Hacia el *ius testandi* de la mujer: el complejo instrumento de la *coemptio testamenti faciendi gratia*

María Salazar Revuelta
Universidad de Jaén

I. PLANTEAMIENTOS PREVIOS

La cuestión de la *libera testamenti factio* activa de la mujer *sui iuris* viene sometida a diversas reglas que van cambiando en el curso del tiempo y son sensibles, igualmente, al desarrollo evolutivo que opera en la institución familiar y en la *hereditas*.

No es nuestro propósito, en esta sede, adentrarnos en la discusión tradicional sobre el *ius testandi* de la mujer *sui iuis* en la época más antigua. Debate que se centra fundamentalmente entre quienes mantienen una incapacidad femenina originaria, basada en una teoría más bien político-personalista del testamento y, en general, de la herencia, y quienes le reconocen una verdadera *testamenti factio* activa, atendiendo a la función eminentemente patrimonial ínsita en la *hereditas*. En el primer caso, se viene aduciendo la tesis bonfantina de que la mujer *sui iuris*, al no ser cabeza de familia ni subrogarse en la posición del *pater* al frente del organismo político familiar, no habría podido designar a una persona destinada a sucederla en la soberanía del mismo[1].

Es evidente que, si nos remontamos atrás en el tiempo elementos extraeconómicos, como los *sacra* y los poderes personales sobre los miembros de la familia, emergen como predominantes en la estructura y función de la familia y, por consiguiente, impregnan el significado social de la sucesión hereditaria. Pero ello no significa que en la herencia en Roma, aun

[1] P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. VI. *Le successioni. Parte generale*, rist. a cura di G. Bonfante e di G. Crifò, Milano, 1974, pp. 376 y ss. Igualmente, G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in Diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 172-175; B. Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, pp. 94 y ss. Más recientemente, L. Monaco, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, pp. 126 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

ab antiquo, prevaleciese solo la sucesión en la soberanía sobre el grupo, tanto como para olvidar su esencial naturaleza económica[2].

Estas diversas concepciones sobre la *hereditas* dependen, por tanto, de la diferente manera de evaluar, en las distintas épocas, la importancia del elemento patrimonial y la posibilidad, en consecuencia, de ser titular de unos bienes y poder disponer de ellos. De hecho, si a la mujer púber, *sui iuris*, se le reconoce esta capacidad *inter vivos* —con las limitaciones, claro está, atribuidas a su *infirmitas sexus*—, no habría razón para negarle dicha capacidad *mortis causa*[3]. Del examen de los textos al respecto no se deduce, además, que la mujer fuera originariamente incapaz para testar. Baste observar los testimonios sobre el famoso testamento de *Acca Larentia*, que lo remontan a época de Rómulo[4]; si bien debemos ser cautos no solo porque se trate de fuentes indirectas que refieren sucesos legendarios, sino porque cuando nos movemos en el campo del Derecho romano más primitivo cualquier hipótesis, dada la escasez de fuentes, puede ser posible.

Otra cuestión es, sin duda, la especial condición jurídica de la mujer que delinea un estatus propio de esta en las diversas épocas, imponiendo una disciplina especial también en orden a la sucesión, tanto *ab intestato*, como testamentaria. Esta específica condición que se fundamenta en la debilidad (*imbecillitas*, *infirmitas*, *levitas*) femenina, tiene como consecuencia más directa su sujeción de por vida a la figura de la *tutela mulieris*[5]. Una figura que ya a partir del siglo II a. C. comienza a perder mucha de su fuerza, pero que sobre todo en el Principado viene a menos: primero, en el plano legislativo, con la concesión del *ius trium liberorum*[6] y la promulgación de la *lex Claudia* y, segundo, gracias a la actividad normativa pretoria en lo que concierne a la prestación de la *auctoritas* del tutor[7].

---

[2] V. Scialoja, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1914, pp. 19 y ss.; 162 y ss. *Vid.* las diferentes tesis en P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*. I. *Profili funzionali*, Torino, 1976, pp. 145 y ss., con bibliografía.

[3] P. Zannini, *ibid.*, pp. 148 y ss.

[4] Gelio, *Noct. att.*, 7,7,1-8; Plut. *Romulus*, 5,1-10; Macrob., *Sat.*, 1,10-17; Tertulian., *Ad nationes* 2,10; Agust. *De civ. dei*, 6,7,2. V. Scialoja, *Il testamento di Acca Larentia*, Roma, 1905, p. 150. Como observa J. Zablocki, «Appunti sul *testamentum mulieris* in età arcaica», *BIDR*, núms. 33-34, 1991-1992, p. 161: «*La leggenda di Acca Larenzia, benché formatasi in un epoca successiva, si riferisce agli albori dello stato romano e, almeno così credevano i Romani, confermava che sin dalle più remote origini di Roma le donne potevano disporre per testamento dei propri beni*». *Vid.*, también, L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1982, pp. 37 y ss.

[5] F. Mercogliano, «La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione», *Teoria e storia del diritto privato*, núm. 4, 2011, pp. 1 y ss. Sobre la *tutela mulierum*, entre la abundante literatura, *vid.* G. Melillo, «La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio», *SDHI*, 68, 2002, pp. 55 y ss.; L. Sanz Martín, «Fundamentos doctrinales en torno a la *tutela mulierum*. Naturaleza y esencia de la *tutela mulierum*», *RGDR*, núm. 12, 2009, pp. 1 y ss.; *id.*, «Estudio y comentario de las diferentes clases de *tutela mulierum* a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del *tutor mulierum*», *RGDR*, núm. 15, 2010, pp. 1 y ss.

[6] Gayo 1,145; 1,194. *Vid.* M. Zablocka, «Il *ius trium liberorum* nel Diritto romano», *BIDR*, núm. 30, 1988, pp. 361 y ss.

[7] L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, *cit.*, p. 51.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

Por otro lado, encontramos un fuerte sector doctrinal[8] que observa la formación de un *ius testandi* para la mujer a partir únicamente del *testamentum per aes et libram*, dada la imposibilidad de realizar los otros tipos más antiguos de testamento (*in procinctu* y *calatis comitiis*) por la innacesibilidad de aquella al ejército y a los comicios. Está fuera de duda la capacidad de la mujer *sui iuris* para realizar, *tutore auctore*, la *mancipatio* aparejada al *testamentum per aes et libram*[9]. No obstante, existen razones para defender la tesis de que la mujer tuviera acceso al primitivo *testamentum calatis comitiis*. Se suele aducir contrariamente a esta teoría la imposibilidad de arrogar de la mujer, puesto que «*cum feminis nulla comitiorum communio est*» (Gelio, *Noct. att.*, 5,19,10). No obstante, los testamentos comiciales se hacían *calatis comitiis in populi contione*, diversamente al procedimiento de la *adrogatio*. Cuando Gelio habla de *comitia calata* (*Noct. att.* 15,27,3) no recuerda la *adrogatio*, sino la *detestatio sacrorum* y los *testamenta*. Sin embargo, en su discurso sobre la arrogación (*Noct. att.* 5,19,6) usa la expresión *comitia curiata*. En este último caso, se producía una *rogatio* y, consecuentemente, el voto del pueblo. En cambio, los *comitia calata* se limitaban, en cuanto tales, a la *contio*, sin pasar a la votación (Ascon. *in Cic. Cornel.*, p. 71). El *testamentum calatis comitiis*, según la opinión dominante, consistía en una solemne declaración de querer disponer de los propios bienes *mortis causa* delante del pueblo actuando en calidad de testigo. Nada obsta, por tanto, para pensar que tal forma de testamento fuera accesible a la mujer. Esta, excluida de la organización militar y política del Estado y, por tanto, de los comicios, sin embargo, podía tomar parte en la primera fase de la asamblea, la *contio*, que precedía a los comicios propiamente dichos, y declarar su voluntad delante del pueblo como testigo, sin que ello implicara una participación en un acto político o legislativo[10].

Por consiguiente, no podemos sostener de manera segura una originaria incapacidad de testar de la mujer por su presunta falta de acceso a los comicios, pero sí es cierto que no observamos, primitivamente, una abso-

---

[8] B. Biondi, *Successione testamentaria*, *cit.*, pp. 94 y ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*. I. *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1960, p. 369; A. Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, pp. 152 y ss.; L. Monaco, *Hereditas e mulieres*, *cit.*, p. 171; A. Castro Sáenz, *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002, p. 55, n. 260; 93; C. Venturini, «Ereditiere ed ereditande. Appunti a margine di una recente ricerca», *BIDR*, 100, 2003, p. 651; *id.*, «Variazioni in tema di *tutela mulierum*», en R. López Rosa y F. del Pino Toscano, *El derecho de familia. De Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, p. 815. Cfr. E. Varela Mateos, «La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica», en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, p. 556.

[9] J. M. Rivas Alba, *La desheredación injustificada en Derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998, pp. 134 y ss.; E. Rodríguez, «El testamento nuncupativo: algunos aspectos terminológicos y de contenido, desde Roma al Derecho moderno», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Ourense 16, 17 y 18 de abril de 1998*, 2, Vigo, 1998, pp. 199 y ss.; M. Fuenteseca, «La *mancipatio familiae* o el *negotium testamenti ordinandi gratia*», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, núm. 29, 2016, pp. 111 y ss.

[10] E. Volterra, «Sulla capacità delle donne a far testamento», *BIDR*, núm. 48, 1942, pp. 79 (= *Scritti giuridici* 2. *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, p. 74); P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, *cit.*, pp. 175 y ss.; J. Zablocki, «Appunti sul *testamentum mulieris* in età arcaica», *cit.*, p. 179.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

luta libertad para disponer *mortis causa* de sus propios bienes, dado que, en primer lugar, se impone la *auctoritas tutoris* (si bien debilitada con el paso del tiempo) y, en segundo lugar, se observa la necesidad de una preventiva salida de su familia de origen, a través de una *capitis deminutio* mínima, operada mediante una *coemptio* fiduciaria, tal y como podemos deducir de las fuentes a nuestro alcance.

II. EL REQUISITO DE LA *COEMPTIO TESTAMENTI FACIENDI GRATIA*

Partiremos de dos textos de referencia: Gayo 1,115ª y Cicerón, *Top*. 4,18. Analicemos, en primer lugar, el texto gayano que apunta expresamente al mecanismo de la *coemptio testamenti faciendi gratia*, idónea para hacer salir a la mujer de su familia agnaticia y ponerla bajo la tutela de un tutor fiduciario capaz de prestar su consentimiento al *testamentum mulieris*.

> Gayo, 1,115ª: «*Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate diui Hadriani senatus remisit*».

En el texto, Gayo alude a una práctica no en vigor en su época. En efecto, comienza su discurso con el adverbio *olim*, para afirmar que en otro tiempo las mujeres, exceptuando algunas (seguramente las Vestales, como indica la doctrina)[11], para hacer testamento debían recurrir al instrumento de la *coemptio fiduciae causa* (que se menciona con anterioridad, en Gayo 1,114), para ser de nuevo vendidas a persona extraña y manumitidas por esta. De esta forma, se liberaban de la originaria tutela, obteniendo —con la *remancipatio* y la posterior *manumissio*— un nuevo tutor y una independencia de su familia agnaticia.

Evidentemente, el arcaico régimen de la *tutela legitima* se concebía, primitivamente, más como un poder sobre la persona y los bienes del tutelado, que como una función protectora, existiendo un interés patrimonial directo del tutor. En concreto, el tutor legítimo de una mujer *sui iuris*, como *adgnatus proximus*, guardaría una especial atención a que esta muriera intestada, para poder adquirir su patrimonio, interesándose en su conservación íntegra dentro de la familia a través de un minucioso control y administración del mismo[12]. De ahí que la argumentación gaya-

---

[11] Sobre la *testamentifactio* activa de la Vestal y sus privilegios relativos a la ausencia de *tutela mulierum* y a la posibilidad de testar *sine emancipatione ac sine capitis minutione*, tal y como se reconoce en las fuentes: Gayo, 1,145 *in fine*; Gelio, 1,12,9; Plutarco, *Numa*, 10,3; Ulp. 10,5, *vid.* P. Zannini, *Studio sulla tutela mulierum*, *ibid.*, pp. 172 y ss.; E. Volterra, «Sulla capacità delle donne a far testamento», *ibid.*, pp. 77 ss; *id.*, *Instituciones de Derecho romano*, trad., pról. y notas de J. Daza Martínez, Madrid, 1986, p. 695; L. Monaco, *Hereditas e mulieres*, *cit.*, p. 181; C. Venturini, «Ereditiere ed ereditande», *cit.*, p. 655.

[12] *Vid.* V. Scialoja, *Diritto ereditario romano*, *cit.*, pp. 162 y ss.; O. Sacchi, «L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità», *SDHI*, núm. 68, 2002, pp. 593 y 606; L. Ca-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

na, introducida por *olim*, nos traslade a una época en la que, por un lado, se afirma la capacidad patrimonial de la mujer, pero por otro se percibe la naturaleza potestativa y la función histórica de la *tutela mulierum* dirigida a la directa salvaguardia y conservación del patrimonio de la mujer en beneficio de los agnados, en orden a la perpetuación del organismo familiar. Desde esta perspectiva, es fácil comprender la antítesis irreductible entre el *ius testandi* femenino y la presencia de tutores legítimos, llamados a suceder *ab intestato*. De manera que el remedio más eficaz para la superación de tal obstáculo fuera la salida de la mujer del grupo familiar y su sujeción a un tutor fiduciario a través de la *coemptio*. Se operaba, así, una *capitis deminutio* que extinguía la tutela agnaticia, mediante la *remancipatio* de la mujer por parte del *coemptionator*[13] a una persona de su confianza que, a su vez, la manumitía. Este nuevo tutor, fiduciario, era una persona extraña a la familia y, por tanto, no tendría interés alguno en que la mujer muriera intestada, por lo que fácilmente se entiende que le prestaría la *auctoritas* necesaria para testar[14].

La ratio de este complejo procedimiento se encuentra en íntima relación, sobre todo, con el tutor legítimo, pero vendría también aplicado al testamentario. Más difícil es hacer hipótesis sobre el tutor dativo. Quizá este habría podido servir de modelo al tutor fiduciario[15].

De Gayo 1,115ª no solo se infiere la necesidad de cambiar de tutor, sino de salir del grupo agnaticio con la *capitis deminutio*. Si fuera necesario nada más que lo primero, sería suficiente con el expediente de la *coemptio tutelae evitandae causa* previsto en Gayo 1,115 y no se explicaría la expresa introducción en Gayo 1,115ª de una *coemptio fiduciae causa* específica: *testamenti faciendi gratia*. Ambas *coemptiones* responden a diversas problemáticas y exigencias. De ahí que podamos sostener que la obligación de la mujer de llevar a cabo la *coemptio* no está solo en relación directa con la tutela agnaticia, sino con el tradicional presupuesto de esta: la permanencia de los vínculos agnaticios. Tal ligamen solo puede ser roto con una *capitis deminutio* que viene, precisamente, realizada a través de la *coemptio* fiduciaria. Ello explica, además, la permanencia de la *coemptio* después de la *lex Claudia*, que conlleva la supresión de la tutela legítima de los agnados[16].

POGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2016, pp. 42 y ss. Sobre el carácter potestativo de la tutela en época antigua, Paul. 38 *ad ed*. D. 26,1,1 pr.-1; Cicerón, *Pro Mur*., 12,27; Gelio, *Noct. att*., 5,19,10.

[13] *Coemptionator* deriva directamente de *coemptio*. Se trata de un sustantivo acuñado por los juristas en relación exclusiva al sujeto masculino que interviene en la misma *coemptio* y que no es considerado como un *emptor*. Al respecto B. ALBANESE, «Note sulla *coemptio*», *Ivra*, núm. 52, 2001, pp. 11 y ss.

[14] P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, *cit*., p. 369; E. VOLTERRA, «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, serie VIII, 12.4, Roma, 1966, p. 325; P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, *cit*., p. 157.

[15] L. MONACO, *Hereditas e mulieres*, *cit*., p. 176.

[16] L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, *cit*., p. 60. En el mismo sentido C. VENTURINI, «Ereditiere ed ereditande», *cit*., p. 668, quien justifica la supervivencia de la *coemptio* después de la abolición de la tutela agnaticia: «*Sulla base di un'esigenza di protezione delle aspettative*

La situación descrita, que es recordada por Gayo con una referencia al pasado, existiría ya en tiempos de Cicerón, pues en un texto de sus *Topica* (4,18) este señala:

> «*Ab adiunctis: si ea mulier testamentum fecit, quae se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. Adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exsulum, secundum puerorum tabulas possessio videatur ex edicto dari*».

Igual que en las Instituciones de Gayo, Cicerón no sostiene aquí la incapacidad testamentaria de la mujer, sino la necesidad de una preventiva *deminutio capitis* por parte de esta, de forma que si no la ha sufrido no puede hacer válido testamento, ni a tal invalidez *iure civili* podrá poner remedio el pretor a través de la concesión de una *bonorum possessio secundum tabulas*. Se da, pues, por descontada la invalidez civil del testamento de la mujer que no hubiera sufrido previamente esta *capitis deminutio*, parangonándola con un sujeto incapaz como un *servus*, un *exsul* o un *puer*. Y, además, se excluye la posibilidad de conceder la *bonorum possessio* sobre la base de un *testamentum mulieris* sin esta formalidad; *bonorum possessio* que en tiempos de Gayo, al menos antes de Antonino Pío, no habría sido nunca *cum re* en presencia de herederos legítimos (Gayo 2,118-122)[17].

Si conectamos el texto ciceroniano con el ya analizado de Gayo emerge claramente la idea de que, solo después de haber roto los vínculos de agnación, la mujer podía testar, *tutore auctore*, y a tal fin se supeditaba la *coemptio testamenti faciendi gratia*. La doctrina discute sobre si el texto de Cicerón solo pensaría en la *coemptio* como único medio indicado para este objetivo o, por el contrario, contaría con otros modos de romper el vínculo con la familia agnaticia, como por ejemplo la emancipación. Se ha argumentado a favor de esta última tesis aduciendo el texto de Gelio, *Noct. att*. 1,12,9[18], que habla de la posibilidad de las Vestales de hacer testamento literalmente: *sine emancipatione ac sine capitis minutione*. Además, se razona en el sentido de que si Cicerón solo hubiera pensado en la *coemptio* como medio de alcanzar la *capitis deminutio* ¿por qué no habría, entonces, dicho expresamente *sine coemptione*? De manera que la *capitis deminutio* de *Top*. 4,18 no debe acabarse obligatoriamente en la sola hipótesis de la *coemptio* fiduciaria, sino en cualquier forma o título bajo el que hubiera ocurrido aquella, como podría ser también la *emancipatio*[19]. A esta hipótesis se oponen, no obstante, razones textuales y dogmáticas. Aparte del texto de Gelio, no existen otros que conecten la adquisición de la capacidad testamentaria de la mujer con otros me-

---

ereditarie collegate ai legami parentali (non importa se di ordine naturale o fittizi) indipendente dall'esercizio della soppressa tutela legittima da parte dei soggetti ai quali queste facevano capo».

[17] P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, *cit.*, pp. 159 y ss.; R. Martini, «*Coemptio fiduciae causa* e *senes coemptionales*», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 2, Milano, 1982, pp. 175-176.

[18] «*Virgo autem Vestalis, simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et ius testamenti faciundi adipiscitur*».

[19] A favor de esta tesis, *vid. ad ex*., L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, *cit.*, pp. 53-57.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

dios diversos de la *coemptio testamenti faciundi gratia*. El *non aliter* de Gayo 1,115ª parece, además, determinante. Por otro lado, la mujer que fuera *capite deminuta emancipatione* se habría encontrado bajo la tutela legítima del *parens manumissor*, quien, del mismo modo que el *agnatus proximus*, tendría expectativas hereditarias sobre el patrimonio de la mujer y no estaría obligado a prestar su *auctoritas* para el testamento de esta (Gayo 1,192). Por lo menos, para la mujer *sui iuris* parece que la *coemptio* sería la única forma de salir de la familia de origen, a los fines de conseguir el *ius testandi*[20].

Como acertadamente observa Volterra[21], Cicerón no determina que la *capitis deminutio* deba inmediatamente preceder al *testamentum*, en el sentido de que sea una formalidad inherente al mismo, sino que dice simplemente que puede hacer testamento la mujer que en cualquier momento de su vida haya sufrido la *capitis deminutio*.

Retomando el texto gayano, *in fine* se determina: *sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate diui Hadriani senatus remisit*; es decir, la necesidad de hacer *coemptio* para el *testamentum mulieris* se suprime en virtud de un senadoconsulto de época adrianea. Sobre este senadoconsulto, Gayo vuelve más tarde (en 2,112):

> «*Ex auctoritate diui Hadriani senatus consultum factum est, quo permissum est <sui iuris>s feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII; scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent*».

Este texto, aun con lagunas, reitera que existió un senadoconsulto bajo Adriano[22] que concede a las mujeres *sui iuris*[23], a partir de doce años, la facultad de testar sin necesidad de la preventiva *coemptio fiduciae causa*[24], quedando a salvo únicamente el requisito de la *auctoritas tutoris*[25].

---

[20] P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, *cit.*, p. 376.; L. Monaco, *Hereditas e mulieres*, *cit.*, pp. 177-178; C. Venturini, «Ereditiere ed ereditande», *cit.*, p. 666; P. Marra, «*Coemptiones fiduciae causa*», en *Scritti per Alessandro Corbino*, 4, 2016, p. 586, n. 55.

[21] «Sulla capacità delle donne a far testamento», *cit.*, p. 86.

[22] Este senadoconsulto es el núm. 146 de la voz «*Senatus consulta*» de E. Volterra, en *NNDI*, núm. 16, 1969, p. 1073.

[23] Una de las lagunas del texto está, precisamente, entre *permissum est* y *feminis*. Existen diferentes soluciones en cuanto a su integración (*vid.* L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, *cit.*, pp. 58-59). Optamos por «*sui iuris*» de la edición de R. Domingo (coord.), *Textos de Derecho romano*, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2002. Igualmente, Ph. E. Huschke, «*De causa Siliana*», en *Studien des römischen Rechts*, I, Breslau, 1830, entiende que la *coemptio* descrita por Gayo 1,115ª se refiere a la mujer *sui iuris*. De la misma opinión es L. Capogrossi Colognesi, «Idee vecchie e nuove sui poteri del *paterfamilias*», en *Poteri, «negotia», «actiones» nell'esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 1982)*, Napoli, 1984, pp. 66 y ss. Cfr. B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 298; E. Volterra, «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», *cit.*, p. 302.

[24] *Vid.* A. Torrent, «Sucesión testamentaria», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Ourense 16,17 y 18 de abril de 1998*, 1, Vigo, 1998, p. 55; A. E. Guillén, «La sucesión testamentaria: la incapacidad para testar», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano, Ourense 16,17 y 18 de abril de 1998*, 2, Vigo, 1998, p. 16.

[25] P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, *cit.*, p. 158, n. 6, no piensa que Adriano, aboliendo la necesidad de la preventiva *coemptio*, haya introducido por primera vez el requisito de la *auctoritas tutoris*, en contra de la tesis de C. A. Maschi, *Il diritto romano*, I, Milano, 1966, p. 170.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

Este requisito no solo se necesita para testar —aun cuando el consenso del tutor fiduciario pasará a ser una formalidad—, sino que también se observaría para operar la *coemptio*. Lo que supondría una grave dificultad para la mujer que tuviera tutores legítimos. Estos, como agnados, podían no consentir en la formalidad de la *coemptio* y, además, nadie los podía obligar. En este sentido, Claudio vendrá a aumentar la libertad de la mujer con la abolición de la *tutela legitima agnatorum*[26]. Para ella sería más fácil obtener el consenso de un tutor que no es agnado para realizar la *coemptio* y, en consecuencia, disponer de sus bienes por testamento como quisiera. Finalmente, Adriano, intervendrá de raíz derogando la obligatoriedad de la *coemptio*, que para Gayo ya solo será un recuerdo[27].

Se viene sosteniendo que la intervención de este *princeps* no fue particularmente innovadora, pero constituye el reconocimiento formal y legislativo de una situación de hecho ya consolidada: desaparecida, tras el *senadoconsultum Claudianum*, la tutela legítima de los agnados, parecería absurdo mantener viva una praxis como la de la *coemptio testamenti faciendi gratia*, que ya no respondía no solo a la realidad social, sino a los mismos presupuestos normativos en los que se asentaba. Ciertamente, en época de Adriano en la que empieza a reconocerse jurídicamente la posibilidad de sucesión entre madres e hijos y en la que el Derecho sucesorio de los agnados y gentiles no tiene razón para subsistir, existen elementos suficientes como para sancionar que el tutor, cualquiera que fuera, podía prestar la *auctoritas* para el testamento de la mujer, sin ningún otro trámite. Una *auctoritas* que, por lo demás, viene reducida a mera formalidad. Queda, no obstante, firme el principio de que el *tutor legitimus* no puede ser constreñido a la prestación de tal *auctoritas*[28]. Lo que se observa, fundamentalmente, en dos casos: el del patrono y el *parens manumissor*, quienes, a diferencia de otros tutores, no podían ser obligados por el pretor (salvo casos excepcionales) a prestar su consentimiento al testamento puesto en marcha por sus pupilas[29]. Ambos son el residuo histórico de la antigua tutela entendida como derecho[30].

III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA *COEMPTIO FIDUCIAE CAUSA*

En cuanto al procedimiento usado en la *coemptio*[31] Gayo no lo menciona, limitándose a describir en Gayo 1,113 —al hablar de la *coemptio*

---

[26] Gayo, 1,157; 1,171. Al respecto, *vid.* G. MELILLO, «La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio», *cit.*, pp. 55 y ss.

[27] Cfr. Gnomon 33. *Vid.* R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, p. 292.

[28] L. MONACO, *Hereditas e mulieres*, *cit.*, p. 181; R. MARTINI, «*Coemptio fiduciae causa* e *senes coemptionales*», *cit.*, p. 176.

[29] Gayo, 1,192; 2,122; 3,43.

[30] P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, *cit.*, p. 166.

[31] *Coemptio* viene del verbo —poco frecuente en las fuentes— *coëmere*, un compuesto del prefijo *co-*, que enuncia la idea de conjunto, y del verbo *emere*, cuyo valor más antiguo es recordado por el gramático Festo (Paul.) sv. *emere* (L. 66): *quod nunc est mercari antiqui accipiebant*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

matrimonii causa— el formulario de la *mancipatio* como imaginaria *venditio*[32]. Posteriormente, en Gayo 1,114 distingue la *coemptio matrimonii causa* de *la coemptio fiduciae causa*, que tiene igualmente el efecto de hacer adquirir la *manus* sobre la mujer, pero no con ocasión del matrimonio, sino para una finalidad diversa: romper los vínculos que la tenían unida a la familia de origen sin, por otro lado, someterla a la *manus* de un nuevo *paterfamilias*.

> «*Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quam enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem, quam uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum uiro suo aut cum extraneo, uelut tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem*».

El jurista entiende (*Potest autem -extraneo*) dos aplicaciones del mismo esquema negocial, reconduciéndolas a unidad. Pero, por otro lado, discierne netamente causas separadas (*scilicet -coemptionem*), especificando a título ejemplificativo, entre las tutelas fiduciarias, la *coemptio tutelae evitandae causa*, que pasa a describir en el siguiente inciso (Gayo 1,115)[33]. Además de distinguir ambas figuras en cuanto a los objetivos y las cau-

---

pro sumere; Fest. (Paul.) sv. *abemitio* (L.4): *emere enim antiqui dicebant pro accipere*. De ahí que *coëmere* podría indicar «recibir», «tomar un conjunto» o «adquirir en bloque» referido explícitamente a *omne*, *totum* y similares (*vid.* Ter. *Adelph*. 225 s.). Por ello, en la época más primitiva, el marido adquiría el poder no solo sobre la mujer, sino sobre sus bienes (dote o patrimonio si *sui iuris*), que quedaban absorbidos en el patrimonio familiar. En su significado originario, habría indicado el acto con el que el marido *accipit = coëmit* la joven con todo lo que ella portaba efectivamente. El contexto hace pensar, igualmente, que fuera una de las aplicaciones de la *mancipatio*, diseñada para implementar una venta ficticia, donde la mujer aparece como sujeto activo de este instrumento jurídico, mediante el que sale de un poder familiar para someterse a otro, *filiae loco*. La *coëmptio* parece tener la ventaja de ser más adaptable a las exigencias del intercambio interfamiliar, también por su disolución mediante *manumissio*. *Vid.* A. Berger, voz «*coemptio*», *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, reimpr. 1980, p. 393; E. Volterra, «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», *cit.*, pp. 202 y ss.; A. Romano, «*Matrimonium iustum*». *Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli, 1996, pp. 78-79; B. Albanese, «Note sulla *coemptio*», *cit.*, p. 16; C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, p. 254, n. 221. En cuanto a las distintas opiniones doctrinales sobre *co-emere* en sentido de «adquisición en bloque» por el marido de la mujer y sus cosas, o bien como acto que implica reciprocidad en el desenvolvimiento del rito, *vid.* I. Piro, «Gai 1,113 ed il formulario della *coemptio*», en *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 6, Napoli, 2001, pp. 384 y ss. *Vid.*, igualmente, en relación al procedimiento de la *coemptio* fiduciaria M. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, 2016, pp. 111 y ss.

[32] «*Coemptione uero in manum coueniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam uenditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus ciuibus Romanis puberibus, item libripende, emit uir mulierem, cuius in manum conuenit*». Sobre la reconstrucción del texto y las diversas teorías en relación a la expresión «*emit <uir> is mulierem*» para explicar la ordinaria *mancipatio* en la que la mujer asume el papel de objeto de adquisición o bien interviene activamente en el acto en torno a un recíproco *emere*: I. Piro, *ibid.*, pp. 363 y ss., quien sostiene, además, la existencia de diversos formularios según la *causa* de la *coemptio* (pp. 372 y ss.). Igualmente, B. Albanese, *ibid.*, pp. 3 y ss., en torno al *coemptione facere* como actividad de la mujer autora de la sola *mancipatio*, siendo enajenante de ella misma y, a la vez, objeto (como *res mancipata*).

[33] «*Quod est tale: si qua uelit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa uelit, et ab eo uindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit*». *Vid.* Gayo 1,166ª; 1,195ª; 3,84.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

sas, Gayo hace mención de la diferenciación en cuanto a los sujetos: en la *coemptio matrimonii causa*, el *coemptionator* es el marido; mientras que en la *coemptio fiduciae causa* puede ser el marido o no. A menos que el *coemptionator* sea su marido, la mujer no adquiere la posición de *filia*. Pero si la mujer se hace *coëmere* por el marido con finalidad fiduciaria, permanecen los efectos típicos de la *coemptio matrimonii causa* (Gayo 1,115[b])[34].

Los efectos de la *coemptio fiduciaria* son los generales producidos por la *conventio in manum* como, por ejemplo, la no restauración de la relación de *agnatio* que unía a la mujer con la familia de origen o el hecho de no hacerla retornar a la potestad del padre o de los tutores que tuviera en el momento de la *coemptio*[35].

Por otra parte, en la *coemptio matrimonii causa* la mujer se sujeta a la *manus* del marido como fin; en cambio, en la *coemptio fiduciae causa*, lo hace como medio, del cual dispondrá el *coemptionator* para restituir a la mujer a su estado de *sui iuris*, previo a la *coemptio*[36].

Con toda probabilidad, la *coemptio fiduciaria* tiene un origen más tardío que la *coemptio matrimonii causa*, siendo una de las tantas aplicaciones de la *mancipatio fiduciae causa*[37]. Su compleja estructura responde, en su unidad, al negocio fiduciario. Este era normalmente empleado en el ámbito de las relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial, pero en la *coemptio fiduciaria* será empleado, en cambio, para las relaciones jurídicas de naturaleza personal, para modificar potestades familiares y el estatus de la mujer. Asume, por tanto, características particulares no suficientemente descritas por las fuentes que tenemos a nuestra disposición[38].

Así, la mujer que se somete a *coemptio fiduciaria* no aspira al estatus de persona sujeta bajo la *manus*, sino a liberarse precisamente de la misma, para adquirir determinadas finalidades como: la sustitución de un tutor de su agrado (*coemptio tutelae evitandae causa*: Gayo 1,115); la capacidad de testar (*coemptio testamenti faciendi gratia*: Gayo 1,115[a]) o su liberación de

---

[34] «*[Femina autem, quae cum extraneo fiduciae causa coemptionem fecerit, filiae locum non optinet: quae tamen] fiduciae causa cum uiro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu uiri sit, placuit eam filiae iura nancisci*». *Vid.* Gayo 1,118; 2,139; 3,14. G. L. Falchi, «Osservazioni sulla natura della *coemptio matrimonii causa* nel diritto preclassico», *SDHI*, núm. 50, 1984, pp. 355 y ss.; B. Albanese, «Note sulla *coemptio*», *cit.*, p. 8; A. Valmaña Ochaíta, «Mujeres en Roma: nuevas y viejas cuestiones del papel de la mujer en la sociedad», en S. de la Sierra y J. C. Ortiz Pradillo (dirs.), *El Derecho y la economía ante las mujeres y la igualdad de género*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 53 y ss.

[35] Sobre los efectos de la *manus* también en relación con la *coemptio* fiduciaria *vid.* R. Astolfi, «Gaio e la *manus* quale *potestas*», *SDHI*, núm. 75, 2009, pp. 64 y ss.

[36] *Vid.* estas diferencias entre ambas *coemptiones* en R. Astolfi, *Il matrimonio*, *cit.*, pp. 278 y ss.

[37] G. Scherillo, voz «*Coemptio*», *NNDI*, núm. 3, 1959, p. 417; B. Albanese, «Note sulla *coemptio*», *cit.*, p. 10.

[38] A. Watson, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, *cit.*, pp. 152 y ss.; N. Bellocci, *La struttura della fiducia*, II, Napoli, 1983, pp. 109 y ss.; B. Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 121; R. Astolfi, *Il matrimonio*, *cit.*, p. 284.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

la carga de mantener el culto doméstico (*coemptio sacrorum interimendorum causa*: Cicerón, *Pro Mur*. 12,27).

Sobre esta última estamos menos informados, pero es de suponer que no se diferenciara en cuanto a su procedimiento de las otras dos[39]. Por lo que se refiere a este procedimiento, viene descrito por Gayo para la *coemptio tutelae evitandae causa* y la *coemptio testamenti faciendi gratia* en Gayo 1,115 y Gayo 1,115ª, respectivamente. Partiendo de estos textos e integrándolos con lo dispuesto en Gayo 1,123 y 1,136-137, resulta que el mecanismo sería el siguiente: la mujer hace *coemptio* con un extraño (o también con el propio marido) con el que se sujeta a su *manus*, rompiendo los vínculos con la familia de origen. El *coemptionator* mediante *mancipatio* la transfiere a un tercero, con lo que la mujer pasa a ser liberada de la *manus* y a encontrarse en relación con el tercero *in causa mancipii*. Finalmente, el tercero opera la *manumissio vindicta*, con la que la mujer recupera su condición de *sui iuris* y puede, entonces, realizar cualquiera de las finalidades señaladas. Se trata de un mecanismo que recuerda al usado para la emancipación (Gayo 1,132), sobre el que probablemente debió modelarse[40].

Este procedimiento está constituido por tres momentos que se pueden resumir en una *mancipatio* a persona de confianza (*coemptionator*), una siguiente *remancipatio* al tutor fiduciario y una *manumissio* por parte de este último[41]. El primero, viene constituido por el cumplimiento del negocio fiduciario, esto es, por la *coemptio* y el *pactum fiduciae*. A la *mancipatio* en la que consiste la *coemptio* se añade el *pactum fiduciae*, con el que la mujer acuerda con el *coemptionator* la obligación de este de remanciparla a un tercero de su elección y restituirle, además, su patrimonio. El *pactum fiduciae* tiene, por consiguiente, dos contenidos: uno, que se refiere a la persona de la mujer, que se concreta en el hecho de venir *remancipata* a un hombre de su confianza para que este, posteriormente, la manumita y, otro, relativo a su patrimonio, en particular, a la restitución de su patrimonio, en manos del *coemptionator*, cuando la mujer se convierta de nuevo en *sui iuris*[42].

El segundo momento consiste en la *remancipatio* de la mujer por parte del *coemptionator* a un hombre por ella elegido para que la manumita. Es necesario distinguir, entonces, entre la *coemptio fiduciaria* hecha con el propio marido, de la realizada con un extraño. En este último caso, se considera por la doctrina que la conducción de la *mulier in manu extranei* era de breve duración, justo el tiempo de proceder, después de la *coemp-*

---

[39] S. J. Olís Robleda, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 10 y ss.

[40] G. Scherillo, voz «*Coemptio*», *cit.*, p. 417; E. Cantarella, «Sui rapporti tra matrimonio e *conventio in manum*», *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, núm. 10, 1963, p. 214.

[41] F. Bertoldi, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012, p. 133. Igualmente, R. Astolfi, *Il matrimonio*, *cit.*, pp. 283 y ss.

[42] Sobre la cláusula patrimonial en el *pactum fiduciae*, *vid.* J. Gaudemet, «Observations sur la *manus*», *RIDA*, núm. 2, 1953, p. 338.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

tio, a la *remancipatio* de la mujer. Si el *coemptionator* rehusaba realizar la *remancipatio* de la mujer que tenía *in manu*, a ella le era reconocida la facultad de obligarlo. Diverso era el caso de la *coemptio fiduciae causa cum viro*, ya que la mujer se encontraba respecto al marido *filiae loco*, no pudiendo obligar al marido a remanciparla, del mismo modo que una *filia familias* no puede constreñir a su *pater* a manciparla para liberarla de su *potestas* (Gayo 1,137)[43]. Ante esta situación la mujer tenía dos vías: resignarse o divorciarse. Si optaba por el divorcio, su marido le sería ya un extraño y lo podría obligar a través del *pactum fiduciae* a liberarla de la *manus*. Estas consideraciones vienen expuestas en Gayo 1,137ª:

> «*<Inter eam uero, quae cum extraneo, et eam, quae cum uiro suo coemptionem fecerit, hoc interest, quod illa quidem cogere coemptionatorem potest, ut se remancipet, cui ipsa velit, haec autem uirum suum> nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiam si adoptiua sit: haec autem uirum repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset*».

El texto aclara el procedimiento que debía seguir la mujer para liberarse de la *manus* del *coemptionator*, ante el supuesto de que este se opusiera a la *remancipatio*, distinguiendo entre si aquella había cumplido la *coemptio cum viro* o bien *cum extraneo*. En efecto, tal y como determina el testimonio gayano, la mujer *in manu* de un extraño puede obligar a este a remanciparla a quien ella quiera; en cambio, la mujer *in manu* del marido debía interponer el repudio. A iniciativa del *mittere repudium*, ella lograría liberarse de la *manus* marital y, entonces, obligar al marido a remanciparla, como si nunca hubiera estado casada con él[44]. Precisamente, en el hecho de que la mujer pudiera ser ella misma la autora del *mittere repudium* estribaría la diferencia de condición subrayada por Gayo 1,137ª entre la *filia familias*, que *nullo modo patrem potest cogere*, y la *uxor in manu viri*, que *repudio misso proinde compellere potest* al ex marido a liberarla de la *manus*[45].

---

[43] «*[In manu autem esse mulieres desinunt iisdem modis, quibus filiae familias potestate patris liberantur; sicut igitur filiae familias una mancipatione de potestate patris exeunt, ita eae, quae in manu sunt, una mancipatione] desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur*». *Vid.* L. Messina, «Le lacune di Gai 1.136-137», en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, núm. 2, Napoli, 1984, pp. 813 y ss.

[44] Gayo 1,137ª atestigua que la mujer puede constreñir al *coemptionator* a remanciparla, pero no dice en qué modo. Sobre el problema *vid.* M. Kaser, «Der Inhalt der *patria potestas*», *ZSS*, núm. 58, 1938, p. 83; *id.*, «*Manus* und *remancipatio*», *ZSS*, núm. 67, 1950, p. 497, n. 95. Para R. Astolfi, *Il matrimonio*, *cit.*, p. 288, probablemente la mujer no pudiera recurrir a la *actio fiduciae* que el edicto preveía en caso de *fiducia cum amico*. Si fuera así el *coemptionator* sería condenado a pagar una suma de dinero a la mujer, pero estando esta en la *manus* del *coemptionator* sería como si él se pagara a sí mismo. Es más seguro que la mujer accionara contra el *coemptionator* en el ámbito de un procedimiento *extra ordinem* y fuese la autoridad la que lo obligara a la *remancipatio*. Era lo que ocurría, al menos en época del Principado, cuando el *filius* podía excepcionalmente obligar al padre a emanciparlo (P. Voci, *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, pp. 408 y 451).

[45] I. Piro, «*Conventio in manum* e successivo matrimonio in Gai 2. 139», *Labeo*, núm. 35, 1989, pp. 322 y ss., n. 36. *Vid.*, también, A. Esmein, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*, *Mélanges d'histoire du Droit*, Paris, 1886, pp. 23 y ss.; W. Erbe, *Die fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 167; E. Volterra, «Nuove ricerche sulla *conventio in ma-*

Finalmente, el tercer momento de este mecanismo de la *coemptio fiduciaria*, a través del cual la mujer se vuelve a convertir en *sui iuris*, es el de la *manumissio*. Cuando la mujer es remancipada viene a encontrarse *in mancipio* del adquirente (Gayo 1,132), quien asumirá la obligación de manumitirla. En este caso, lo debe hacer porque se convierte en deudor en relación con el *coemptionator* a causa del *pactum fiduciae* inserto en la *remancipatio*. Observamos, pues, la existencia de un doble pacto: uno, que —como hemos visto— debía acompañar a la *coemptio* que la mujer hacía para obligar al *coemptionator* a remanciparla al tutor fiduciario; y otro, adjunto a la *remancipatio,* con el objeto de que el tutor fiduciario manumitiera a la mujer[46]. El adquirente fiduciario de la mujer debía servirse de la *manumissio vindicta* para liberarla. Solo así se convierte en tutor fiduciario. Se llama así porque, como fiduciario, es él quien asume en relación con el fiduciante (el *coemptionator*) la obligación de manumitir a la mujer y convertirse en su tutor (Gayo 1,115; 1,166ª; 1,172; Ep. Ulp. 11,5).

Manumitida, y vuelta a considerarse *sui iuris*, la mujer estaba en disposición de pedir al *coemptionator* la restitución de su patrimonio mediante la *actio fiduciae*[47]. En este sentido, la doctrina discute la cuestión de si la *coemptio fiduciaria* tendría los mismos efectos patrimoniales que la *coemptio matrimonii causa*, es decir, si los bienes de la mujer *sui iuris* que ha cumplido una *coemptio fiduciaria* pertenecen o no al *coemptionator*. Se suelen aducir dos textos: Gayo 2,98[48] y 3,83[49]. El primero, con la expresión *ut uxorem recipere* —que va seguramente referida a la *coemptio matrimonii causa*— parece limitar los efectos patrimoniales solo a este tipo de *coemptio*. El segundo texto (Gayo 3,83) se viene invocando por la doctrina, con un alcance más general, para admitir la uniformidad de los efectos patrimoniales en las diversas aplicaciones de la *coemptio*, al tratar más genéricamente a la *mulier quae in manum convenit* por *coemptio*. Otros autores no aceptan esta conclusión y defienden la diversidad de los efectos patrimoniales entre la *coemptio matrimonii causa* y la *coemptio fiduciae causa*, considerando que la *coemptio*, en este último caso, no comportaría la adquisición de los bienes de la mujer por parte del *coemptionator*[50]. Pero no es menos cierto que la *coemptio fidu-*

---

num», *cit.*, p. 305; R. Villers, «*Manus* et mariage», *The Irish Jurist*, núm. 4, 1969, p. 175; R. Martini, «*Coemptio fiduciae causa* e *senes coemptionales*», *cit.*, p. 171; C. Fayer, *La familia romana*, *cit.*, pp. 268-270; R. Astolfi, «Gaio e la *manus* quale *potestas*», *cit.*, pp. 60 y ss.

[46] F. Bertoldi, *Il negozio fiduciario*, *cit.*, p. 133.

[47] En torno a esta acción, *vid.* N. Bellocci, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974, pp. 37 y ss.

[48] «*Si cui heredes facti sumus siue cuius bonorum possessionem petierimus siue cuius bona emerimus siue quem adoptauerimus siue quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt*».

[49] «*Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierue in manum conuenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptiuo coemptionatoriue adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio*».

[50] Así, L. Messina, «*Coëmptio sacrorum interimendorum causa*», en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 7, Milano, 1987, pp. 409, 420 y ss., explica el contraste entre Gayo 2,98 y 3,83 afirmando que en Gayo 2,98 —a propósito de la *conventio in manum*— el jurista limita el efecto sucesorio solo a la hipótesis de *coemptio matrimonii causa*. Después en 3,83, no recuerda más dicha limi-

ciaria pone a la mujer en *capitis deminutio* y le hace perder su capacidad patrimonial. Es difícil entender, por esta razón, que pueda permanecer titular de su patrimonio[51]. Sin embargo, viene puesto en evidencia que el *coemptionator* adquiere para restituir. Económicamente, la suya no es una adquisición en sentido propio. Por este motivo Gayo 2,98 no menciona entre las adquisiciones a título universal las derivadas de *coemptio fiduciae causa*.

Si la *coemptio fiduciaria* hace perder el patrimonio a la mujer, ella tiene derecho a recuperarlo una vez convertida de nuevo en *sui iuris*. Sobre todo, esto se evidencia en el caso de la *coemptio testamenti faciendi gratia*, donde la finalidad precisamente es rescatar el patrimonio para poder testar. Cuestión aparte, no tratada suficientemente por la doctrina, es cómo recobra la mujer su patrimonio. No se puede excluir que esto ocurra a través del recurso a la *actio fiduciae*. El *pactum fiduciae*, añadido con esta finalidad a la *coemptio*, haría que el *coemptionator* deviniera deudor de la restitución del patrimonio, en el mismo momento en que la mujer se convirtiera de nuevo en *sui iuris* y fuera capaz de adquirir un crédito de naturaleza patrimonial. De manera que el *coemptionator* se obligará a rescindir los efectos de la *coemptio*, restituyendo a la mujer su estado previo a la misma y haciéndola titular de su patrimonio, además de reintegrarle las eventuales adquisiciones patrimoniales hechas por ella mientras se encontrara *in manu*[52].

IV. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LAS *COEMPTIONES FIDUCIARIAS*

No está claro en qué época puede observarse la aparición del mecanismo de la *coemptio fiduciaria* y, en concreto, de la *coemptio testamenti faciendi gratia*. La doctrina se inclina a pensar en un tiempo anterior al inicio del siglo II a. C., aduciendo que la correspondencia entre la capacidad de testar y la *capitis deminutio* debió estar bastante avanzada ya durante el siglo II a. C.[53].

---

tación, habiendo ya aclarado previamente que la *conventio in manum* a la que se refería el efecto sucesorio era aquella que acompañaba al matrimonio. *Vid.*, asimismo, O. KARLOWA, *Die Formen der Römischen Ehe und Manus*, Bonn, 1868, pp. 83 y ss.; F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova, 1876, p. 110.

[51] R. ASTOLFI, «Gaio e la *manus* quale *potestas*», *cit.*, pp. 54 y ss., defiende que el *coemptionator* sucede *iure civili* en el activo del patrimonio de la mujer *coempta* como titular de la *manus* sobre ella.

[52] J. GAUDEMET, «Observations sur la *manus*», *cit.*, pp. 337 y ss.; E. VOLTERRA, «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», *cit.*, pp. 311 y ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*, *cit.*, pp. 288-289; C. FAYER, *La familia*, *cit.*, pp. 266 y ss.; R. ASTOLFI, «Gaio e la *manus* quale *potestas*», *cit.*, pp. 56 y ss.; P. MARRA, «*Coemptiones fiduciae causa*», *cit.*, pp. 591 y ss.

[53] M. KASER, *Das römische Privatrecht*[2], München, 1975, p. 277; L. MONACO, *Hereditas e mulieres*, *cit.*, p. 184; C. VENTURINI, «Ereditiere ed ereditande», *cit.*, p. 663. Como determina I. HERNANDO AGUAYO, «*Emancipatio*: tutela fiduciaria», *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 7, 2013, p. 305, basándose en R. MARTINI, «*Coemptio fiduciae causa* e *senes coemptionales*», *cit.*, pp. 171 y ss. o C. F. AMUNÁTEGUI, «El origen de los poderes del *paterfamilias* II: el *paterfamilias* y la *manus*»,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

Es, en efecto, innegable que los más antiguos testimonios que tenemos de este mecanismo se encuentren en Cicerón, *Topica* 4,18 y en la evocación histórica de los privilegios concedidos *ex senatus consulto* a Hispala Fecenia en el 184 a. C. (Livio, 39,19,3-7)[54].

La aparición de la *coemptio* como alternativa «laica» a la *confarreatio* se remonta, por lo demás, aunque posterior a la legislación decenviral, seguramente atrás en el tiempo[55]. Las aplicaciones con objetivos fiduciarios de este dúctil instrumento pueden considerarse maduradas en un momento sucesivo. La prosecución de la *coemptio fiduciae causa* respecto de la *coemptio matrimonii causa* es, igualmente, opinión común[56]. Así, la *coemptio* podía venir usada no solo para constituir la *manus*, sino también para extinguirla. Bastaba insertar un *pactum fiduciae*. De esta manera comienza, según la doctrina, un proceso de involución de la *coemptio* que, sin embargo, retarda su desaparición[57].

En un principio, para poder cambiar de tutor, testar o exonerarse de los cultos religiosos era suficiente añadir a la *coemptio* un *pactum fiduciae* con el que obligar al marido a liberar a la mujer, escogiéndole el tutor por ella indicado. Se tenía, así, no una *coemptio matrimonii causa*, sino una *coemptio fiduciaria cum viro*. Si la mujer no estaba casada y tenía la necesidad de un marido de conveniencia, a través de la *coemptio fiduciaria* se le procuraba uno para estos objetivos. Las fuentes nos hablan de

---

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. 29, 2007, p. 91, la *coemptio fiduciae causa* debió aparecer en una época en la que la familia agnaticia ya no está tan poderosamente interesada en sostener la unidad patrimonial de los bienes que servían para mantenerla, puesto que los medios de producción y explotación habían sufrido una enorme evolución como consecuencia del latifundio y la economía esclavista... Este cambio tan radical se sitúa en época de las Guerras Anibálicas. Una vez finalizadas estas, la posición imperial de Roma y la importación masiva de grano impidieron la recuperación de las bases económicas en las que se fundaba la familia agnaticia. Por ello, sería lógico pensar que la *coemptio fiduciaria* apareciera alrededor de esta época, es decir, a comienzos del siglo II a. C.

[54] «*Sp. Postumius aliquanto post Romam uenit: eo referente de P. Aebutii et Hispalae Faeceniae praemio, quod eorum opera indicata Bacchanalia essent, senatus consultum factum est, uti singulis his centena milia aeris quaestores urbani ex aerario darent; utique consul cum tribunis plebis ageret, ut ad plebem primo quoque tempore ferrent, ut P. Aebutio emerita stipendia essent, ne inuitus militaret neue censor ei inuito equum publicum adsignaret; utique Faeceniae Hispalae datio, deminutio, gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei uir testamento dedisset; utique ei ingenuo nubere liceret, neu quid ei qui eam duxisset ob id fraudi ignominiaeue esset; utique consules praetoresque, qui nunc essent quiue postea futuri essent, curarent, ne quid ei mulieri iniuriae fieret, utique tuto esset. id senatum uelle et aequum censere, ut ita fieret. ea omnia lata ad plebem factaque sunt ex senatus consulto; [et] de ceterorum indicum impunitate praemiisque consulibus permissum est*». Sobre este testamento y, en concreto, sobre el privilegio de la *deminutio* atribuido a Hispala Fecenia, *vid.* las diversas teorías en L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, *cit.*, pp. 63 y ss.

[55] *Vid.* A. Watson, «*Usu farreo coemptione*», *SDHI*, núm. 29, 1963, pp. 337 y ss.; G. Mac Cormack, «*Coemptio* and Marriage by Purchase», *BIDR*, núm. 81, 1978, pp. 179 y ss.; B. Biondi, «*Farreo coemptione usu*», en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli, 1984, pp. 1301 y ss.; G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica: dall'età arcaica al Principato*, Torino, 1989, pp. 31 y ss.; B. Albanese, «Note sulla *coemptio*», *cit.*, pp. 1 y ss.; R. Astolfi, «Gaio e la *manus* quale *potestas*», *cit.*, pp. 53 y ss.

[56] G. Hanard, «*Manus* et mariage à l'époque archaique», *RIDA*, núm. 36, 1989, p. 246.; I. Piro, «*Usu in manum convenire*», Napoli, 1994, p. 57, n. 50; B. Albanese, «Note sulla *coemptio*», *cit.*, p. 10.

[57] R. Astolfi, *Il matrimonio*, *cit.*, pp. 297 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

los *senes coemptionales* (Cicerón, *Pro Murena*, 12,27)[58]. La mujer solía elegir preferentemente a un *senex* para salvar la reputación. Divorciada inmediatamente de él, lo obligaba a través del *pactum fiduciae* a liberarla de la *manus* y restituirle sus bienes. Este expediente no era sin embargo, bien visto. Suscita la burla de Cicerón. De ahí que la jurisprudencia venga a remediar la situación con la creación de la *coemptio fiduciaria cum extraneo*. De esta manera se respetaba el matrimonio y la reputación de la mujer y no había necesidad de divorcio para obligar al fiduciario a liberar a la mujer de la *manus*. La diversidad de la nueva *coemptio* era radical respecto a la antigua: no había matrimonio, ni siquiera ficticio, y la adquisición de la *manus* no era la finalidad, sino el medio para resolver los efectos del acto.

La *coemptio fiduciaria* que conoce Cicerón es aquella *cum viro*, según entiende la doctrina[59]. Será posterior en el tiempo, aunque no mucho, la *cum extraneo*. De este modo, se llega a la época del Principado y a la disciplina de Gayo que distinguirá las dos figuras generales de *coemptio*: *matrimonii causa* y *fiduciaria*.

El hecho de que Gayo 1,115 y Gayo 1,115ª hablen solo de la *coemptio tutelae evitandae causa* y la *coemptio testamenti faciendi gratia*, sin mencionar la *coemptio interimendorum sacrorum causa*, hace suponer la anterioridad de esta última respecto de las que Gayo describe y haría probable pensar que la *coemptio* relativa a los *sacra* fuese el arquetipo de las *coemptiones fiduciariae*[60].

Una de las exigencias más serias que satisfacía la *coemptio fiduciaria* era —como hemos analizado— la de atribuir a la mujer libertad para hacer testamento. Una vez que Adriano, mediante senadoconsulto, la concede (Gayo 1,115ª; 2,112) sin necesidad de acudir a este complejo instrumento, el uso de la *coemptio* será cada vez menor y reducido en importancia. Además, la *coemptio fiduciae causa* tenía, sustancialmente, una finalidad opuesta a la originaria *coemptio*, esto es, no constituir la potestad familiar, sino más bien extinguirla. Ello demuestra el comienzo del declive de esta institución. Ya en tiempos de Gayo no es Derecho vigente. No obstante, habrá que esperar al siglo IV para considerar la *coemptio*

---

[58] «*Nam, cum permulta preclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. mulieres omnis propter infirmitatem consili maiores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur. sacra interire ille noluerunt: horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt*». Aunque el texto alude al recurso a los *senes coemptionales* con la finalidad de extinguir los *sacra* por parte de la mujer, la doctrina no duda en que el caso propuesto por Cicerón no fuera el único posible, sino que se utilizaría también para las otras dos finalidades de la *coemptio fiduciaria*: cambiar de tutor y hacer testamento. R. Martini, «*Coemptio fiduciae causa* e *senes coemptionales*», *cit.*, pp. 181 y ss. *Vid.*, asimismo, E. Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Roma, 1890, p. 150, n. 74, quien excluye en la referencia al *senex coemptionalis* de Plauto, *Bacch*. 973 y ss. una alusión al objetivo de interrumpir los *sacra*, dado que esta práctica sería ya impensable, a su juicio, en tiempos de Plauto.

[59] R. Astolfi, *Il matrimonio*, *cit.*, pp. 300 y ss.

[60] L. Messina, «*Coëmptio sacrorum interimendorum causa*», *cit.*, pp. 417 y ss.; C. Fayer, *La familia*, *cit.*, p. 266.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

fiduciae causa seguramente inútil, paralelamente al proceso de debilitamiento y superación de la figura de la tutela de las mujeres, ya que la historia de la *coemptio fiduciaria* va ligada también a la historia de la *tutela mulieris* (Gayo 1,114). Finalmente, en la Compilación justinianea no se hablará de ella.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A Gayo debemos la noticia según la cual «*olim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent*» (Gayo 1,115ª). Aparte de las Vestales (como *exceptae personae*) las mujeres *sui iuris*, legitimadas perfectamente para testar *tutore auctore* mediante el recurso al testamento libral (y, quizá, ya antes si observamos el acceso de la mujer al *testamentum calatis comitiis*), podían efectivamente realizar este acto jurídico solo después de una preliminar *capitis deminutio minima* (Gayo 1,162; Ulp. 11,13), que implicase la extinción del *ius agnationis* a través de un procedimiento basado en una *coemptio* que, seguida de *remancipatio* y sucesiva *manumissio*, les permitía adquirir a su manumisor como tutor fiduciario (Gayo 1,166ª), llamado a prestar la *auctoritas*.

Claramente, el categorico *non aliter* de Gayo 1,115ª deja presumir que *olim* (posiblemente con anterioridad al siglo II a. C.) el consenso de los tutores (sea —antes de la *lex Claudia*— legítimos, testamentarios o atilianos) no fuera suficiente para permitir un eficaz testamento de la mujer, la cual quedaba obligada a cumplir preventivamente, con su *auctoritas*, las formalidades propias de la *capitis deminutio* a través del *iter* descrito de la *coemptio*, destinado a romper los vínculos de aquella con la familia de origen.

En efecto, en la base de esta disciplina se revela la antítesis irreductible entre la función histórica de la *tutela mulierum*, con su carácter potestativo representado en el tutor legítimo, y la libertad de testar de la mujer. Resulta comprensible que en presencia de tutores agnados destinados a recoger *ab intestato* la herencia de la mujer, en el interés superior de la continuidad del organismo familiar, no fuera ni siquiera imaginable, o al menos muy difícil, su intervención dirigida a consentir a esta disponer *mortis causa* de sus bienes.

Como se puede constatar, la *coemptio testamenti faciendi gratia* no confiere a la mujer la *testamenti factio* activa, sino que únicamente elimina el verdadero obstáculo que se interponía a su capacidad de testar: las expectativas hereditarias de la familia agnaticia. El jurisconsulto de la época de los Antoninos no afirma en absoluto una originaria incapacidad de testar de la mujer; si así fuera no se podría entender que tan grave limitación derivada del sexo pudiera venir subsanada a través del expediente de la *coemptio fiduciae causa*. Esta, evidentemente, no habría podido otorgar a la mujer una capacidad que no tenía. Si así ocurriera, tampoco se enten-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719

dería cómo en época adrianea, en virtud de un senadoconsulto, se suprimiría dicho requisito de la *coemptio*.

A su vez, la falta de referencia por parte de Gayo a la *coemptio* en relación a los dos residuos de figuras de tutor legítimo (el patrono y el *parens manumissor*), puede fácilmente explicarse por el hecho de que la *coemptio* sería ya objeto de generalizada abolición a partir del *senatus consultum* adrianeo.

Anteriormente, ya con la *lex Claudia,* se observa cómo la *coemptio fiduciaria* a los fines de otorgar testamento comenzaría, progresivamente, a perder su razón de ser, degradándose a nivel de inútil gravamen hasta su abolición definitiva por Adriano, quedando a salvo el requisito de la *auctoritas tutoris*, pero cada vez más reducido a una mera formalidad (Gayo 1,190). De ahí que Gayo 2,113 llegue a afirmar que las mujeres parecen estar en mejores condiciones que los hombres, pues el hombre menor de catorce años no puede hacer testamento ni aun con la autorización del tutor, y la mujer, en cambio, sí puede, pues al cumplir doce años consigue el derecho de testar[61].

[61] «*Videntur ergo melioris condicionis esse feminae quam masculi; nam masculus minor annorum* XIIII *testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere uelit, femina uero potest; facta enim* XII *annorum testamenti faciundi ius nanciscitur*».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0719