

## B. Estudios

### D. 23,2,57a (¿ ? ): "SI LEGITIME CONCEPTI FUISSENT"\*

F. BETANCOURT

C. GÓMEZ-RUIZ

Universidad de Sevilla

#### A. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la *communis opinio* de la primera mitad de este siglo sostenía que la legitimación de los hijos naturales *per rescriptum principis* sólo

\*Citaremos abreviadamente las siguientes fuentes y bibliografía:

1°. ANRW. = Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung (Berlin/New York). 2°. G. von BESELER, *Beiträge II* (1911) = Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen II (Tübingen 1911). 3°. *Codex Florentinus* I-II (1988) = Justiniani Augusti Pandectarum. Codex Florentinus. Curaverunt A. Corbino - B. Santalucia I-II (Leo S. Olschki, Firenze 1988). 4°. HUSCHKE (SECKEL-KÜEBLER), *Iurispr. anteiust.* 1<sup>o</sup> (1908), II 1<sup>o</sup> (1911), II 2<sup>o</sup> (1927) = Jurisprudentiae anteiustinianae in usum maxime academicum compositas a Ph. Eduardo Huschke Editione sexta aucta et emendata ediderunt E. Seckel et B. Kübler. Volumen prius [I] (Lipsiae 1908). Voluminis alterius Fasciculus prior [II 1] (Lipsiae 1911). Voluminis alterius Fasciculus alter [II 2] (Lipsiae 1927). 5°. P. KRÜGER, *Geschichte*<sup>2</sup> (1912) = Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. 2. Auflage (München/Leipzig 1912). 6°. P. KRÜEGER-TH. MOMMSEN-G. STUDEMUND, *Collectio* I (1912)- II (1878) - III (1890) = Collectio librorum iuris anteiustiniani. Tomus I (Berolini 1912). Tomus alter [II] (Berolini 1878). Tomus tertius [III] (Berolini 1890). 7°. LENEL, Paling. I-II (1889) = Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceterasque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros. Disposuit Otto Lenel. Volumen prius [I]. Volumen alterum [II]. Reproducción inalterada de la edición de Leipzig de 1889, aumentada con un Supplementum (ad fidem papyrorum) de L. S. Sierl (Graz 1960). 8°. Th. MOMMSEN, *Digesta* I (1868) - II (1870) = Digesta Iustiniani Augusti [*Editio maior*] Th. Mommsen Vol. I (Berolini 1868). Vol. II (Berolini 1870). 9°. M. SCHANZ-C. HOSIUS- G. KRÜEGER, *Geschichte*

habría aparecido institucionalizada por el emperador Justiniano<sup>1</sup>. En este sentido se pronuncian sin matizaciones P. Bonfante y A. Berger<sup>2</sup>. En cambio, pretende retrotraerla a la época del emperador Constantino, A. de Sarlo<sup>3</sup>.

Contra esa *communis opinio* se pronunció E. Volterra de forma acabada en 1963. El autor pretende retrotraer aquella institución –al menos el precedente– a la época de los emperadores Marco Aurelio (161 d.C.-180 d.C.) y Lucio Vero (161 d.C.- 169 d.C.), los *divi fratres*. Volterra se basa para su hipótesis en un rescripto de aquellos emperadores y del cual nos da noticia el jurista Marciano en el actual D. 23,2,57a<sup>4</sup>. La argumentación de Volterra –con base en ese pasaje– se dirige a demostrar que el mencionado rescripto: a) legitima a los hijos, b) nacidos de una unión incestuosa, y c) sin por ello declarar la legitimidad de esa unión. Por tanto, el autor prejuzga de “incestuosa” esa unión y las fuentes que alega son las del *ius civile*. En segundo término, Volterra relaciona el tema de la adquisición de la ciudadanía romana con la *patria potestas*<sup>5</sup>. Ahora bien, D. 23,2,57a no tiene *inscriptio* de fragmento individualizado de jurisprudencia, aunque Mommsen así lo pretende tanto en la *editio maior* como en la *editio minor*, como veremos más adelante. Sobre la hipótesis de Volterra se pronunció matizadamente en 1970 O. Robleda de la siguiente forma:

“Decimos en el texto que la legitimación por rescripto, como institución, se debe a Justiniano; lo afirman los autores unánimemente, (es inútil dar ejemplos). Ello no quiere decir que el Príncipe no la hubiese podido conceder y de hecho no la hubiese concedido alguna vez ya antes. Un caso puesto magníficamente de relieve por Volterra (Intorno a D. 23,2,57...) es el contenido en D. 23,2,57 (o 57a, desde la ed. de Mommsen). Ahí está recogido un rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero, con el que, en su sentido más obvio, esos Emperadores conceden la

III<sup>4</sup> (1922) = Geschichte der römischen Literatur bis zum gesetzgebenswerke des Kaiser Justinian von Martin Schanz. 3. Teil: Die Zeit von Hadrian 117 bis auf Constantin 324.3. neubearbeitete Auflage von Carl Hosius und Gustav Krüger [Unveränderter Nachdruck 1969 der 1922 erschienenen dritten neubearbeiteten Auflage (München 1969)]. 10°. F. SCHULZ, *Geschichte* (1961) = Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (Weimar 1961). 11°. O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano* (1970) = *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970). 12°. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* = Intorno a D. 23,2,57a, en *Mélanges Philippe Meyland I. Droit Romain* (Lausanne 1963) [= *Scritti giuridici II. Famiglia e successioni* (Napoli 1991) 509-519]. 13°. L. WENGER, *Quellen* (1953) = Die Quellen des römischen Rechts (Wien 1953).

1. El mismo Justiniano la declara de su propia invención y mérito; cfr. Na. 74,1, del año 538: *... damus ei fiduciam nova quadam et nunc adinventam a nobis via ad legitimorum ius perducere naturales...*, cfr. también Na. 74,2 pr.

2. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I Diritto di famiglia* (Roma 1925) 276 = *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia* [Ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò] (Milano 1963) 375; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953) s. v. *Legitimatío per rescriptum principis* p. 543: “The institution is a creation of Justinian”.

3. A. DE SARLO, *L'origine storica dell'art. 199 comma 1° del Codice civile italiano*, en *SDHI*. 3 (1937) 350: “... è noto come la legittimazione spunti soltanto dopo Diocleziano”.

4. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* p. 368 ss.

5. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* p. 371-372 y p. 372-377, respectivamente.

legitimación de los hijos de una tal Flavia Tertula. Así Volterra, rechazando la opinión de varios autores..., que consideran la legitimación de los hijos en el caso, no como autónomo, sino como efecto o consecuencia de la legitimación del matrimonio. Es más probable la tesis de Volterra. No consta aquí suficientemente de la legitimación o convalidación del matrimonio tenido por verdadero durante cuarenta años; sí, en cambio con claridad de la legitimación de los hijos... Repito, que preferimos la interpretación de Volterra... De todos modos, nótese bien que no se trata aquí tampoco de legitimación de hijos naturales (*ex concubinato*)!<sup>6</sup>

La fuente (D. 23,2,57a) en la cual se basa Volterra para su hipótesis nos plantea dos tipos de problemas. En primer lugar, el problema de crítica textual. En segundo término, el problema palinogenésico. Por tanto, antes de entrar en la cuestión de fondo, objeto directo de nuestro trabajo, trataremos de analizar, hasta donde nos sea posible, esos dos tipos de problemas.

## B. CRÍTICA TEXTUAL Y PALINGENÉSICA DE D. 23,2,57a

### § 1. Crítica textual

#### a) E. Volterra (1963)

En la introducción de su trabajo definitivo de 1963 E. Volterra, refiriéndose a nuestro fragmento, dice expresamente:

“Questo frammento, che nel manoscritto della Fiorentina si trova unito alla L. 57 come parte della stessa, viene nell'edizione del Mommsen separato da questa e contraddistinto sotto il numero 57a, quasi si trattasse di una legge a sè. La separazione proposta non è però giustificata, nè è confermata dal confronto con i Basilici, i quali non riportano il frammento, riprodotto nella *πετρα* 49,19”<sup>7</sup>.

#### b) E. Ricart Martí (1987)

En nuestra opinión, y limitándonos a España, la línea de investigación de revisión crítica del *Corpus Iuris Civilis* encuentra su mejor manifestación en las monografías de Carmen Tort-Martorell, para el *Codex Iustinianus*<sup>8</sup> y Encarnación Ricart Martí, para el Digesto<sup>9</sup>. En este trabajo la autora analiza nuestro pasaje

6. O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano* (1970) 234 (ss.) y n. 33.

7. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* p. 367 s. Según el testimonio del autor en (p. 367) n. 1 las ediciones que reproducen el texto de la *Florentina*, D. 23,2,57a está unido a D. 23,2,57; así, la edición de Lelio y Francesco Torelli de 1553 (financiado por los Medici), la de Lyon de Hugo a Porta de 1558, la denominada Salamandra, también de Lyon de 1550, la de Lyon de 1562, la de Dionisio Godofredo de 1582, y las más modernas de Freisleben de 1721 y la de los hermanos Kriegel.

8. C. TORT-MARTORELL, *Tradición textual del Codex Iustinianus. Un estudio del Libro 2* (Frankfurt a. M. 1989).

9. E. RICART MARTÍ, *La tradición manuscrita del Digesto en el Occidente medieval, a través del estudio de las variantes textuales*, en *AHDE*. 57 (1987) 5-206. Vid. la recensión crítica de F. BETANCOURT, *La tradición manuscrita del Digesto*, en *CIDHPPN*. 11 (Barcelona 1990) 2503 - 2509.

de D. 23,2,57a –correspondiente al *Digestum vetus*, según la tripartición medieval (*Digestum Novum e Infortiatum*)– desde el punto de vista de aquellas alteraciones textuales del Digesto que tienen el carácter de *error coniunctivus* entre el manuscrito de la *Florentina* y los representantes más antiguos del texto de la Vulgata; es decir, aquellas alteraciones textuales en un punto *n* que presentan uno o varios testimonios, y que solo pueden haberse originado por la peculiar y específica situación de otro testimonio anterior. Según la autora, D. 23,2,57a cae bajo las variantes que pueden fundamentar una dependencia entre *F* = *Florentina* y TURÍN F II 14<sup>10</sup>, que no afecta al contenido de nuestro pasaje. En cambio, si es interesante para nosotros en esta ocasión lo que dice la autora en la n. 156 (de la p. 63):

"Este fragmento –refiriéndose a D. 23,2,57a– tiene otro problema de crítica textual; en *F* y en los manuscritos Boloñeses los fragmentos 57 y 57a de la edición de Mommsen están unidos; Mommsen los separa, y en el aparato crítico lo justifica en las fuentes orientales y en la inscripción, que es distinta, aunque los dos textos sean de Marciano..."<sup>11</sup>

Si no nos equivocamos, en la doctrina sólo Volterra y Ricart-Martí ponen de relieve la decisión filológico-editorial de Mommsen. La segunda autora simplemente para verificar el hecho; el primer autor para eso mismo y para criticar esa decisión como falta de fundamento<sup>12</sup>.

La argumentación de Mommsen en su *editio maior* del Digesto para separar el fragmento que se nos transmite en D. 23,2,57 es la siguiente:

"Hoc caput-refiriéndose a la que él califica de *inscriptio* de D. 23,2,57a- quam separare debuerunt a praecedentibus compilatores utpote excerptum ex libro diverso, tamen et libri nostri proecedenti adiungunt et Graeci ubi leges sequentes citant, numerationem receptam confirmant (...): quam ob rem eam non mutavimus"<sup>13</sup>.

Cotejado el *Codex Florentinus* nos encontramos con que, efectivamente, entre D. 23,2,57 (Marcian 2 *Inst.*) y D. 23,2,57a (¿?) no hay solución de continuidad; es decir, estamos ante un único fragmento. Pero hay más, Mommsen, para la pretendida por él como *inscriptio* del segundo pasaje (D. 23,2,57a), intro-

10. TURÍN F II 14 = manuscrito de finales del siglo XII y principios del XIII, según G. Dolesalek; para Mommsen sería del siglo XII. El material es de pergamino. Se custodia en la Biblioteca Nacional de Turín. Contiene el *Digestum vetus* y una pequeña parte del *Infortiatum*; exactamente hasta D. 25,3,5,13 y parte de la *Const. Omnem*. El manuscrito contiene también las *Distinctiones* de Azón y *Dissensiones dominorum*. Cfr. E. RICART - MARTÍ, op. cit. p. 59 ss., y p. 193 s.

11. E. RICART-MARTÍ, op. cit. p. 63 n. 156.

12. Cfr. supra B § 1 a y n. 7.

13. Th. MOMMSEN, *Digesta I* (1868) 665 Lins. 9-10 (D. 23,2,57), Lins. 11-16 (D. 23,2,57a), y Aparato crítico Lín. 11.

duce tanto en la *editio maior* como en la *editio minor* la preposición [*In*], sin fundamentarla en ningún manuscrito pues la *Florentina* no la trae<sup>14</sup>. Por otra parte y como es sabido, en términos generales, la "técnica oficial" de las *inscripciones* empleada por los Compiladores para los fragmentos de jurisprudencia (Digesto) es la de las *inscripciones* individualizadas. Recurren al pronombre demostrativo *idem* para los subsiguientes fragmentos del mismo jurista aunque sean de distinta(s) obra(s). Por tanto, en el caso de nuestro fragmento D. 23,2,57a si los Compiladores hubiesen querido distinguirlo de D. 23,2,57 deberían haber empleado el *idem*; cosa que no ocurre. Todavía más: en el subsiguiente fragmento de D. 23,2,58 los Compiladores escribieron expresamente *Marcianus libro quarto regularum*<sup>15</sup>. Ello sólo se explica como una cautela de los Compiladores para evitar que el lector, vista la interposición de la cita completa del jurista "anotado" por Marciano (*Papinianus libro secundo de adulteriis*), se equivocase en relación con el autor del fragmento inmediatamente siguiente D. 23,2,58: *Marcianus libro quarto regularum*. Así, pues, el actual D. 23,2,57a no es más que una "anotación". Esto no lo discute ni la doctrina ni Lenel en su *Palingenesia*, como veremos en su momento. En todo caso, esta "anotación" aparece consignada de forma distinta a la ordinaria. Esta afirmación exige ser verificada exhaustivamente, pero antes haremos unas consideraciones sobre el *status quaestionis* doctrinal sobre ese género jurídico-literario de la jurisprudencia.

### c) El género jurídico-literario de las "anotaciones"

En 1887 P. Krüger publica un artículo sobre el empleo del papiro y del pergamino en la literatura jurídica romana<sup>16</sup>. Tangencialmente el autor pone de relieve un nuevo tipo de ediciones de obras en pergamino de los últimos juristas clásicos de dos clases: i) aquellas ediciones de obras de juristas anteriores con *Notae* de observaciones críticas y anotaciones complementarias, y ii) ediciones de extractos de las obras anteriores originales. P. Krüger de forma completa señala las de uno y otro grupo y que se nos han transmitido fragmentariamente y algunas, incluso, las conocemos por indicios. Del primer grupo –las que nos interesan en este momento– se nos conservaron las siguientes:

1. Labeón, *Posteriorum libri X*, con *Notae* de Próculo y Aristón.
2. Sabino, *Iuris Civilis libri III* y *Ad vitellium libri*, con *Notae* de Aristón.
3. Casio, *Iuris Civilis libri*, con *Notae* de Aristón.
4. Juliano, *Digestorum libri XC*, con *Notae* de Mauriciano, Marcelo, Escévola y Paulo.

14. Cfr. *Codex Florentinus I* (1988) f. 325 r B L. 25-40.

15. Cfr. *Codex Florentinus I* (1988) f. 325 r B L. 41; Th. MOMMSEN, *Digesta I* (1868) 665 Lín. 17.

16. P. KRÜGER, *Ueber die Werwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Litteratur der Römer*, en *SZ.* 8 (1887) 76-85. Sobre un desarrollo más acabado de este tema, vid. L. WENGER, *Quellen* (1953) § 32. *Papyrus und Pergament. Rolle, Blatt und Kodex* p. 88-97, y F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960) § 4. *Rolle und Kodex. Papyrus und Pergament* p. 93-119.

5. Pomponio, *Regularum liber singularis*, con *Notae* de Marcelo.
6. Marcelo, *Digestorum libri XXXI*, con *Notae* de Escévola y Ulpiano.
7. Escévola, *Digestorum libri XL*, con *Notae* de Trifonino.
8. Escévola, *Responsorum libri VI*, con *Notae* de Trifonino y Paulo.
9. Papiniano, *Quaestionum libri XXXVII*, con *Notae* de Paulo.
10. Papiniano, *Responsorum libri XIX*, con *Notae* de Ulpiano y Paulo.
11. Papiniano, *De adulteriis libri II*, con *Notae* de Marciano<sup>17</sup>.

Así, pues, en P. Krüger se inician las dos corrientes doctrinales que han trabajado sobre el tema de la naturaleza de la literatura jurídica de las *Notae*. En primer lugar, aquella corriente doctrinal predominante que parte de la concepción en la que subyace, como central, la idea de que su finalidad es esencialmente crítica; en esta línea se inscribe el trabajo de J. Rastätter<sup>18</sup>. En segundo término, aquella corriente doctrinal que parte de la concepción que sostiene el carácter simplemente explicativo o aclaratorio de las *Notae*; en esta línea se inscribe el trabajo de M. Sixto<sup>19</sup>. Tanto una como otra corriente doctrinal tienen que hacer sus matizaciones al encontrarse con casos contrarios a la idea central que predomina en ellas. Especialmente criticable es pretender sacar conclusiones generales para ese género literario a partir del estudio de una sola obra. Es discutible la idea de que ese género surgió con los últimos juristas clásicos —de quienes se nos han conservado más “anotaciones”— y despachar como “precedentes” de ese género los casos de las “anotaciones” a Labeón, Sabino y Casio por parte de Próculo y Aristón<sup>20</sup>.

d) *Marco general de las “anotaciones” según la teoría de las Masas de Bluhme*

Volviendo a nuestra “anotación” de Marciano a Papiniano en D. 23,2,57 y siguiendo el orden de juristas y obras establecido por P. Krüger, vamos a ver la forma en que aparecen identificadas todas las “anotaciones” que se nos conservaron; esto según el Digesto y no la *Palingenesia* de Lenel, aunque utilizamos ésta para el orden sistemático. Señalaremos también la Masa —según la teoría de Bluhme— a que pertenece cada fragmento o *nota*.

17. P. KRÜGER, *art. cit.*, en SZ. 8 (1887) 80. Respecto a la última obra, erróneamente P. Krüger, en lugar de la que señalamos, consigna el *liber singularis de adulteriis*.

18. J. RASTÄTTER, *Marcelli Notae ad Iuliani Digesta* (Freiburg i. Br. 1981).

19. M. SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a Cervidio Escévola* (I), en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano* 2 (Santiago 1989), y (II), en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano* 4 (Santiago 1991). Vid. F. BETANCOURT, *Rec. crítica* a (I), en *CIDHPPN*. 11 (Barcelona 1990) 2779-2786. Sobre Trifonino; vid. en estas mismas Actas la Comunicación de F. DEL PINO-TOSCANO, *El matrimonio entre el descendiente del tutor y su ex-pupila en el libro 9 ‘disputationum’ de Claudio Trifonino*.

20. En ese sentido se pronuncia M. SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a Cervidio Escévola* (I) cit. p. 7 y n. 1.

1. LABEÓN, *Posteriores*

LENEL, *Paling.* I (1889) col. 534 (ss.), *Posteriorum libri*:

- i) N° 231 = D. 28,5,17,5: *nec Aristo vel Aulus <Iavolenus?> (n.2) (utpote probabile notant) = PARS SABINIANA*

2. SABINO, *Ius Civile (?) y Ad Vitellium*

LENEL, *Paling.* II (1889) col. 189 (ss.), *Ad Vitellium libri*:

- i) N° 13 = D. 33,7,12,27: *et Cassius apud Vitellium notat = APPENDIX*

3. CASIO, *Ius Civile*

LENEL, *Paling.* I (1889) col. 110 (ss.), *Iuris Civilis libri*:

- i) N° 51 = D. 17,2,29,1/2: *Aristo refert (¿base de Krüger?)*

4. JULIANO, *Digesta*

LENEL, *Paling.* I (1889) col. 318 (ss.), *Digestorum libri XC (Cum notis Mauricianus Marcelli Scaevola Pauli)*:

- i) N° 25 = D. 50,16,9: *Marcellus apud Iulianum notat = PARS EDICTALIS*
- ii) N° 46 = D. 4,2,9,8: *Iulianus a Marcello notatus est scribens ... Marcellus notat = PARS EDICTALIS*
- iii) N° 106 = D. 8,5,4,5: *Marcellus ... apud Iulianum notat = PARS EDICTALIS*
- iv) N° 110 = D. 18,6,11: *Scaevola notat = PARS SABINIANA*
- v) N° 164 = D. 13,4,2,7: *Marcellus autem ... apud Iulianum notat = PARS SABINIANA*
- vi) N° 197 = D. 15,1,16: *Marcellus = PARS SABINIANA\**
- vii) N° 205 = D. 15,3,14: *Iulianus <F<sup>2</sup> = Iuliani> libro undecimo <Cuiacius: duodecimo> digestorum Marcellus notat ... Paulus = PARS SABINIANA\**
- viii) N° 206 = D. 16,1,8,2: *Marcellus autem notat = PARS SABINIANA*
- ix) N° 221 = D. 19,1,23: *Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- x) N° 268 = D. 23,3,44: *Marcellus = PARS SABINIANA*
- xi) N° 321 = D. 26,8,12: *Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- xii) N° 363 = D. 2,14,54: *Scaevola notat = PARS SABINIANA*
- xiii) N° 399 = D. 29,2,42 pr.: *quae sententia a Marcello recte notabat = PARS SABINIANA*
- xiv) N° 405 = D. 35,1,20: *Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- xv) N° 406 = D. 39,6,15: *Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- xvi) N° 425 = D. 28,5,5: *Apud Iulianum libro vicensimo nono digestorum Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- xvii) N° 439 = D. 28,5,40: *libro trigesimo digestorum Iuliani Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- xviii) N° 455 = D. 30,80: *Apud Iulianum libro trigesimo secundo digestorum Marcellus notat = PARS SABINIANA*
- xix) N° 473 = D. 30,53,2: *Marcellus apud Iulianum adicit = PARS SABINIANA*
- xx) N° 475 = D. 30,82,3: *Marcellus = PARS SABINIANA*
- xxi) N° 480 = D. 34,3,3,5: *Marcellus notat = PARS SABINIANA*

- xxii) N° 481 = D. 34,3,5,2: *Marcellus notat* = PARS SABINIANA
- xxiii) N° 495 = D. 4,6,41: *Marcellus notat* = PARS SABINIANA
- xxiv) N° 505 = Vat. 82: *ubi Scaevola notat* = PARS SABINIANA
- xxv) N° 552 = D. 30,92 pr.: *Marcellus notat* = PARS SABINIANA
- xxvi) N° 555 = D. 33,9,1: *Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat* = PARS SABINIANA\*
- xxvii) N° 562 = D. 35,2,75: *Ex libro quadragesimo digestorum Iuliani Marcellus* = PARS SABINIANA
- xxviii) N° 569 = D. 36,1,28(27)6/7: *Marcellus notat* = PARS SABINIANA
- xxix) N° 589 = D. 35,2,34 = *Marcellus libro quadragesimo secundo digestorum Iuliani notat* = PARS SABINIANA
- xxx) N° 593 = CJ. 7,7,1a : *Marcellus apud Iulianum in eius digestis notat* = PARS SABINIANA
- xxxi) N° 633 = D. 5,1,75: *Marcellus notat ... Paulus notat* = PARS SABINIANA
- xxxii) N° 634 = D. 4,4,11,5: *Marcellus autem apud Iulianum notat* = PARS EDICTALIS
- xxxiii) N° 829 = D. 9,4,2,1 = *et a Marcello apud Iulianum probatur* = PARS EDICTALIS

5. POMPONIO, *Regulae*

LENEL, *Paling. II* (1889) col. 85 (s.), *Regularum liber singularis (Cum notis Marcelli)*:

- i) N° 375 = D. 28,1,16: *Marcellus notat* = PARS SABINIANA  
D. 29,2,63: *Libro singulari regularum Pomponii Marcellus notat* = PARS SABINIANA
- ii) N° 377 = D. 49,17,10: *Ex nota Marcelli* = PARS SABINIANA

6. MARCELO, *Digesta*

LENEL, *Paling. II* (1889) col. 589 (ss.), *Digestorum libri XXXI (Cum notis Scaevola et Ulpiani)*:

- i) N° 47 = D. 20,1,27: *Ulpianus notat* = PARS EDICTALIS\*
- ii) N° 107 = D. 26,7,28: *Ulpianus notat* = PARS EDICTALIS
- iii) N° 118 = D. 29,7,9: *Ulpianus notat* = PARS EDICTALIS\*
- iv) N° 159 = Vat. 82: *ubi Scaevola notat* = PARS EDICTALIS
- v) N° 174 = D. 31,24: *Scaevola autem notat* = PARS PAPINIANA\*

7. ESCÉVOLA, *Digesta*

LENEL, *Paling. II* (1889) col. 215 (ss.), *Digestorum libri XL (Cum notis Tryphonini)*:

- i) N° 15 = D. 36,1,82: *Claudius* = APPENDIX
- ii) N° 16 = D. 46,3,88: *Claudius* = APPENDIX
- iii) N° 30 = D. 18,7,10: *Claudius* = APPENDIX
- iv) N° 40 = D. 26,7,58 pr.: *Claudius Tryphoninus* = APPENDIX
- v) N° 47 = D. 33,2,32,1: *Claudius* = APPENDIX
- vi) N° 57 = D. 34,3,28,7: *Claudius* = APPENDIX

- vii) N° 65 = D. 34,1,15,1: *Claudius* = APPENDIX
- viii) N° 67 = D. 32,36: *Claudius notat* = APPENDIX
- ix) N° 68 = D. 32,37,4: *Claudius* = APPENDIX
- x) N° 71 = D. 34,1,16,2: *Claudius* = APPENDIX
- xi) N° 72 = D. 43,2,16: *Claudius* = APPENDIX
- xii) N° 76 = D. 32,38,5: *Claudius* = APPENDIX
- xiii) N° 82 = D. 32,39 pr.: [LENEL n.1] = APPENDIX
- xiv) N° 85 = D. 35,1,109: *Claudius* = APPENDIX
- xv) N° 86 = D. 36,1,79,1: *Claudius* = APPENDIX
- xvi) N° 90 = D. 36,1,80,6: *Claudius* = APPENDIX  
D. 36,1,80,9: *Claudius* = APPENDIX
- xvii) N° 91 = D. 40,5,17: *Claudius* = APPENDIX
- xviii) N° 93 = D. 32,41,13: *Claudius* = APPENDIX
- xix) N° 103 = D. 40,4,59,1: *Claudius* = APPENDIX
- xx) N° 123 = D. 46,7,20: *Claudius* = APPENDIX
- xxi) N° 125 = D. 34,9,26: *Claudius notat* = APPENDIX

8. ESCÉVOLA, *Responsa*

LENEL, *Paling. II* (1889) col. 287 (s.), *Responsorum libri VI (Cum notis Tryphonini et Pauli)*:

- i) N° 257 = D. 5,2,13: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- ii) N° 258 = D. 31,88,12: *Claudius* = PARS PAPINIANA

9. PAPINIANO, *Quaestiones*

LENEL, *Paling. I* (1889) col. 813 (ss.), *Quaestionum libri XXXVII (Cum notis Pauli)*:

- i) N° 64,1 = D. 1,21,1,1: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- ii) N° 82,2 = D. 22,1,1,2: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- iii) N° 173 = D. 18,1,72: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- iv) N° 177 = D. 6,2,16: *Paulus libro decimo quaestionum Papiniani notat Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- v) N° 223 = D. 38,2,42 pr.: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- vi) N° 237 = D. 46,5,8: *Papinianus libro quinto <LENEL: decimo> quaestionum Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- vii) N° 364 = D. 8,1,18: *Paulus libro trigesimo primo quaestionum Papiniani notat* = PARS PAPINIANA

10. PAPINIANO, *Responsa*

LENEL, *Paling. I* (1889) col. 881 (ss.), *Responsorum libri XIX. Cum Ulpiani et Pauli notis*:

- i) N° 414,2 = D. 3,5,30,2: *Ulpianus notat* = PARS PAPINIANA
- ii) N° 524 = D. 37,5,22: <*Paulus notat* (LENEL n. 5)> = PARS PAPINIANA
- iii) N° 526 = D. 37,6,9: <*Ulpianus notat* (LENEL n. 8)> = PARS PAPINIANA
- iv) N° 529 = *Berol. ibid. 89: Paulus-Ulpianus* = ?

- v) N° 532 = D. 40,9,25: *Paulus* = PARS PAPINIANA  
D. 42,8,16: *Paulus libro quinto responsorum Papiniani*  
>HALOANDER: *notat*>: PARS PAPINIANA\*
- vi) N° 533 = D. 28,4,4: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- vii) N° 573 = D. 33,1,9: *Paulus notat* = PARS PAPINIANA
- viii) N° 624 = *Paris ibid.* 171-176: *Ulpianus-Paulus* = ?
- ix) N° 625 = *Paris ibid.* 171-176: *Ulpianus* = ?
- x) N° 578 = FV. 66: *Ulp.* ? LENEL, *Paling. I* (1889) col. 912 y n. 2.

11. PAPINIANO, *De adulteriis libri II*LENEL, *Paling. I* (1889) col. 803 (ss.), *De adulteriis libri II. Cum notis Marciani*

- i) N° 10 = a) *Codex Florentinus I* (1988) f. 325 r B Lins. 25-40, concretamente en Lin. 28 s.: *libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*.
- b) MOMMSEN, *Digesta I* (1868) 665 Lin. 11 (D. 23,2,57a): [*In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*]
- c) D. 23,2,57a: [*In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*]
- d) LENEL, *Paling. I* (1889) col. 806: *Marcianus notat* = PARS SABINIANA
- ii) N° 11 = a) *Codex Florentinus II* (1988) f. 404 r B Lins. 12-21, concretamente en Lin. 18 s.: *In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*
- b) MOMMSEN, *Digesta II* (1870) 806 Lin 7 (D. 48,5,8 [1]): *In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*
- c) D. 48,5,8 (7,1): *In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*
- d) LENEL, *Paling. I* (1889) col. 806: *Marcianus notat* = PAR SABINIANA

Por tanto, y antes de extraer las conclusiones generales vista la anterior presentación general de las "anotaciones" conservadas, tenemos más aún: ante el segundo caso (N° 11 = D. 48,5,8 [1] –*editio maior*– = D. 48,5,8 [7,1] –*editio minor*–) Mommsen adoptó una decisión distinta para dividir un solo fragmento como en nuestro caso de D. 23,2,57 (N° 10). Nos referimos a N° 11 = D. 48,5,7: *Marcianus libro decimo institutionum*; fragmento que termina con la expresión *denominatam*<sup>21</sup>. Sin solución de continuidad el *Codex Florentinus* continúa: *in libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat*<sup>22</sup>. A diferencia del caso de D. 23,2,57, Mommsen esa parte del fragmento la divide numerándola como fragmento D. 48,5,8 (1) en la *editio maior*, y como fragmento D. 48,5,8 (7,1), en la *editio minor*<sup>23</sup>.

21. *Codex Florentinus II* (1988) f. 404 r B Lin. 18.22. *Codex Florentinus II* (1988) f. 404 r B Lin. 18 s.23. Cfr. supra N° 11 ii b y c de N° 11: Papiniano, *de adulteriis libri II*.

No termina aquí el problema textual en relación con D. 48,5,8 (1) –*editio maior*– o D. 48,5,8 (7,1) –*editio minor*–, sino que el subsiguiente fragmento D. 48,5,9 (8) pr. –tanto en la *editio maior* como en la *editio minor*<sup>24</sup>– tiene como *inscriptio* la siguiente: *Idem libro secundo de adulteriis*<sup>25</sup>. ¿Quién es ese *idem*? ¿Marciano? ¿Papiniano? Está servida la posibilidad de confusión. Prueba de ello es que F<sup>2</sup> –corrector de la *Florentina* –interlinealmente y aprovechando el trazo vertical de la *Idem* superpuso *papinianus*<sup>26</sup>.

Todavía más en esta línea extraordinaria de la "forma" de las "anotaciones", que se confunde fácilmente con las *inscriptiones* de fragmentos de jurisprudencia. En las "anotaciones" de Marcelo a los *digesta* de Juliano nos encontramos con el caso de D. 28,5,39 que Mommsen divide con el actual D. 28,5,40<sup>27</sup>. Con aquel pasaje (D. 28,5,39) ocurre exactamente lo mismo que en los dos casos ya analizados para D. 23,2,57 y D. 48,5,8, y para el actual caso, Mommsen aplica la misma solución numérica que aplicó en el caso de D. 48,5,8; por tanto, con la misma consecuencia perturbadora para la restante numeración del título 5 del libro 28. D. 28,5,39 tiene como *inscriptio* la siguiente: *Marcianus libro secundo regularum* y su breve contenido termina con la expresión *bereditatis*<sup>28</sup>. Inmediatamente después y sin solución de continuidad se dice *libro trigésimo digestorum Iuliani Marcellus notat*<sup>29</sup>, y que Mommsen numera como D. 28,5,40. Por otra parte, aprendida la lección por F<sup>1</sup> –si se trataba del mismo escribano– con el caso de D. 48,5,9 (8) pr., en el actual caso y para el subsiguiente fragmento de D. 28,5,41 (40) ya no escribió *idem* sino *Iulianus libro trigésimo* [MOMMSEN: *trigesimo*] *digestorum*<sup>30</sup>.

e) *Conclusiones generales*

Ahora bien, por el cuadro general de las "anotaciones" conservadas y aplicando la teoría de las Masas de Bluhme, observamos lo siguiente:

1. Que las cuatro subcomisiones del Digesto –PARS SABINIANA, PARS EDICTALIS, PARS PAPINIANA Y APPENDIX– procedieron con prudencia filológica frente al

24. MOMMSEN, *Digesta II* (1870) 806 Lin. 9 y D. 48,5,9 (8) pr. Se comprenderá entonces que en este caso, la decisión de Mommsen en relación con D. 48,5,7 condujese a que toda la numeración filológica de ese título 5 del libro 48 quedase completamente perturbada a partir de ese fragmento. No ocurre lo mismo en relación con D. 23,2,57 que Mommsen procedió a dividir con el literal (D. 23,2,57a). En todo caso y en nuestra opinión, no se justifica que ante un hecho filológico semejante se adopte una solución diferente.

25. *Codex Florentinus II* (1988) f. 404 r B Lin. 22.26. Cfr. *Codex Florentinus II* (1988) f. 404 r B entre las Lins. 21 y 22. Naturalmente, deja constancia de esa corrección MOMMSEN, *Digesta II* (1870) 806. Aparato crítico L. 9: "*idem* F<sup>1</sup> cum B, *papinianus* F<sup>2</sup>"; D. *ad leg.* n. 6: "*papinianus* F<sup>2</sup>".

27. Cfr. supra 4 xvii N° 439.

28. *Codex Florentinus I* (1988) f. 408 v A Lins. 40 a 42, inclusive.29. *Codex Florentinus I* (1988) f. 408 v. A Lin. 42 s. y (contenido de la) Lin. 43 s. a B Lins. 1 a 3, inclusive. MOMMSEN, *Digesta I* (1868) 841 Lin. 33: [*trigesimo*] = D. 28,5,39: [*trigesimo*].30. *Codex Florentinus I* (1988) f. 408 v B Lin. 4. Lo anterior vendría a establecer la no escritura lineal de la *Florentina*.

- género literario de las "anotaciones" evitando en ellas las *inscripciones*. Eso para eludir las posibles confusiones con las *inscripciones* de los fragmentos de los demás géneros literarios. En efecto, para ello utilizaron la forma sencilla y lacónica del nombre del jurista "anotador" –seguramente como aparecía en la obra "anotada" utilizando el sentido objetivo (3.ª persona)– y, ordinariamente añadiendo *notat*- para consignar inmediatamente después la "anotación".
2. Que los tres casos analizados –D. 23,2,57a, D. 48,5,8 (1) = D. 48,5,8 (7,1), y D. 28,5,40– corresponden a la PARS SABINIANA<sup>31</sup>.
  3. Que esa forma de transcribir las *Notae* –con *inscriptio* propia– era innecesaria porque venía implícita en la *inscriptio* de la obra "anotada". Naturalmente, ello siempre y cuando se hubiese transcrito el fragmento de la obra "anotada". Cosa que no ocurre en nuestros tres casos; con lo cual desconocemos el pensamiento del jurista "anotado". Pero incluso sin que se hubiese transcrito el pensamiento del jurista "anotado", una mano más experta que la actual de nuestros tres casos no incurre en esa doble incongruencia de "*inscriptio*" a la *nota* y de obra diferente del mismo o de diferente jurista, como en el caso de D. 28,5,39 (y actual 40, según las *editiones maior* y *minor* de Mommsen). Nos referimos a los siguientes casos: D. 15,3,14- cfr. supra 4 vii N<sup>o</sup> 205- : *Iulianus* <F<sup>2</sup> *Iuliani*> libro undecimo <Cuiacius: duodecimo> *digestorum Marcellus notat ... Paulus*, D. 28,5,5 - cfr. supra 4 xvi N<sup>o</sup> 425 - : *Apud Iulianum libro vicensimo nono digestorum Marcellus notat*, D. 30,80 - cfr. supra 4 xviii N<sup>o</sup> 455 - : *Apud Iulianum libro trigesimo secundo Marcellus notat*, D. 35,2,75- cfr. supra 4 xxvii N<sup>o</sup> 562 - : *Ex libro quadragésimo digestorum Marcellus notat*, D. 35,2,34 - cfr. supra 4 xxix N<sup>o</sup> 589- : *Marcellus libro quadragésimo secundo digestorum Iuliani notat*, D. 28,2,63- cfr. supra 5 i N<sup>o</sup> 375- : *Libro singulari regularum Pomponii Marcellus notat*, D. 6,2,16- cf. supra 9 iv N<sup>o</sup> 177- : *Papiniani libro decimo quaestionum Paulus notat*, D. 46,5,8- cfr. supra 9 vi N<sup>o</sup> 237- : *Papinianus libro quinto* <LENEL: decimo> *quaestionum Paulus notat*, D. 8,1,18 -cfr. supra 9 vii N<sup>o</sup> 364- : *Paulus libro trigésimo primo quaestionum Papiniani notat*, y D. 42,8,16- cfr. supra 10 v N<sup>o</sup> 532- : *Paulus libro quinto responsorum Papiniani* <HALOANDER: notat>. En total nueve *notae* con "*inscriptio*" pero ésta hábilmente consignada: las seis primeras (D. 15,3,14, D. 28,5,5, D. 30,80, D. 35,2,75, D. 35,2,34, y D. 29,2,63) pertenecientes a la MASA SABINIANA; las tres últimas (D. 6,2,16, D. 46,5,8, y D. 8,1,18) pertenecientes a la MASA PAPINIANA. A los seis casos de la MASA SABINIANA debemos añadir nuestros tres de *notae* también con "*inscripciones*" pero desaprensivas y también pertenecientes a la MASA SABINIANA- cfr. supra 11i N<sup>o</sup> 10 (D.23,2,57a), 11 ii N<sup>o</sup> 11 (D. 48,5,8 [1] = D. 48,5,8 [7,1], y D. 4 xvii N<sup>o</sup> 439 (D. 28,5,40) -. Ese total de once *notae* con "*inscriptio*" fue manipu-

31. Cfr. supra 4 xvii N<sup>o</sup> 439, 11 i N<sup>o</sup> 10, y 11i N<sup>o</sup> 11.

lado por Lenel, pues sólo consigna el nombre del jurista "anotador" acompañado del participio perfecto de *noscere* en tercera persona (*notat*).

4. Que esa forma de transcribir las *Notae* es incompatible con la metodología general de las *inscripciones* de los fragmentos de los demás géneros literarios transmitidos en el Digesto. Metodología general ordenada por el mismo Justiniano expresamente, y con letras no con números<sup>32</sup>.
5. Que esa forma de transcribir las *Notae* no fue colectiva, es decir, de la SUBCOMISIÓN SABINIANA, sino que estamos o ante un hecho concreto o ante una personalidad concreta integrante de ella. Si lo primero, esas tres *notae* fueron tomadas de segunda mano, como la delataría el caso de D. 33,9,1<sup>33</sup>: (*Ulpianus libro vicesimo quarto ad Sabinum*). Aquí sin riesgo de confusión. En efecto, a propósito de Sabino, Ulpiano nos dice que según anota Marcelo en el libro 39 de los *Digesta* de Juliano<sup>34</sup>. Esta posibilidad tiene fundamento si tenemos en cuenta que hacia dos siglos el emperador Constantino había abolido la autoridad de algunas obras dudosas –originada esa inautenticidad de los textos por el tránsito del rollo al *codex*–, como las *Notae* a Papiniano<sup>35</sup>. Naturalmente, no prohibió las obras (anotadas) mismas. Por tanto, seguramente en el siglo VI resultarían escasas las copias de los grandes clásicos "anotadas"<sup>36</sup>; cosa distinta que el emperador Justiniano se las hubiera procurado para su empeño del *Corpus Iuris*. En cambio, depone a favor de la segunda posibilidad –que se trata de una personalidad concreta dentro de la SUBCOMISIÓN SABINIANA– la "técnica" *sui generis* de indicar el lugar de donde toma la *nota*. No sólo en la SUBCOMISIÓN SABINIANA sino también posiblemente en la EDICTAL y, también en la COMISIÓN del *Codex Iustinianus*. En efecto, en CJ. 7,7,1a, de 15 de Diciembre del 530<sup>37</sup> encontramos una forma muy similar a la de nuestros tres casos<sup>38</sup>.

32. *Const. Deo Auctore* § 13, de 15 de Diciembre de 530, y *Const. Tanta* § 22, de 16 de Diciembre de 533. Sobre la reacción justiniana contra el vulgarismo editorial tardo-imperial, vid. F. BETANCOURT, *El libro anónimo "de interdictis"*. *Codex Vaticanus Latimus* N<sup>o</sup> 5766 (Sevilla 1997) 276 ss.

33. Cfr. supra 4 xxvi N<sup>o</sup> 555.

34. Se aproximan a esa forma de segunda mano y de la misma SUBCOMISIÓN SABINIANA 4 v N<sup>o</sup> 164, 4 xiii N<sup>o</sup> 399, 4 xix N<sup>o</sup> 473, 4 xxxii N<sup>o</sup> 634, y 4 xxxiii N<sup>o</sup> 829; de la subcomisión Edictal, los casos de 4 i N<sup>o</sup> 25, 4 ii N<sup>o</sup> 46 y 4 iii N<sup>o</sup> 106.

35. CTh. 1,4,1, de 28 de Septiembre del 321. Sobre esa prohibición en relación con un caso particular, CTh. 9,43,1, de 14 de Septiembre del 321. Dicha prohibición fue reiterada por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, el 7 de Noviembre del 426 ; CTh. 1,4,3. En estas tres constituciones imperiales sólo se mencionan las *Notae* de Ulpiano y Paulo a Papiniano; no las de Marciano. De ello se extraña -con razón- L. WENGER, *Quellen* (1953) 514 n. 276, que solo se explica esa triple ausencia de mención de Marciano como un vacío en la transmisión textual del *Codex Theodosianus*.

36. Sobre un argumento en contra de esta posibilidad, vid. infra B § 2.

37. Por tanto, de la misma fecha –en día, mes y año– que la *Const. Deo Auctore* (§ 6), que restableció la validez de las *Notae* de Ulpiano, Paulo y Marciano a Papiniano. Vid. texto infra B § 2.

38. Cfr. supra 4 xxxi N<sup>o</sup> 593.

6. Por último, de las cuatro subcomisiones del Digesto y en nuestra opinión, la que trabajó con más rigor científico el género literario de las *Notae* fue la del APPENDIX. Ello al menos en lo que se refiere a las “anotaciones” de Trifonio a Cervidio Escévola. Se puede presumir que esta subcomisión transcribía los pasajes de las dos obras de Cevidio Escévola –los *Digesta* (22 fragmentos) y los *Responsa* (1 fragmento)– tal y como aparecían en las copias empleadas por la subcomisión: “anotadas” por Trifonio. Esto depone en contra de la inexistencia de copias de obras “anotadas” en época de Justiniano.

Todavía dentro de esta crítica textual cabe señalar que la propuesta de Mommsen de corregir en el texto de D. 23,2,57a la expresión singular *divus* por el plural *divi*<sup>39</sup> es innecesaria, ya que la posibilidad de que el singular *divus* se refiera conjuntamente a los dos nombres, es lícita desde el punto de vista gramatical<sup>40</sup>. En relación con la crítica de interpolaciones del pasaje<sup>41</sup>, Beseler critica como compilatoria la frase [*cum-concurrunt*]<sup>42</sup>. E. Volterra rechaza esa crítica interpolacionista de Beseler por estar superado ese aspecto del método histórico-crítico<sup>43</sup>.

Así, pues, estamos de acuerdo con E. Volterra en su crítica textual a la división que hace Mommsen del Fragmento D. 23,2,57. Creemos haber aportado nuevos argumentos en contra de esa decisión filológico-editorial no sólo en relación con nuestro pasaje sino también en relación con D. 48,5,8 (1) = D. 48,5,8 (7,1) y D. 28,5,39.

## § 2. Crítica palingenésica

Mediante la *Const. Deo Auctore* § 6 el emperador Justiniano no sólo restableció la autoridad tanto de las *Notae* de Ulpiano y Paulo como de las de Marciano a Papiniano<sup>44</sup>:

... et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem

39. Th. MOMMSEN, *Digesta I* (1868) 665 Lin. 11 y n. 1: “divi”, y D. *ad leg.* n. 1: “divi” Mo.

40. Sobre este aspecto en general y con revisión de las teorías de Fitting, Mommsen y A. d’Ors, vid. últimamente F. BETANCOURT, *El libro anónimo* cit. p. 395 ss.

41. Cfr. *Index Interp.* s. L.

42. Cfr. texto infra C § 1 *in fine*. Cfr. BESELER, *Beiträge II* (1911) 86. El autor plantea la crítica con fundamento en el *cum* causal y agrega en p. 87: “Ausser der Notwendigkeit oder doch Probabilität dieser vielen Ausschaltungen, die hoffentlich gutheissen wird wer sich die Mühe machen wird sie nachzuprüfen, beherzige man, dass die indikativische Konstruktion beim *cum* causale in vielen Fällen durch Schreibfehler wie *retinet* für *retineat* entstanden, dass ferner *cum* bisweilen originalen *quia* durch Abschreiberwillkür substituiert sein mag”.

43. Cfr. E. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* p. 371.

44. Este es otro argumento a favor de la existencia de copias de la literatura clásica –al menos de Papiniano– “anotadas” por (Ulpiano, Paulo y) Marciano.

splendidissimi Papiniani, non statim respuere ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem optinens non moremini...

Esa restauración de las *Notae* de Ulpiano y Paulo a Papiniano quedó aceptablemente reflejada en el Digesto. En cambio, en nuestra opinión, quedó muy pobremente reflejada la de las *Notae* de Marciano a Papiniano; únicamente en D. 23,2,57a y D. 48,5,8 (1) = D. 48,5,8 (7,1). Y, además sin transmitirnos el pensamiento de Papiniano, sino que la primera unida a un fragmento de Marciano del libro 2 *institutionum* y la segunda unida a un fragmento del libro 10 *institutionum* del mismo Marciano. Indudablemente el cometido se le encomendó y se ejecutó por un “desaprensivo”.

Palingenésicamente Lenel procedió de la siguiente manera. El primer fragmento (D. 23,2,57) lo cobija bajo la rúbrica [*De iure nuptiarum*] del libro *secundo institutionum* de Marciano, y trata de la extensión al hijo del gobernador de una provincia de contraer matrimonio con una nativa<sup>45</sup>. El segundo fragmento (D. 48,5,7) lo cobija Lenel bajo la rúbrica [*Ad legem Iuliam et Papiam*] del libro *decimo institutionum* de Marciano, y trata de la prohibición de matrimonio entre el tutor y la pupila<sup>46</sup>. Por tanto, esos dos fragmentos ocupan su lugar apropiado. En nuestra opinión, también ocupan su lugar apropiado las dos “anotaciones” bajo la rúbrica [*De crimine incesti*] del libro *secundo de adulteriis* de Papiniano<sup>47</sup>. Sólo reprochamos a Lenel la “manipulación” que hace de la “*iusscripto*” –o de la cita de segunda mano– de ambos pasajes<sup>48</sup>.

## § 3. Datación del de adulteriis libri II de Papiniano

Ante todo se debe poner de relieve que el criterio *divus-imperator* que aparece en nuestro pasaje de D. 23,2,57a no sirve para la datación del de *adulteriis libri II* de Papiniano –la obra “anotada” con ese rescripto por Marciano–, ya que el pasaje mismo no es de Papiniano sino de Marciano<sup>49</sup>. Tampoco se debe pen-

45. LENEL, *Paling. I* (1889) col. 639 (ss.) *Aelius Marcianus*, col. 652 (ss.), *Institutionum libri XVI*, N° 54 col. 653.

46. LENEL, *Paling. I* (1889) col. 639 (ss.) *Aelius Marcianus* col. 652 (ss.), *Institutionum libri XVI*, N° 145 col. 667.

47. LENEL, *Paling. I* (1889) *Aemilius Papinianus, de adulteriis libri II. Cum notis Marciani* col. 803 (ss.) *Liber II* N° 10 y N° 11 col. 806 y n. 1: “Petita est haec nota ex ipsius Papiniani responsis, v. (48,5) 40 § 7” = Idem [37: *Papinianus*] *libro quinto decimo responsorum: Incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest* = D. 48,5,8 (1) = D. 48,5,8 (7,1).

48. Cfr. supra Ili N° 10 d) y 11d).

49. Según M. SCHANZ - C. HOSIUS - G. KRÜGER, *Geschichte III*<sup>B</sup> (1922) 213, toda la obra de Marciano habría sido escrita después de la muerte de Caracala (+ 217 d. C.). En el mismo sentido se pronuncia P. KRÜGER, *Geschichte*<sup>2</sup> (1912) 251. Menos preciso por referirse en general a los juristas de la primera mitad del siglo III d. C., WENGER, *Quellen* (1953) 521 y nn. 329 (bibliografía sobre Marciano), 331 y 335 (ésta sobre la importancia de las *Institutiones* de Marciano para las de Justiniano).

sar que Marciano transcribe literalmente el rescripto de que da noticia<sup>50</sup>. Se trata más bien de un resumen o extracto del mismo Marciano como lo denota la misma expresión *ita rescripserunt* y el empleo extraño de *divus-imperatores* conjuntamente. De todas formas, que la *nota* de Marciano a Papiniano tenga por objeto ese rescripto lleva a Fitting a la única conclusión de aparente sentido común: que Papiniano escribió su *de adulteriis libri II* antes de darse ese rescripto<sup>51</sup>. Dado que el rescripto es de los *divi fratres* coregentes entre el 161-169, la hipótesis de Fitting nos llevaría a la autoría de esa obra en la juventud de su autor. En cambio, E. Costa piensa que sería de la época de Septimio Severo (193 d.C.-211 d.C.)<sup>52</sup>; hipótesis que parece seguir P. Krüger<sup>53</sup>. Por el contrario, esta hipótesis nos lleva a un momento muy posterior a la fecha de nuestro rescripto como para que Papiniano no lo hubiese conocido. Salvo que aceptemos la matización de H. Ankum: Papiniano habría escrito el *de adulteriis libri II* en un momento en que todavía no tendría fácil acceso a los archivos de la Cancillería Imperial; cosa que si le fue posible a partir del 194 d.C. al ser nombrado *Magister libellorum*<sup>54</sup>. Pero esta hipótesis tampoco se sostiene si tenemos en cuenta la brillante carrera como funcionario imperial de Papiniano: *Adessor* del *Praefectus Praetorio* bajo Marco Aurelio y Lucio Vero (161 d.C.-169 d.C.); *Advocatus fisci*, posiblemente bajo Cómodo (180 d.C.-192 d.C.); *Magister a libellis* bajo Septimio Severo (193 d.C.-211 d.C.), y, finalmente, *Praefectus Praetorio*, del 203 d.C. al 212 d.C. —fecha de su muerte—, teniendo como *Adessores* a Ulpiano y Paulo. ¿Por qué no iba a tener fácil acceso a los archivos de la Cancillería Imperial, al menor desde la época final de Marco Aurelio o principios de la de Cómodo? El problema resulta insoluble en el estado actual de nuestros conocimientos.

50. Así lo pretende MOMMSEN, *Digesta I* (1868) 665 y D. 23,2,57a, al entrecomillar el pasaje desde *movemur*- fin. Mommsen se pudo ver movido a esta pretensión porque ese rescripto no se nos transmitió en las fuentes ni tampoco hay otra referencia a él. En cambio, en relación con una *nota* de Claudio Trifonino a los *Digesta* de Cervidio Escévola, Mommsen no asume esa misma pretensión. En efecto, la *nota* de Trifonino a D. 18,7,10 (Scaev. 7 dig.) dice: *Divus Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo quamvis non manumissos fore liberos in semenstribus constituit, licet in mortis tempus emptoribus distulit venditor libertatem*. Para el caso de esta *nota* tenemos CJ. 4,57,3 (*Idem* [§ 1: Imp. Alexander A.] *Fulcinio Maximo*), del año 224 d. C. que también se refiere al contenido de esa constitución imperial de los *divi* —según ésta— Marco Aurelio y Cómodo. Sobre esa *nota* de Trifonino, vid. M. SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a Cervidio Escévola* (I) cit. p. 45 ss., y (II) *Epílogo* p. 74: "Sólo dos notas pueden merecer un comentario aparte: una [n. 6: " 7 dig. - D. 18,7,10], en la que Trifonino decide en un sentido diferente a su maestro, pero no haciendo una objeción de fondo al *responsum*, sino adaptándolo a la legislación vigente con posterioridad al momento en que Escévola se había pronunciado..."

51. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*. 2. Auflage Neudruck der Ausgabe 1908 (Osnabrück 1965) 72.

52. E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*. Volume Primo. *La vita e le opere di Papiniano*. Volume Secondo. *Lo status personae* [Bologna 1894] (Edizione anastatica Roma 1964) 242 s.

53. P. KRÜGER, *Geschichte*<sup>2</sup> (1912) 224 y n. 82.

54. H. ANKUM, *La sponsa adultera: problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, en *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors I* (Pamplona 1987) 191 n. 94.

En nuestra opinión, también resulta insoluble el problema de la relación entre las dos obras *de adulteriis* de Papiniano: *de adulteriis libri II* y *liber singularis de adulteriis*. Para P. Krüger y Schanz - Hosius - G. Krüger<sup>55</sup>, la segunda obra sería un "apéndice" de la primera<sup>56</sup>. En cambio, para S. Solazzi, F. Schulz y V. Giuffrè<sup>57</sup> la segunda sería un resumen postclásico de la primera. Por su parte, Wenger<sup>58</sup> se limita a señalar que "Das Verhältnis beider Werke ist unklar".

## C. STATUS QUAESTIONIS DOCTRINAL

### § 1. Legitimación de hijos naturales

Está comúnmente aceptado por la doctrina que la legitimación de los hijos naturales supone conferirles la condición de legítimos, lo que tiene lugar a través de distintos modos, cuales son: *per subsequens matrimonium*, *per oblationem curiae* y *per rescriptum principis*<sup>59</sup>.

55. P. KRÜGER, *Geschichte*<sup>2</sup> (1912) 224; M. SCHANZ - C. HOSIUS - G. KRÜGER, *Geschichte III*<sup>4</sup> (1922) 202 y n. 2.

56. Se situaría en esta misma línea de pensamiento ya que se limita a decir que ambas obras son clásicas, sin argumentar, R. A. BAUMAN, *The 'leges iudiciorum publicorum' and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, en *ANRW*. II 13 (Berlin/New York 1980) 103 - 233, concretamente en p. 129.

57. S. SOLAZZI, *Infirmas aetatis e infirmas sexus*, en *AG*. 104 (1930) 3-31, concretamente en p. 22 n. 1: "Inoltre io sono poco persuaso che Papiniano abbia scritto due opere *de adulteriis*, la prima in due libri e la seconda in un libro solo..., stimerei che la seconda fosse un suntuo post-clasico dell' originale, da cui (ed eventualmente da altri scritti di Papiniano) l'epitomatore ha ricavato con spiccata preferenza i responsi. A questa congettura mi sembra favorevole la circostanza che la *Collatio* ha sei estratti dal *liber singularis* (su nove che ne sono pervenuti) e nessuno dall'opera maggiore. La prassi e la scuola della fine del IV secolo non utilizzavano più l'opera originale. Lo stesso fenomeno si verifica per Paolo, il quale pur avrebbe *de adulteriis* scritto *tres libri* e un *liber singularis*, di cui un solo frammento è nel Digesto e 4 nella *Collatio*, che non conosce l'opera maggiore"; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961) 232, y V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, en *ANRW*. II 15 (Berlin/New York 1976) 632 - 666, concretamente en p. 655 ss.

58. WENGER, *Quellen* (1953) 513 n. 260.

59. La legitimación *per subsequens matrimonium* fue introducida por el emperador Constantino, según el testimonio de CJ. 5,27,5 pr. (a. 477); cfr. CJ. 2,7,6,1 (a. 517). La legitimación *per oblationem curiae* fue introducida gradualmente en su efectividad por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III —CJ. 5,27,3 (a. 443)—, León y Autemio —CJ. 5,27,4 (a. 470)—, Justino I —CJ. 5,27,9 pr. (a. 528)— y Justiniano —Na. 89,11,1 (a. 539)—, sometiendo al así legitimado a la *potestas* del padre. Tal legitimación se dió por razón de bien público fundamentalmente, es decir para poblar la curia o senado de las ciudades provinciales; en este sentido O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano* (1970) 236 y nn. 37,38 y 39. En relación con la legitimación *per rescriptum principis*, vid. Na. 74,1 (a. 538). Ahora bien, según O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano* (1970) 233 y n. 25, las tres figuras de legitimación sólo eran posibles en relación con los hijos naturales, es decir, en el sentido postclásico de *filius ex concubinato*, y no en relación con los *spurii*, en decir, de los nacidos de una relación castigada por las leyes, como el incesto o el adulterio. El autor se plantea la

La legitimación que, aún cuando con carácter transitorio, se inicia con Constantino<sup>60</sup> y tras varias vicisitudes alcanza carácter general con Justiniano<sup>61</sup>, está claramente concebida como un instrumento para acabar con las relaciones extramatrimoniales no punibles hasta ese momento<sup>62</sup>, es decir, las relaciones concubinarias. Estas relaciones empiezan a ser consideradas uniones moralmente reprobables, a las que hay que combatir y ya Constantino<sup>63</sup> inicia una serie de medidas tendentes a proteger a los descendientes y parientes legítimos frente a la concubina y a los hijos de ésta. Por un lado, limitando los beneficios que por razón de la herencia del progenitor de aquéllos, unos y otra podían recibir<sup>64</sup>. De otro lado, según parece, prohibiendo la arrogación de estos hijos, ahora llamados naturales<sup>65</sup>. Esta política legislativa de Constantino es continuada de forma irregular por sus sucesores, pero de manera definitiva y sobre todo más eficaz y sutilmente por Justiniano, induciendo a los concubinos al matrimonio pero, al mismo tiempo, tratando de favorecer a los hijos habidos de estas uniones, sin perjuicio de los legítimos. Como coadyuvante a su acción legislativa empieza a considerar el concubinato, en la medida en que no puede ser erradicado<sup>66</sup>, como una relación conyugal, aunque de rango inferior al matrimonio como lo demuestra el hecho de que también éste se concibe como unión monogámica, pues se prohíbe tener concubina si se tiene mujer legítima<sup>67</sup> o más de una concubina en

duda sobre el hijo habido de una relación esporádica no incestuosa entre hombre y mujer solteros y por tanto, sin impedimento para el concubinato. O. Robleda se pronuncia favorablemente sobre la posibilidad de legitimación en este caso, aunque ello implique extender hasta aquí el concepto de *filius naturalis*; cfr. CJ. 5,27,10 pr. (a. 529). En efecto, el autor, por una parte, no cree que la expresión del texto (*consuetudine*) implique necesariamente el concubinato; por otra parte, tampoco cree que ese supuesto de hecho sea muy distinto del señalado por Justiniano en Na. 74,6 (a. 538).

60. C. 5,27,5 pr. (a. 477).

61. Confirmada con el mismo carácter transitorio por Zenón (CJ. 5,27,5 [a. 477]) y tras adquirir estabilidad con Anastasio (CJ. 5,27, 6 [a. 517]), tiene su confirmación definitiva con Justiniano; CJ. 5,27,8 (a. 528), CJ. 5,27,9 (a. 528), CJ. 5,27,10 (a. 529), CJ. 5,27,11 (a. 530), y CJ. 5,27,12 (a. 531).

62. D. 48,5,35 (34) pr. (Mod. 1 *reg.*) y D. 25,7,3,1 (Marcian. 12 *inst.*), permiten afirmar que el concubinato está libre de las penas previstas para el estupro.

63. Con este emperador se produce un evidente rechazo de estas uniones, al que sin duda no es ajena una cierta influencia cristiana a través del obispo Osio de Córdoba, colaborador del emperador entre los años 312-325, así como Ablavio, cristiano y Prefecto del Pretorio.

64. C Th. 4,6,2, de 29 de Abril del 336 y C Th. 4,6,3, de 21 de Julio del 336 (= CJ. 5,27,1.).

65. Parece acertado pensar que Constantino debió de prohibir estas arrogaciones pues de otro modo no tendrían sentido ninguna de las medidas adoptadas por el mismo en desfavor de la concubina y los hijos habidos de ésta. En este sentido BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia I* (Roma 1925) 233 s. = (Milano 1963) 318 s.

66. Las fuentes literarias y epigráficas muestran que el concubinato podía tener lugar no solo con mujeres *in quas stuprum non committitur*, como al parecer señalaba la *lex Papia Poppaea*, sino también con ingenuas, lo que demuestra que en la práctica esta unión estable no venía sancionada por la legislación matrimonial augustea y en consecuencia debía de ser costumbre social largamente difundida en Roma y al tiempo de Justiniano todavía fuertemente arraigada. En contra, BONFANTE, *Corso cit.* pag. 231 ss. = (Milano 1963) 315 ss.; CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, en *Scritti Giuridici* (Milano 1923) 143 y ss.

67. CJ. 5,26,1 (a. 326).

otro caso<sup>68</sup> y solo puede constituirse entre personas que tengan edad para el matrimonio y siempre que no exista parentesco entre estos. El cambio que se opera, por tanto, en relación con el concubinato y los hijos naturales y que al parecer es el fundamento de la legislación justiniana en materia de legitimación, no parece ser otro que la falta de conformidad con las normas de derecho natural de la distinción existente entre hijos naturales y legítimos; la misma disconformidad que existía entre libres y esclavos y que encuentra una vía de mayor adecuación en la corriente del *favor libertatis*<sup>69</sup>.

De las formas de legitimación nos interesa particularmente la legitimación *per rescriptum principis*<sup>70</sup>, pues aunque la mayoría de la doctrina atribuye a Justiniano su creación, no falta quien considere su origen más antiguo, señalando a este respecto el fragmento de Papiniano con la "anotación" de Marciano<sup>71</sup>; D. 23,2,57 (Pap. 2 *inst.*):

*Qui in provincia officium aliquid gerit, prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti. LIBRO SECUNDO DE ADULTERIIS PAPINIANI MARCIANUS NOTAT: Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata est, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent.*

## § 2. Presupuestos históricos, culturales y sociológicos de D. 23,2,57a

Para determinar el verdadero sentido y alcance del rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero hemos de detenernos en los pormenores del caso.

En el mundo romano, el incesto se caracteriza por la indefinibilidad debido a condicionantes históricos, culturales y sociológicos que están en la base de éste tipo de relaciones<sup>72</sup>. A pesar de ello puede decirse que la unión entre tío

68. Na. 18,5 (a. 536) y Na. 89, 12,4-5 (a. 539).

69. LUCHETTI, *La legitimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniana* (Milano 1990) 294 n. 8. No obstante, tampoco es ajena a este cambio la influencia cristiana.

70. Recibe este nombre de la doctrina medieval. Para un estudio más profundo vid. LUCHETTI, *op. cit.* p. 289 ss.

71. VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* p. 367 ss. En relación con el fragmento "anotado" de Papiniano, se debe poner de relieve que en él se extiende al hijo del Gobernador de la provincia la prohibición de contraer matrimonio con una nativa. Ese pasaje —por contenido— rompe la secuencia desde el § 52 (D. 23,2) que empieza a tratar del incesto hasta el § 56 (D. 23,2). El § 58 (D. 23,2) trata de una matización a la prohibición de matrimonio entre Senador y liberta. A partir del § 59 (D. 23,2) se trata de la prohibición de matrimonio entre tutor y pupila. Por tanto, el pasaje de Papiniano (*libro secundo institutionum*) está mal traído a cuento y no es ese fragmento el "anotado" por Marciano sino el del *libro secundo de adulteriis* del mismo Papiniano, que no nos transmitieron los Compiladores.

72. Cfr. FERRINI, *Esposizione storica del diritto penale romano* (Milano 1902) 360 y 366-367; GUARINO, *Studi sull'incestum*, en *SZ.* 63 (1943) 175-267; BRASIELLO, *NDI.* 8 (1962) s.v. *Incesto*

materno y sobrina<sup>73</sup>, constituye desde antiguo<sup>74</sup> para los romanos una unión incestuosa y vetada que impedía no solo el matrimonio legítimo<sup>75</sup>, sino cualquier relación extramatrimonial entre los mismos.

Sin embargo, la forma en que Gayo se refiere a las uniones entre parientes, permite afirmar que los romanos no daban la misma relevancia a las uniones incestuosas entre descendientes y ascendientes o entre hermanos, de las que dice *nefarías et incestas nuptias*<sup>76</sup>, que a las relaciones entre otros colaterales, a las que dedica otras palabras *sororis vero filiam uxorem ducere non licet*<sup>77</sup>. Las uniones incestuosas eran originariamente sancionadas en el ámbito del tribunal familiar, en cuanto los sujetos fueren *alieni iuris*, mientras que siendo *sui iuris* serían sancionados por los Pontífices, al parecer con la pena capital<sup>78</sup>. Este régimen estaría vigente durante la República, aunque para Costa<sup>79</sup> habría caído en desuso tiempo atrás, antes del último siglo de la República, no constituyendo el incesto más que una causa de pública execración o bien estaría, en opinión de Guarino<sup>80</sup>, dentro de las *quaestiones extraordinariae* al menos en los casos más graves.

En la época clásica, la *lex Iulia de adulteriis*, represiva de las uniones extramatrimoniales, no parece contemplar ni tampoco sancionar expresamente el

(Diritto Romano) 499-500. Sobre los aspectos antropológicos, culturales y sociológicos de la familia romana, vid. YAN THOMAS, *Roma, padres ciudadanos y ciudad de los padres* (siglo II a. C. - siglo II d. C.), y A. ROUSSELLE, *Gestos y signos de la familia en el Imperio romano*, en *Historia de la familia*. Bajo la dirección de A. Burguière - CH. Klapisch - Zuber - M. Segalen - F. Zonabend. Prólogo de C. Levy - Straus y G. Duby (Madrid 1988) 203 - 239, y p. 241 - 280, respectivamente.

73. En la traducción de A. d'ORS-F. HERNÁNDEZ-TEJERO-P. FUENTESECA- M. GARCÍA-GARRIDO- J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*. Tomo II (Pamplona 1972) 110, el término *AVUNCULUS* aparece traducido por "tío paterno" lo que distorsiona gravemente el supuesto de hecho, ya que el matrimonio entre tío y sobrina *ex fratre* se permitió por un senadoconsulto del año 49 d. C. (Gai. 1,62) al objeto de hacer posible el matrimonio de Claudio con Agripina, hija de su hermano Germánico. En el año 342 d. C. fué abrogado por Constancio y Constante - CTh. 3,12,1, de 31 de Marzo. El término *AVUNCULUS* = *tío materno* está definido claramente en las fuentes: D. 38,10,1,5 (Gai. 8 *ed. prov.*): *Tertio gradu sunt supra proavus proavia. infra pronepos proneptis. ex transverso fratris sororisque filius filia: et convenienter patruus amita, AVUNCULUS matertera*: D. 38,10,14 *in fine* (Paul., de grad. et adf.): *...illud notandum est non, quemadmodum patris matrisque fratres et sorores patruus amitae, AVUNCULI materterae dicuntur...*; *Tractatus de gradibus cognationum* § 5, cfr. P. KRÜGER-Th. MOMMSEN-G. STUEDEMUND, *Collectio II* (1878) 166 Líns. 10-14 = HUSCHKE (SECKEL-KÜBLER), *Iurispr. anteius. II* 1<sup>6</sup> (1911) 183. Cfr. también IPS. 4,11,2, M. KASER-F. SCHWARTZ, *Die Interpretatio zu den Paulussentenzen* (Köln / Grag 1956) 431.

74. Gai. 1,62 y 63.

75. Gai. 1,64.

76. Gai. 1,59.

77. Gai. 1,62 y 63.

78. Cfr. Cic. *de leg.* II, 9,22 y Suet. *Dom.* 8. Con base en estas noticias la doctrina parece concordar sobre este punto, aunque VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, en *RISG.* 2 (1948) 103 - 153, sostiene la inexistencia en sentido técnico de dicha jurisdicción.

79. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*. Nuova edizione riveduta e ampliata del autore e in parte postuma I-II (Bologna 1927) I p. 129.

80. Cfr. A. GUARINO, *Studi cit.*, en *SZ.* 63 (1943) 178 n 11.

incesto, tal vez porque hasta entonces no constituiría un verdadero problema social en Roma, de tal modo que solo lo tomaría en consideración cuando concurría con el adulterio o con el estupro<sup>81</sup>. Poco tiempo después de la promulgación de esta ley, por Augusto el 18 a.C., las uniones incestuosas empezaron a tener una cierta relevancia, a tenor de la atención que despierta en juristas y gobernantes. Precisamente cuando en los inicios del Principado, como consecuencia directa de la incesante expansión que Roma había venido experimentando, quedan sometidos al Derecho Romano por obra de las concesiones de ciudadanía, pueblos muy diversos, de costumbres y normas en algunos casos fuertemente arraigadas y en abierto contraste con las romanas, que no tenían el incesto, entre ciertos colaterales al menos, ni como ilícito, ni como ilegítimo, ni como inmoral<sup>82</sup>.

La jurisprudencia, con su tradicional sentido de la equidad, ante los problemas surgidos de esta disparidad cultural, sociológica y jurídica y ante lo que parece un vacío normativo, reacciona distinguiendo en cada caso concreto el *incestum iure gentium*, prohibido por casi todos los pueblos porque infringe gravemente principios naturales, del que solo viene vetado por las normas romanas. Y tanto la jurisprudencia como los emperadores son sensibles al problema y se muestran benevolentes, apreciando las circunstancias que en cada caso hayan dado origen al incesto. Esta probidad es especialmente manifiesta en relación con la mujer, siempre que el incesto tenga lugar en una relación estable y no clandestina, es decir, cuando no se sume al estupro o al adulterio. A estos efectos resulta representativo un texto de Paulo, D. 23,2,68 (Paul., *ad sen. cons. Turpill.*):

*Iure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit. qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur, vel ad finem quam impeditur, si quidem palam fecerit, levius, si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. cuius diversitatis illa ratio est: circa matrimonium quod ex latere non bene contrahitur palam delinquentes ut errantes maiore poena excusantur, clam committentes ut contumaces plectuntur.*

Pero también podemos aducir la opinión de Papiniano en D. 48,5,39 (38),2 (Idem [§ 37: *Papinianus*] 36 *quaest.*):

*...nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata*<sup>83</sup>

81. Cfr. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, en *BIDR.* 38 (1930) 102, aunque éste es uno de los problemas relativos al incesto más discutidos por la doctrina.

82. En algunos pueblos, sobre todo orientales, incluso las uniones entre hermanos era práctica común desde antiguo, como en Egipto en la dinastía reinante y que adoptó la dinastía griega de Ptolomeo.

83. De este pasaje se puede deducir la categoría de *incestum iure civile*.

e incluso de nuevo SP, 2,26,15: cuando dice

*Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti*<sup>84</sup>.

En cuanto al texto de Marciano, anotando el libro segundo sobre los adulterios de Papiniano donde aporta el rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero, se aprecia también que proceden con ésta misma benevolencia y probidad disculpando el incesto al valorar la ignorancia en la mujer.

Marciano, incorporando este rescripto en la anotación hecha a Papiniano, está actualizando y reforzando la opinión de éste en la cuestión de la imputabilidad a la mujer en el llamado incesto *iure civile*<sup>85</sup>. Es cierto que en la doctrina existe discrepancia respecto a las consecuencias de la *ignorantia iuris*, pero parece aceptado que para puntualizar los efectos de ésta, los juristas clásicos tomaron como patrón el conocimiento que de las cosas tiene un hombre medio, determinando que la ignorancia de derecho en que éste no incurriría perjudicaría al que en ella incurra<sup>86</sup> y excusar a la mujer por esta causa y en algunos supuestos sin necesidad siquiera de que la ignorancia sea alegada<sup>87</sup>. Esto solo puede explicarse porque el incesto no estuviera considerado como crimen, al quedar al margen de la regulación de la *lex Iulia de adulteriis*<sup>88</sup>, al mismo tiempo que su indefinibilidad ha hecho surgir de modo particular la cuestión relativa al valor de la *ignorantia iuris*<sup>89</sup>. La especial consideración habida con este tipo de

84. Cfr. P. KRÜGER, *Collectio* II (1878) 76 y HUSCHKE (SECKEL-KÜBLER), *Iurispr. anteiunst.* II 1<sup>6</sup> (1911) 62. En el mismo sentido *Coll.* 6,3,1 del mismo Paulo.

85. Se sostiene que la naturaleza de las *notae* es la de criticar la doctrina del anotado. En cambio, M. SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a C. Escévola* (I) 8,9 y 12 y (II) Epílogo p. 73 ss. considera una excepción a este carácter crítico de la literatura de anotaciones precisamente las de Trifonino que califica de explicativas; por el contrario BETANCOURT, *Recensión crítica a M. Sixto, Las anotaciones* (I) cit. en *CIDHPPN.* 11 (Barcelona 1990) 2786, se muestra partidario de ver en las anotaciones una finalidad más bien "actualizadoras-confirmadoras" de la obra del maestro.

86. Cfr. D. 22,6,3,1 (Pomp. 3 *ad Sab.*), y D. 22,6,9 pr. (Paul., *de iur. et facti ignor.*) Sobre los efectos de la ignorancia de derecho en general, vid TORRENT, *El Negocio jurídico en Derecho Romano* (Oviedo 1984) 84.

87. Sobre la *ignorantia iuris* en relación con nuestro supuesto de hecho, cfr. D. 22,6,8 (idem [§ 7: *Papinianus*] 1 *def.*), y D. 22,6,9 pr. / 3 (Paul. *de iur. et facti ignor.*). Sobre la categoría del incesto *iure gentium*, vid. D. 23,2,68 (Paul., *ad sen. cons. Turpill.*); las críticas de interpolación al pasaje —cfr. *Index Interp.* s. L.—, no afectan a la categoría misma. Por último, encontramos otra disposición (¿rescripto?) de los mismos emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero en relación con un crimen de incesto (¿*iure civile*? ¿*iure gentium*?), según nos transmite D. 48,5,39 (38),4 (Pap. 36 *quaest.*): *Frates denique imperatores Claudiae crimen incesti propter actatem remiserunt, sed distrabi coniunctionem illicitam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est. cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.*

88. No comparte esta creencia generalizada GUARINO, *Appunti sull' "ignorantia iuris" nel diritto penale romano*, en *Annali Macerata* 15 (1941) 186, donde manifiesta que el incesto es una *species* del *genus* "stuprum".

89. Para unos esta relevancia de la *ignorantia iuris* se pone de manifiesto ya en la época clásica, cfr. De MARTINO, *L' "ignorantia iuris" nel diritto penale romano*, en *SDHI.* 3 (1937) 401 ss.

uniones se enmarca dentro de la sensibilidad demostrada por Roma en la solución de los problemas surgidos en la aplicación de sus propias normas a los nuevos ciudadanos romanos<sup>90</sup> y el respeto a las circunstancias personales y familiares de éstos, derivadas de las relaciones ya establecidas según costumbres y normas foráneas. Las fuentes nos ofrecen una opinión de Labeón, recogida por Paulo, que creemos encaja perfectamente en este contexto. En efecto, en D. 22,6,9,3 (Paul., *de iur. et facti ignor.*) ... *Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile scire, ei detrimento sit iuris ignorantia; quod raro accipiendum est*<sup>91</sup>. Parece que el jurista está pensando precisamente en esos ciudadanos romanos, oriundos sobre todo de la parte oriental del imperio, desconectados de la urbe, y desde luego en los menores de 25 años, los soldados, los aldeanos y las mujeres. La efectividad de la ignorancia de derecho parece ser otra al decir de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio que en una Constitución del año 391, CJ. 1,18,12, establecen que las constituciones *nec ignorare quemquam dissimulare permittimus*<sup>92</sup> mientras que ochenta años después los emperadores León y Antemio; CJ. 1,18,13, del año 472<sup>93</sup> vuelven a acoger los criterios clásicos sobre la ignorancia de derecho cuando afecta a las mujeres.

En la *nota* de Marciano, la *ignorantia iuris* es sin duda una de las razones que sirven de fundamento al pronunciamiento de los emperadores y parece presumida por éstos, no alegada por la interesada. De este dato creemos que puede deducirse que Flavia Tertula es de procedencia oriental, pues de no ser así ¿cómo podría admitirse una falta de conocimiento tal que se prolonga durante 40 años y en la que no solo incurre la mujer, su tío, con el que permaneció unida todo ese tiempo, su abuela, que concertó la unión, y los hijos, que al momento del rescripto debían ser ya adultos?

Pensamos que también puede deducirse del fragmento que la unión de Flavia Tertula con su tío —al que nos referiremos en adelante como "marido"— estaba fundada en la buena fe de ambos, es decir, en la convicción recíproca de que vivían en matrimonio legítimo y por ello que los hijos eran igualmente legítimos y *heredes sui*<sup>94</sup>.

El hecho de que sea Flavia Tertula la que solicite el rescripto hace pensar que su "marido" había muerto y es precisamente la sucesión de los bienes de éste lo que ocasiona la providencia imperial. En efecto, no otra razón debía tener Flavia Tertula para pedir que sus hijos fueran considerados como legítimos que la de evitar que se vieran privados de los bienes paternos en beneficio de los

U. BRASIELLO, en *NNDI.* 8 (1962) s. v. *incesto* (*Diritto Romano*) 499 s.; por el contrario VOLTERRA, *Osservazioni sull' "ignorantia iuris nel diritto penale romano*, en *BIDR.* 38 (1930) 112, afirma que la eficacia de la *ignorantia iuris* en orden al incesto se debe a los juristas postclásicos y justinianos.

90. Cfr. F. LAMBERTI, "*Tabulae Irnitanae*" (Napoli 1993) 257 (s.) y n. 188.

91. MOMMSEN, *ad leg.* n. 11: "cui non facile sit scire, ei detrimento non sit *ins. Mo.*".

92. Aunque la *inscriptio* actual solo menciona a los dos primeros emperadores cfr. P. KRÜGER, *ad leg.* n. 23.

93. Cfr. CJ. 1,4,16 (a. 472); CJ. 5,1,5 (a. 472); CJ. 5,6,8, y CJ. 5,30,3 (a. 498).

94. Cfr. CJ. 1,4,16; CJ. 5,1,5; CJ. 5,6,8, y CJ. 5,30,3.

parientes legítimos (agnados) de éste<sup>95</sup>. Es decir, que el "marido" de Flavia Tertula había muerto intestado, porque de haber existido un testamento valido a favor de personas distintas de los hijos, los emperadores habrían interpretado que el "marido" ni consideraba los hijos de Flavia Tertula como legítimos ni deseaba que lo fueran y en consecuencia no hubieran resuelto en el sentido que lo hicieron. De haber instituido herederos a los hijos, la petición de Flavia Tertula resultaría superflua ya que en ésta época, nacer fuera del matrimonio no tenía socialmente connotaciones negativas, por lo que no sería la declaración de "matrimoniales" lo que se perseguía con ella<sup>96</sup>. Por otro lado, la falta absoluta de previsión del "marido" respecto de sus hijos, muestra que ha vivido y muerto en la convicción de que su unión con Flavia Tertula es matrimonio legítimo y sus hijos son también legítimos y herederos.

En definitiva, el pronunciamiento de Marco Aurelio y Lucio Vero se dirige a hacer posible que los hijos adquieran los bienes de su progenitor que, como extraños a éste, no les correspondían, por la inexistencia del matrimonio legítimo entre los padres. *Incestae nuptiae confirmari non solent* ..., dicen los mismos Emperadores (D. 48, 5, 39, [38], 6) y también parece deberse a ellos el principio de que al matrimonio ilegítimo no se le reconocen efectos (D. 50, 1, 37, 2), corroborando un principio ya sentado y que expresa Gai. 1, 64: *ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos*<sup>97</sup>.

Sentada así la finalidad del rescripto, resulta evidente que no se busca la convalidación del matrimonio, imposible como ya hemos visto por la presencia del incesto, a lo que se suma la premuerte del varón. Por esa misma premuerte, tampoco se busca la creación de la patria potestad sobre los hijos ni tampoco, finalmente, salvar la desigualdad teórica entre hijos legítimos y naturales, que es una distinción desconocida en época clásica y que parece ser la *ratio iuris* de la regulación justiniana de la legitimación de los hijos naturales por rescripto<sup>98</sup>.

95. Así lo piensa también VOLTERRA, *Intorno a D. 23,2,57a* p. 371, donde afirma seguir en este punto la opinión de E. WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich*, en *SZ.* 29 (1908) 359 n. 3. El autor se plantea con acierto la finalidad del rescripto. También con acierto excluye que se tratase de la concesión de la ciudadanía romana a los hijos. En efecto, aún si los hijos habían nacido fuera del matrimonio (unehelich) ya eran ciudadanos romanos porque la madre Flavia Tertula era ciudadana romana. Por tanto, para E. Weiss queda como única posibilidad del supuesto de hecho el de la herencia de los hijos en el patrimonio del padre.

96. Ya hemos dicho que el concubinato era en Roma una unión socialmente admitida desde antiguo y cuya práctica se extendió como consecuencia de las prohibiciones establecidas en las leyes matrimoniales augústeas. Emperadores como Antonino Pío y el propio Marco Aurelio tuvieron concubina. Así una inscripción grabada en una lápida sepulcral menciona a una liberta, Lysistrata, concubina *divi Pii*. Solo con los emperadores cristianos empieza a estar mal visto para ser elevado finalmente a la categoría de *inaequale coniugium* por Justiniano. Cfr. R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 70.

97. El mismo principio viene recordado posteriormente en CJ. 5,5,4 pr. (*sine anno*); CJ. 5,4,6 pr., del año 396, y CJ. 5,4,8, del año 475.

98. Na. 74, 1 *in fine*: *Neque enim a principio, quando sola natura sanciebat, hominibus, antequam scriptae provenirent leges, fuit quaedam differentia naturalis atque legitimi, sed antiquis paren-*

La providencia de los *divi fratres* es una disposición otorgada exclusivamente para ese caso<sup>99</sup>, buscando hacer posible la aplicación a ese supuesto de las normas de la sucesión intestada, que no contemplaba a los hijos espúreos. Por ello los Emperadores, advirtiendo en la unión de Flavia Tertula una "aparición de matrimonio", es decir, una situación semejante al matrimonio legítimo, resuelven que se tenga, a efectos de la sucesión intestada, a los hijos de aquella "como si fueran legítimos". Esto es, que el sentido de la frase *perinde atque si legitime concepti fuissent* del texto, ha de interpretarse como una aplicación extensiva o analógica de la situación de los hijos legítimos a los hijos (espúreos, según el *ius civile*) de Flavia Tertula<sup>100</sup>. Esta forma de expresión la encontramos en otro fragmento del mismo jurista, D. 40, 5, 51, 4 (Idem [§ 50: *Marcian.*] 9 *inst.*):

*Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.*

Como se ve, el jurista utiliza en este texto el giro "*perinde-atque*" para establecer de nuevo una analogía de situaciones<sup>101</sup> y lo encontramos también en D. 30, 114, 7 (Idem [§ 111: *Marcian.* 8 *inst.*).

Las fuentes prejustinianas nos ofrecen noticias de medidas que, como ésta, tienen una finalidad conciliadora e integradora de las relaciones familiares en el ámbito de las normas civiles. Así, por obra del Senado o de los emperadores, se otorga la ciudadanía romana<sup>102</sup> a determinadas personas, a las que hasta ese momento no se les reconocía tener *affectio maritalis*, y que a partir de esa concesión, la estimación de la *affectio* y el reconocimiento social del hecho, hacían

*tibus antiqui filii mox ut procedebant fiebant legitimi, et sicut in liberis natura quidem liberos fecit omnes, bella vero sevitutem adinvenerunt, sic etiam hinc natura quidem legitimas produxit soboles, at vero ad concupiscentiam diverso naturales eis inmiscuit. Tanquam ergo similibus passionibus factis, oportet etiam medelam ex aequalitatibus inveniri, illam quidem a praedecessoribus nostris, hanc vero a nobis.* En el mismo sentido, Na. 89, *praefactio* y c. 9. A este respecto, cfr. también LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane* (Milano 1990) 294 y n. 8.

99. La eficacia jurídica de los rescriptos está limitada al caso que lo provoca. Cfr. NICOLETTI, *Constitutiones Principum*, NNDI. 4 (1959) s.v. p. 295 - 297. El principio aparece claramente afirmado por una Constitución de Arcadio y Honorio, CTh. 1,2,11, del 6 de Diciembre del 398: *IMP. ARCADIUS ET HONORIUS P(RAE)FECTO P(RAE)TORIO. Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda, in futurum bis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur et cetera. DAT. VIII ID. DECEMB. CONSTANTINOPOLI HONORIO A. IIII ET EUTYCHIANO CONSS.*

100. Cfr. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano*, en AHDE. 27-28 (1957-1958) 307 y 333 ss., para quien expresiones como la de la frase señalada u otras como *ac si*, o *atque si*, o *proinde ac* o *atque*, denotan simples equiparaciones de supuestos de hecho o de situaciones jurídicas llevadas a cabo por la jurisprudencia.

101. El mismo recurso gramatical es utilizado con idéntico sentido por otros juristas, así D. 24,3,10 pr. (Idem [§ 9: *Pomponius*] 15 *ad Sab.*); D. 23,3,41,4 (Paul. 35 *ad ed.*).

102. Gai. 1,57; 1,61; 1,66 a 71 y 1,74.

de aquellas uniones, matrimonios legítimos. Removido así el obstáculo, la adquisición de la patria potestad sobre los hijos concebidos antes de tales beneficios, no puede considerarse en ningún caso consecuencia de la legitimidad de la situación sino de la disposición normativa, Gai. 1,93:

*Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit: quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire: diligentius autem exactiusque causam cognoscit de impuberibus absentibusque: et haec ita edicto divi Hadriani significatur.*

El jurista Gayo es claro, pero aún redundante en la misma idea inmediatamente, cuando afirma *qui intellegit uxorem suam esse praegnatam, dum civitatem sibi et uxori ab imperatore petit, simul ab eodem petere debet, ut eum, qui natus erit, in potestate sua habeat*<sup>103</sup>, para continuar aludiendo a los que alcanzando la ciudadanía romana *ius Latii*, juntamente con sus hijos, tienen a éstos en potestad<sup>104</sup>.

Por esta misma vía de la reconducción de los vínculos familiares dentro de la estructura familiar típicamente romana, parece inclinarse A. d'Ors al referirse a una epístola de Domiciano solicitada por Irni y considerar que los emperadores ya habían hecho gala de una cierta benevolencia respecto de los problemas concernientes a ciertos matrimonios y su descendencia<sup>105</sup>. Asimismo F. Lamberti<sup>106</sup> que a propósito del cap. 22 de la *lex Irnitana* estima que debe interpretarse en el sentido de que los vínculos familiares y potestativos existentes entre los municipes antes de la adquisición de la ciudadanía romana debían permanecer tras ésta, adquiriendo ahora un contenido más pleno y tal como lo entiende el *ius civile*.

#### D. CONCLUSIÓN

De lo expuesto se desprende que existía una praxis de resolver en la forma más favorable a los interesados los distintos problemas nacidos al entrar en colisión, por distintas razones, relaciones familiares establecidas al amparo de las costumbres y normas foráneas y las romanas, buscándose la fórmula más idónea para cada ocasión. Es en esta tendencia donde debe incardinarse la "nota" de Marciano informándonos del rescripto de los *divi fratres*. Es por eso que no podemos seguir a Volterra cuando vé en éste un precedente de la legitimación por rescripto<sup>107</sup>.

103. Gai. 1,94 *in fine*.

104. Gai. 1,95.

105. Cfr. A. d'ORS, *La Ley Flavia Municipal*. Texto y Comentario (Roma 1986) 93 y 185 s. introduciendo la hipótesis de que esta epístola pudiera ser un precedente de la medida de Adriano que conocemos por Gai. 1,80.

106. Cfr. F. LAMBERTI, "Tabulae Irnitanae" (Napoli 1993) 72.

107. Cfr. VOLTERRA, *In torno a D. 23,2,57a* p. 377.

La legitimación por rescripto, que en los últimos estudios se sigue considerando obra de la legislación justiniana<sup>108</sup> y que regulada en la Na. 74 y poco después, con ánimo de refundir toda la normativa sobre la legitimación de los hijos naturales, en la Na. 89, 9 y 10, tiene un alcance legitimador general que en ningún caso existe ni puede deducirse de D. 23,2,57a). El régimen justiniano tiene unos efectos que van más allá de la exclusiva adquisición de la herencia paterna. Tiene por destinatarios los hijos naturales, clasificación desconocida en tiempo de Marciano en que solo se distingue entre legítimos o matrimoniales y extramatrimoniales o espúreos. Tiene también unos presupuestos de aplicación: que sea solicitada por el padre<sup>109</sup> –mientras que en nuestro caso (D. 23,2,57a)– la solicitud a los emperadores parte de la madre; o la imposibilidad de matrimonio o la inconveniencia del mismo entre los progenitores y la ausencia de hijos legítimos; aunque el primero de los presupuestos se da en el caso para el que se otorga el rescripto –recuérdese la existencia del vínculo consanguíneo y la muerte del varón–, y del texto puede deducirse inequívocamente que no hay hijos legítimos, no son precisamente las razones que mueven a los emperadores a considerar a los hijos de Flavia Tertula "como si hubieran sido legítimamente concebidos".

En definitiva, entre la llamada legitimación *per rescriptum principum* y el rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero recogido por Marciano en su *nota* a D. 23,2,57 (Marcian. 2 *inst.*) existe solo una coincidencia formal y una similitud, limitada a algunos de los efectos que derivan del expediente establecido por Justiniano en favor de los hijos naturales.

108. En este sentido el completo estudio sobre la legitimación de LUCHETTI, *La legittimazione* cit. p. 295.

109. Justiniano permite también la legitimación de los hijos por rescripto, muerto el padre, cuando lo solicitaran los hijos, fundando su petición en una conforme voluntad paterna expresada en testamento de tener a los hijos naturales como legítimos y herederos. Es el supuesto previsto en Na. 74,2,1, llamado legitimación *per rescriptum principis ex testamento*, que se considera por la doctrina subsidiario de la legitimación por rescripto. Tampoco en este supuesto especial encontraría acomodo el caso que recoge Marciano, donde falta la petición de los hijos y el testamento paterno.