio rey ostrogodo sobre lo que, en su tiempo, acontecía en Oriente[4].

El hecho de que todos los escritos que figuran en las *Variae,* incluidas las fórmulas, no estén datados, sino que solo consta la fecha en algunos de ellos[5] -y entre los que no se encuentra esta fórmula-, hace que, desde el punto de vista dogmático, tenga que indagarse sobre la regulación concreta de derecho positivo, a la que se refiere la misma, teniendo como límite temporal el año 537, que es cuando se considera que concluyó por completo la obra.

La fórmula debió redactarse o bien antes del 519, fecha en la que el emperador Justino[6] suprimió la legitimación por matrimonio, además de prohibir la adrogación de los *liberii naturales*, o bien, después a partir del año 529, cuando Justiniano[7] volvió a instaurar la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Atendiendo a los elementos que se aluden en la redacción, puede entenderse que la misma se ha redactado antes de la prohibición de Justino y, en concreto, ha tenido en cuenta la regulación promulgada por el emperador Anastasio[8], el cual convirtió la legitimación por subsiguiente matrimonio en un medio general de legitimación siempre que se cumplieran los siguientes requisitos: 1) Ausencia de hijos legítimos de nupcias anteriores. 2) Que los hijos *liberii naturales* hubieran nacido de un concubinato lícito, a saber, de unión duradera y licita entre personas libres[9]. 3) La redacción de un escrito que indique el cambio o cese del concubinato y el paso a las justas nupcias.

La consecuencia del matrimonio con la que era la concubina, en relación a los hijos habidos fuera del mismo, es que éstos se convierten en *sui et potestate sua et legitimi.*

La fórmula constituye un exponente de la conjunción de la retórica y del *ars bene dicendi*; y en su redacción se aprecia una cierta tendencia a utilizar el silogismo sin caer, en ningún caso, en un ergotismo. Todo ello como fruto de la formación de Casiodoro.

[3] Nov. 74,3; Nov. 89,7

[4] La regulación del CTh. vigente en Occidente no coincide con lo contemplado en la fórmula. CTh. 4,6: *De naturalibus filiis et matribus eorum.*

[5] En las dos ediciones de las *Variae* que conocemos –la de Mommsen y la de Frich– solo consta la fecha de las cuatro primeras fórmulas que integran el libro VI y, en todas, figura la misma, el año 511.

[6] CJ. 5,27,7 pr. (a. 519); CJ. 5,4,23, pr. (a. 520-523).

[7] CJ. 5,27,10,pr. (a. 529).

[8] CJ. 5,27,6,pr (a. 517): *Iubemos eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimosque habere propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos si voluerint transferre, ab intestato quoque eorum ad hereditatem vocandos (...).*

[9] E. VOLTERRA, Voz: *Concubinato (Diritto romano)*, en *NNHI* 3 (1.959), pp. 1052-1053. M. SARGENTI, Op. cit., pp. 133 ss. Desde la perspectiva del derecho clásico: C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano.* Milano, 1.940, en especial pp. 154 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

La primera observación que, al comentar la formula, salta a la vista afecta a su propio título. En el mismo se indican con exactitud los dos extremos que integran su contenido. En la expresión de matrimonio confirmando, la palabra "confirmar" indica la idea de autorizar, de hacer bueno e, incluso, se le puede atribuir el sentido de dar validez a algo con carácter definitivo. Como después se verá, se alude a la conversión a derecho de una relación previa de hecho.

Y prosigue el título diciendo: *liberis legitimis faciendis*. Aludiendo con el termino *liberis* a un tipo concreto de hijo natural: los *liberi naturales*, expresión que, en el derecho clásico, se utilizaba para referirse a los hijos nacidos de relaciones con esclavos, como era el caso de la unión de un dueño con su esclava concubina[10], o bien de la relación de *contubernium*[11]. En este sentido es como aparece reflejado en los fragmentos de los juristas que han sido compilados por Justiniano[12].

A partir del Bajo Imperio, hacia el año 426, se ha utilizado esta expresión para poder designar con mayor precisión a los hijos habidos fuera del matrimonio pero no en el seno de un concubinato en general, sino en uno concreto: debía tratarse de una unión duradera y lícita entre dos personas libres. Y es, en este sentido, como aparece reflejada en las constituciones compiladas en el *Codex* y también en las *Novellae* posteriores[13] que, a su vez, es a lo que se refiere la fórmula de Casiodoro.

Además, no utiliza la palabra legitimación porque la misma es propia del lenguaje medieval, sino que dice *legitimis faciendis* que son los términos que se usan en el lenguaje jurídico romano[14].

La precisión con la que se ha redactado el título de esta fórmula indica bien a las claras la formación y agudeza en su redactor Casiodoro.

El texto de la fórmula se inicia con un exordio de carácter eminentemente literario. Del mismo podrían destacarse principalmente dos aspectos. Uno, la referencia a la posteridad: *Aeternum est beneficium quod posteritatis fuerit favor...*, que es un elemento subyacente en la fórmula, precisamente porque se redacta para que sirva de modelo aplicable a los casos que aún han de producirse. Otro aspecto es el que alude a: *collatum nec plus est conveniens regi quam si humanae praestet origini...*, que indica que lo que exige la misma naturaleza humana conviene e interesa al rey. Se alude a situaciones de hecho

[10] Dig. 42,5,38 (Paul, *Sent.* 1); Dig. 49,15,21 (Ulp., *Opin.* 5); Paul., *Sent.* 5,6, entre otros. Dig. 19,5,5, (Paul., *Quaest.* 5).

[11] Cth. 4,6,7 interpr. (a. 426); CJ. 6,57,5,2, (a. 529); Nov. 74,5 y 6 pr., entre otros.

[12] Además estaban las restantes categorías de filiación ilegítima, que no se contemplan en esta formula, como es el caso de los *vulgo concepti* (Dig. 1,5,23 (Mod. *Pandect.* 1), que son fruto de una relación pasajera, los *spurii,* hijos nacidos de nupcias ilícitas cuyo *status* es semejante a los anteriores. Cf.: Gai, 1,64; Inst. 1,10,12. Cth. 3,12,2 (a. 355).

[13] H. JANEANU, *De l'Adrogation des liberi naturales a la Legitimation par rescrit du Prince.* París, 1.947, pp. 32 ss. E. VOLTERRA, Voz: *Filiazione (Diritto Romano)*, en *NNDI* 7 (1.961), p. 309.

[14] E. VOLTERRA, Voz: *Legittimazione dei figli (Diritto Romano)*, en *NNDI* 9 (1.965), p. 724.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

reconocidas por el derecho. Ello podría situarse en el ámbito del ideario seguido tanto por el rey ostrogodo, como por el propio Casiodoro de mantener, por encima de cualquier otra finalidad, una convivencia pacífica. Y así, fomentando la estabilidad personal de los sujetos se beneficia a la propia comunidad y contribuye a reflejar el perfil de un rey que está de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Concluye la introducción de la fórmula refiriéndose, de nuevo, a los casos futuros, a los que no hay que acoger con repulsión, sino que deben ser contemplados con altura de miras.

A continuación empieza la parte dispositiva o modelo a seguir en los casos en los que el hombre contraiga matrimonio con la mujer con la que ya tenía relación, es decir, con su concubina[15]. El punto de partida era una cohabitación consentida de la que había nacido algún hijo y que ya tenían o habían alcanzado el *ius conubii*[16].

Ante todo debe resaltarse, desde el punto de vista estilístico, la gran belleza de las expresiones utilizadas para relatar la situación. Se alude a la mujer con la que se ha ligado gozoso abrazo, para referirse a la relación habida fuera del matrimonio: *Oblata itaque supplicatione depromis mulierum quam tibi placitus illigavit amplexus*. Por beneficio nuestro –nuestro puede entenderse como del rey– debe quedar unida a ti –al hombre peticionario– por razón de honestidad conyugal: *beneficio nostro iugali honestate debere sociari*.

En el planteamiento de esta premisa se alude a una petición del hombre y a la concesión de la misma por beneficio. Esta solicitud es la que puede coincidir con la exigida por el emperador Anastasio al efecto de convertir en matrimonio la relación de hecho.

Se descartan por completo que se hayan solapado las exigencias de otro tipo de legitimación, como las que se exigen en la que lleva a cabo el emperador promulgando un rescripto. En este caso, la posibilidad de legitimación la abre el *princeps* precisamente para el caso contrario del que se plantea en la fórmula, es decir, cuando no puede celebrarse un matrimonio entre los padres biológicos y se quiere favorecer a los hijos legitimándolos.

Se trata en la fórmula de una legitimación por subsiguiente matrimonio. Las fuentes romanas para referirse a ello aluden a *honesta celebratio* o a *legitima coniunctio*[17], y presentan una diversidad de criterios entorno a la exigencia de ritos externos que acompañen al compromiso matrimonial[18] que, en este mo-

[15] Deben excluirse del ámbito de la fórmula los supuestos de *iniustum matrimonium* porque son precisamente los impedimentos que le atribuyen dicha naturaleza, los que imposibilitan el subsiguiente matrimonio y, por tanto, la legitimación de los hijos nacidos de esta relación no pueden efectuarse por este medio.

[16] M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano, 1.990, p. 519.

[17] CTh. 4,6,7 (a. 426).

[18] B. BIONDI, Op. cit., pp. 776 ss. C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*. Milano, 1.940, pp. 154 ss. R. ORESTANO, *alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclassica*, en *Scritti Ferrini*. Milano, 1.946, pp. 374.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

mento, han dejado de ser elementos constitutivos para convertirse en medios probatorios[19], del mismo modo que el matrimonio por *consensus* va siendo sustituido por el matrimonio formal[20].

La fórmula se refiere al reconocimiento del cambio acaecido en la relación personal por haber pasado del concubinato al matrimonio y a la ampliación de los efectos del matrimonio más allá del mismo haciéndolos extensivos al reconocimiento de los hijos que ha tenido la mujer con el padre de los mismos, durante su relación de concubinato.

Se aplica la tendencia existente en el ordenamiento jurídico romano, generada también por influencia del cristianismo, y utilizada precisamente, para combatir el concubinato, a transformarlo en un matrimonio legítimo. El cual sólo sería posible siempre que no mediara ningún impedimento para ello[21], es decir, cuando ambos tuvieran *connubium*[22], que es lo que genera el *iustum matrimonium*.

La normativa a la que responde la fórmula favorecía el matrimonio como el medio de crear los lazos de filiación legítima. En este período constituía el único medio de creación de parentesco legítimo, medio que sufrió alguna derogación, pero, a diferencia de las otras formas de legitimación de hijos, a saber, *legitimatio per oblationem curiae* y *legitimatio per rescriptum principis*, no tuvo una aplicación tan fluctuante. Y se trata además, del medio por excelencia para determinar la presunción de paternidad.

Se aplica la *legitimatio per subsequens matrimonium*[23] que produce sus efectos en relación a los hijos, hasta aquel momento catalogados como naturales[24], sin hacer ninguna mención directa a la adquisición, por parte del padre de la patria potestad sobre el hijo, sino que les aplican los efectos que produce normalmente la legitimación y les otorgan la misma condición que hubieran tenido de haber nacido en el seno del matrimonio.

El texto de la fórmula que dice *beneficio nostro iugali honestate debere sociari...*, hace alusión a la honestidad conyugal derivada del matrimonio y constituye un reconocimiento expreso de uno de los requisitos que separan el concubinato del matrimonio: la *affectio maritalis*, que asegura la *dignitas* de la

[19] CJ. 5,17,7 (a. 337); CJ. 5,5,8 (a. 475); Nov. 74,5 (a. 538).

[20] B. BIONDI, Op. cit., pp. 80 ss.

[21] G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed. Torino, 1.991, p. 824.

[22] También por influencia del cristianismo, se transformó la noción de *connubium* que de considerarse, como capacidad para constituir una relación conyugal jurídicamente valida (Dig. 24,2,11 pr. (Ulp. *leg. Iul. et Pap.* 3); Dig. 23,2,45,4 (Ulp. *leg. Iul. et Pap.* 3); CJ. 5,5,1 (s/d) y CJ 5,6,1 (a. 215), entre otros) pasó a identificarse con el propio matrimonio [CTh. 2,6,1 (a. 319); CTh. 4,12,6 (a. 366); CJ. 9,9,29 (a. 326), etc.]. Cf.: E. VOLTERRA, Voz: *Conubium*, en *NNDI* 4 (1959), pp. 786-787.

[23] Es una forma de legitimación introducida por Constantino y cuya regulación completa la realizó el emperador de Oriente Anastasio en el año 517 dC.

[24] En la época postclásica los hijos habidos fuera del matrimonio han dejado de incluirse en el ámbito del *vulgo concepti* o *vulgo quaesiti* (Dig. 1,5,23: ... *qui patrem demostrare non possunt*) para atribuirles la calificación de *filii naturales*. Cf.: B. BIONDI, Op. cit., pp. 189 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

mujer y el *honor matrimonii*[25]. Y a los hijos se les atribuye la condición o el nombre de herederos: *...ut ex ea liberi nati nomen nanciscantur heredum.*

Resulta llamativo que se haga referencia exclusivamente a la condición de heredero y, en cambio, no se aluda en ningún momento a los demás efectos o consecuencias de la legitimación, como sería el caso de la adquisición de la patria potestad sobre el hijo. Quizá la explicación se encuentre en el propio *status* que, a partir de la época postclásica, ostentaba el hijo natural.

Desde el punto de vista de la familia cognaticia al hijo natural, en Roma, se le reconocían, desde su nacimiento, vínculos naturales con la madre y su familia natural[26], por lo que sólo carecía de familia civil. Pese a dicha carencia y como consecuencia de la evolución del derecho y, en especial, el derecho relativo a la familia –proclive cada vez más a aceptar los vínculos de sangre–, al hijo natural se le empezó a tener en cuenta, también en relación a su padre; aunque inicialmente de forma limitada, poco a poco fue alcanzando mayor amplitud[27]. El hijo natural sólo tenía derechos sucesorios en la herencia de su padre, siempre que éste hubiera otorgado testamento; de no ser así, no tenía reconocimiento alguno y, por consiguiente, no era llamado a la sucesión *ab intestato* de aquél.

Ante este contexto y como quiera que la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres no produce efectos más que en relación al padre y conlleva la supresión, en el ámbito sucesorio, de la limitación descrita, quizá por ello es por lo que se alude en la fórmula expresamente que el hijo legitimado se convierte en heredero; heredero de pleno derecho con independencia del tipo de sucesión.

La fórmula prosigue planteando una nueva premisa que puede considerarse como una mera cláusula de estilo en la que alude a la cópula espontánea y a la libertad de procreación: *...nam cum spontanea copula animantia cuncta consociet dignumque unicuique videatur esse quod placuit, durum est ibi libertatem liberam non haberi, unde liberi procreantur...*

A la premisa le sigue una consecuencia, desde el ámbito del derecho, se reconoce como legítima esposa a la que no lo era por honestidad: *...Et ideo illam quae, sicut iure praecipitur, honestate non fuisse probatur aequalis, legitimam tibi fieri censemus uxorem...* Y, a continuación, legitima a los hijos habidos de aquella relación prematrimonial y curiosamente, también a los que nazcan en un futuro, es decir, en el seno de aquel matrimonio, por lo que es aquí donde hace honor a la primera parte del título de la fórmula *formula de matrimonio confirmando* y legitima también el matrimonio sin hacer referencia alguna a los requisitos del mismo, por cuanto debe presumirse que si se otorga la legitimación es que los sujetos son aptos para ello.

[25] M. TALAMANCA, Op. cit., p. 154.
[26] CJ. 6,57,5,2 (a. 529).
[27] Nov. 118 (a. 543) y Nov. 127,1 (a. 548)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

La palabra *honestas* referida a la mujer aparece mencionada en dos ocasiones. La primera dice: *beneficio nostro iugali honestate debere sociari...* Y en la segunda: *honestate non fuisse probatur aequalis...* Su utilización no es casual, sino que tiene unas connotaciones jurídicas. Su reflejo puede remontarse a la época clásica cuando, según algunos autores, la jurisprudencia la utilizaba en ocasiones para determinar si existía una relación de concubinato o de matrimonio en un momento en el que no existían formas particulares de celebración[28].

Las expresiones de la fórmula pueden interpretarse en esta línea con la matización de que debe tratarse de una mujer de buenas costumbres y quizá de buena reputación, que se veía enturbiada, desde la perspectiva del gobernante, por el concubinato y, una vez extinguido el mismo, el reconocimiento legal del matrimonio es lo que le otorga la dignidad.

Cabe la posibilidad de que se trate de matrimonios mixtos, ya que, pese a la prohibición existente, el discurrir posterior de la sociedad ha demostrado que efectivamente éstos se celebraban y así lo corrobora el propio Casiodoro refiriéndose a hechos acaecidos de antiguo, en las regiones del Danubio[29].

Y además, alguna inscripción[30] constata el estatuto jurídico atribuido a los hijos nacidos de estas relaciones, el cual es doble ya que ostentan la condición de ciudadano romano y el *status* que corresponda en el seno del pueblo bárbaro al que pertenezca alguno de los progenitores.

En la fórmula, vuelve a reiterarse la condición de herederos a favor de los hijos ya nacidos, y de los que vayan a nacer, con lo que es una manera de confirmar también el matrimonio. Todos ellos gozarán de la titularidad de los derechos propios de los herederos: ... *et filios ex eadem coniuge, sive qui suscepti sunt sive qui sunt suscipiendi, heredum volumus iura sortiri, ut sub nulla dubietate diligas quos tibi absolute successores futuros esse cognoscas...*

La utilización del adjetivo *absolute* confirma que deben ser admitidos como herederos sin ninguna reserva ni limitación, sino plenamente.

Finaliza la redacción de la fórmula recurriendo de nuevo a una expresión de estilo de gran belleza, diciendo: *...natura enim tibi praestitit filios, sed nos tali securitate facimus esse carissimos*, a la que puede atribuírsele quizá también un significado de índole jurídico, indicativo de que, con la legitimación, dichos hijos abandonaban su *status* jurídico propio y especial de los *liberii*

[28] C. CASTELLO, Op. cit., p. 166. Otros autores, en cambio, el elemento determinante para dilucidar si la relación era de concubinato o bien existía un matrimonio, era el *honor matrimonii* y, en definitiva, la *dignitas* [Dig. 32,49,4 (Ulp., *Sab.* 22)]. Para otros, tanto en el derecho clásico como en el justinianeo lo característico del matrimonio era la *affectio maritalis*. Estos son los criterios de Albertario y de Longo, respectivamente, todo ello citado por C. CASTELLO, Op. cit., p. 165, notas 1 y 2 y ss., el cual comparte el criterio de este último.

[29] *Variae*, V,14.

[30] Inscripciones de Taunus, de las que da noticia E. LÉOTARD, *Essai sur la condition des Barbares établis dans l'empire romain au VI siècle*. París, 1873, pp. 97-98, citado por J. GAUDEMET, *L'Étranger...*, Op. cit., p. 222, nota , en relación con p. 219, nota 3.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168

naturales, su *ius naturale*[31] para adquirir el nuevo que le concede la legitimación, el *ius legitimum*[32].

El texto se refiere a un hecho de la naturaleza al que el gobernante, tras reconocerlo, le concede consecuencias jurídicas, por lo que cabría aquí advertir la presencia de la concepción del *ius naturale*, en la forma en la que lo presentó Justiniano[33].

[31] Como se ha puntualizado con anterioridad, no cabe aquí la utilización del término natural o la expresión *filii naturales* en el sentido en el que lo hacía la jurisprudencia clásica para diferenciar a éstos de los hijos adoptivos, sino que la fórmula se refiere al nuevo estatuto concedido a dichos hijos.

[32] Nov. 89,9 pr.; Nov. 89,11. Cf.: H. JANEAU, Op. cit., p. 76 y en especial nota 14.

[33] Inst. 1,2 pr. = Dig. 1,1,1,3 (Ulp., *Inst.* 1).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0168