

MISCELANEA

I

NUEVAS OBSERVACIONES SOBRE EL MATRIMONIO DE LA MENOR

I. EL SUPUESTO CONCUBINATO CON LA MENOR

Ulpiano, 2 ad legem Iuliam et Papianam, D. 25. 7. 1. 4: *Cuiuscumque aetatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit.*

Este texto excluye la posibilidad de establecer una relación de concubinato con la menor de doce años¹. Bonfante, en su propósito de demostrar la aproximación del concubinato al matrimonio efectuada por Justiniano, que aplica los requisitos del matrimonio al concubinato, considera la frase *nisi minor annis duodecim sit* evidentemente interpolada, fundándose en que, aparte del carácter de interpolación de las restricciones con *nisi*, la contradicción con lo que se afirma en la proposición principal es demasiado absoluta y patente². Recientemente esta opinión bonfantiana ha sido aceptada por Durry, que afirma haber demostrado Bonfante que la restricción *nisi...* es una interpolación³. Debe observarse, sin embargo, que la opinión más difundida sostiene que existió una prohibición de moralidad y de orden público que prohibía mantener no sólo una relación matrimonial con una menor sino también una relación de concubinato⁴. La interpolación sostenida por Bonfante no está lo suficien-

1. Citábamos este texto, sin estudiarlo especialmente, en nuestro artículo *Minor annis XII nupta*, en *Labeo*, 3 (1957), p. 88 s. n. 31.

2. Cfr. BONFANTE: *Note sulla riforma giustiniana del concubinato*, en *Studi in on. Peruzzi* (Palermo, 1925), p. 285; *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia* (Roma, 1925), p. 283, n. 3; *Instituciones de Derecho romano*, trad. española (Madrid, 1928), p. 198, n. 1. Admite también la interpolación DI MARZO: *Manuale elementare di diritto romano* (Torino, 1954), p. 94, n. 2.

3. Cfr. DURRY: *Sur le mariage romain. Autocritique et mise au point*, en *RIDA*, 3 (1956), 242.

4. Vid. CASTELLO, *In tema de matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano, 1940), p. 148 ss. En relación con el matrimonio, GAUDEMET: *Iustum matrimonium*, en *RIDA*, 2 (1949: *Melanges De Visscher* I), p. 317, afirma que los juristas romanos consideraron la edad mínima, más que como una condición jurídica, como una necesidad de hecho; la impubertad impedía la realización del matrimonio.

temente fundada y existen, por el contrario, varias razones que inducen a considerar genuino el texto. Ante todo, la pretendida contradicción deja de serlo si se considera que, para los jurisconsultos romanos, era cosa admitida el que la menor de doce años no era capaz de relaciones sexuales⁵, y por ello no es extraño que Ulpiano, tratando de la edad, excluyese de la relación de concubinato a la incapaz.

En segundo lugar, supuesto que Ulpiano, en el mismo libro de su comentario a la *lex Julia et Papia*, sostenía que sólo podían tenerse como concubinas a aquellas mujeres con las que no se cometía estupro (D. 25. 7. 1. 1)⁶, y que en el libro 18 *ad edictum* utiliza la expresión *stupraverit* refiriéndose a la esclava menor (D. 47. 10. 25)⁷, es evidente que no pudo admitir un concubinato con la *immatura*. La restricción sobre la menor está en tan manifiesta relación con otras acordes decisiones jurisprudenciales, que resulta forzado y artificioso en extremo atribuirle a los compiladores. Atendiendo a estas consideraciones, nos inclinamos a pensar que, tratando Ulpiano del concubinato en el libro segundo de su comentario a la ley augustea⁸, es posible quisiera indicar que, para la existencia del concubinato, no importaba la edad de la concubina, refiriéndose más a la cuestión que podía plantearse en relación con una concubina de edad avanzada que a la edad inicial sobre la que ninguna duda podía haber.

5. Refiriéndose a la *minor*, los juristas romanos utilizan las expresiones *nondum viripotens, quae virum pati non potest, e immatura*. Vid. los textos que citamos en *Minor annis* cit. p. 77 s.

6. Sobre este texto en relación con el Modestino, D. 48.5.35. vid. CASTELLI: *Il concubinato e la legislazione augustea*, en BIDR, 1914, y en *Scritti giuridici* (Milano, 1923), p. 114 ss.

7. Ulpiano, 18 *ad ed.*, D. 47.10.25: *Si virginem immaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actionem competere quidam putant*. El mismo principio se refiere en *Pauli Sent.* 1.13a.6: *Qui ancillam alienam virginem immaturam corruperit, poena legis Aquiliae tenebitur*. Otro texto de las *Pauli Sent.* (5.22.5; D. 48.19.38.3) se refiere a la menor en general usando el mismo verbo *corrumpere*: *Qui nondum viripotens virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur aut in exilium mittuntur*. CASTELLI op. cit., p. 149, sostiene que la solución dada por Ulpiano trafa como consecuencia que el hombre, que manifiestamente convivia con la menor, incurra en las disposiciones de la *lex Julia* contra el delito de estupro. Con respecto a la calificación de adulterio dado por ULPIANO al acto de la menor, *quod ante aetatem nupta commisit* (D. 48.5.14[13]8), nos sigue pareciendo una expresión no técnica (vid. *Minor annis* cit., p. 83, n. 13) usada en lugar de *stuprum*, sobre todo si se tiene en cuenta Papiniano, D. 48.5.37.36: *tale crimen (adulterium) post pubertatem incipit*, y Modestino, D. 48.5.35.34: *Adulterium in nupta admittitur stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*.

8. Vid. LENEL: *Palägenesia*, II, col. 941.

II. LA DOTE DE LA MINOR NUPTA

Ulpiano, 15 ad ed. D. 5. 3. 13. 1: *Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi.*

Id., 63 ad ed., D. 42. 5. 17. 1 y 19 pr.: *Si sponsa dedit dotem et nuptiis renunciatum est, tametsi ipsa dotem condidit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit... dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium.*

Ambos textos se refieren al supuesto de que la *minor annis XII nupta* o *deducta* haya entregado una dote al que estimaba su marido y de las consecuencias que se derivaban de esta ineficaz aportación dotal al no existir matrimonio⁹.

El primer texto, que ha sido estudiado especialmente desde el punto de vista de la legitimación pasiva al ejercicio en vía útil de la *hereditatis petitio*¹⁰, ha sido probablemente reelaborado en época postclásica, ya que el término *titulus* no es clásico¹¹. Sin embargo, la casuística del texto, y en lo que ahora nos interesa la referencia a la dote de la menor, debe estimarse genuina y acorde con el pensamiento de Ulpiano, que hace referencia a un criterio sustancial como es el de la validez o no del negocio de adquisición en relación con la buena o mala fe del *accipiens*¹². La usucapión de las cosas dotales viene excluida por la inexistencia de causa, al ser nula la constitución de dote por la invalidez del matrimonio, como resulta también de otro texto de Ulpiano¹³. El que recibe la dote de la menor con conocimiento de la incapacidad de ésta para contraer matrimonio se considera *possesor pro possessore* a título particular, y puede ser demandado por la *hereditatis petitio utilis*¹⁴. Si re-

9. Estos textos confirman nuestra opinión sobre la equivalencia de los términos *nupta* y *deducta* con respecto a la menor. Vid. *Minor annis* cit., p. 79 s.

10. Vid. DENOYEZ: *Le défendeur a la petition d'herédité privée en droit romain* (París, 1953, p. 219 y 223; TALAMANCA: *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milano, 1956), p. 22 ss y 130 ss.

11. Vid. D'ORS: *Titulus*, en *AHDE*, 23 (1953), 501, para quien todo el texto tiene el aspecto de un típico *tractatus* postclásico, y en él debe observarse el tránsito de *causa* a *titulus*.

12. Cfr. TALAMANCA: *Studi sulla legittimazione* cit. p. 23 s.

13. Ulpiano, 31 ad Sab. D. 41.9.1.4: *Idem (Cassius) scribit et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem.*

14. Vid. DENOYEZ: *Le défendeur* cit. p. 219 ss., para quien la *possessio pro possessore* no se opone a la *possessio pro herede* sino a la *possessio pro suo*; la posesión tiene lugar a título *pro suo* o *pro pos-*

cibe la dote sin conocimiento de esta circunstancia no estaría legitimado pasivamente para el ejercicio de esta acción; pero, para la devolución de la dote, podría utilizarse contra él la *condictio*, como afirma el mismo jurista.

El segundo texto, aunque es posible haya sufrido alguna modificación por obra de los compiladores¹⁵, puede considerarse sustancialmente clásico. Para la crítica de estos dos fragmentos 17. 1 y 19 pr., debe tenerse presente el texto de Paulo, que se insertó entre ellos y otros dos textos de Neracio y Hermogeniano:

Paulo, 60 ad ed., D. 42. 5. 18: (*interest enim reipublicae et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit.*)

Neracio, 2 membranarum, D. 12. 4. 8: *Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse.*

Hermogeniano, 5 epitomarum, D. 23. 3. 74: *Si sponsa dotem dederit nec nupserit vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis condictio. favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.*

Neracio y Ulpiano destacan, pues, el principio, al que también hace referencia Juliano¹⁶, de que la dote que ha sido objeto de una *datio* puede ser repetida mediante la *condictio* en el caso de la *minor* o de la *sponsa* con la que no llega a contraerse matrimonio¹⁷.

El segundo principio referido en el texto de Ulpiano (D. 42. 5. 17. 1 y 19 pr.) y también en el de Hermogeniano, de que tanto la *sponsa* como la *minor* gocen del *privilegium exigendi*, estimamos que es también de procedencia clásica, frente a las hipótesis de alteración. Di. Marzo creyó ver una contradicción entre el *tametsi ipsa dotem condicit* y la afirmación de que la esposa goce del *privilegium exigendi*, ya que lo que se espera es la solución contraria, y propuso añadir un *non* antes de *potest* y otro *non* precediendo a *idem*, con lo que resultaría que el jurista admite una solución distinta para la esposa y para la menor, basándola en la razón dada por Paulo¹⁸. Albertario, seguido por Volterra, considera genuina sólo la referencia a la repetición de la dote por la *condictio*, eliminando *tametsi* y *ta-*

sessore, según que el adquirente sea de buena o de mala fe. TALAMANCA, op. cit. p. 133, limita sólo a este caso de la dote de la menor la existencia del título putativo.

15. Sobre las diferentes hipótesis de alteración, vid. *Index Interpolationum*.

16. Juliano, 17 dig. D. 12.4.7.1.

17. Vid. ALBERTARIO: *Sulla dotis datio ante nuptias*, en *Studi*, I (Milano, 1933), p. 327.

18. Vid. DI MARZO: *Lezioni sul matrimonio romano* (Palermo, 1919), p. 46 ss.

men-contractum est, con lo que los compiladores bizantinos habían introducido el reconocimiento a la esposa de la cualidad de acreedora privilegiada¹⁹. Volterra se opone, además, a la reconstrucción de Di Marzo, en cuanto a la extensión del privilegio a la *minor*, observando que en el texto de Neracio, y en otros textos, se equipara la menor a la esposa, y que el fr. 18 de Paulo, probablemente, se refería a la misma cuestión examinada en el texto de Neracio o a otra análoga²⁰. Frente a estas críticas, estimamos que, si bien el texto adolece de algunos defectos formales, como los señalados por Di Marzo, y también resulta sospechosa la innecesaria repetición de la concesión del privilegio en el fr. 19—lo que nos lleva a pensar que el texto ha sido retocado por los compiladores al insertarlo en la compilación—, el principio sobre el carácter privilegiado de la esposa y de la menor para lograr la restitución de la dote es clásico. Como prueba de ello aducimos, en primer lugar, el texto de Hermogeniano (D. 23. 3. 74), que aunque se ha venido considerando como obra compilatoria en su mayor parte²¹, no dudamos en considerar genuino, ya que debemos calificar a Hermogeniano como un postclásico, y este texto, que no es más que un resumen del texto de Ulpiano, encaja perfectamente en la obra del jurista de reelaboración y resumen de los principios clásicos²². Debe observarse, en efecto, cómo la expresión poco correcta *minor... ut uxor habeatur* no es más que una versión simplista de la expresión *minor... in domum quasi uxor deducta*, y a la ausencia de la mención de la hipótesis completa en el supuesto de la menor, que en el texto ulpiano puede explicarse por el uso de *idem*, correspondé en el texto de Hermogeniano la incompleta exposición de este mismo supuesto de la menor, que resulta más patente. En segundo lugar, podemos aducir como argumento decisivo el que Ulpiano comentase la cláusula edictal de *privilegiariis creditoribus* en el libro 63 *ad edictum*, al que pertenece este texto²³; además, Hermogeniano trata

19. Cfr. ALBERTARIO: *Sulla dotis datio* cit., p. 327, y VOLTERRA: *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, en BIDR, 40 (1932), p. 118 s.

20. Cfr. VOLTERRA: *Ricerche intorno agli sponsali* cit., p. 119 y 121. Aunque este autor no haga una mención expresa a ello, consecuencia de su tesis es considerar interpolado también el fr. 19 pr. Lo considera también interpolado «por indicios comunes», PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*² (Roma, 1925), I, pág. 404, n. 6. PRINGSHEIM considera este fragmento genuino. Vid. *Index Interpolationum*.

21. Vid. ALBERTARIO: *RISG*, 52 (1912), 45 n.; DI MARZO: *Lesioni sul matrimonio* cit., p. 47 y s.; PEROZZI: *Istituzioni* cit., I, p. 404, n. 6; VOLTERRA: *Ricerche intorno agli sponsali* cit., p. 122.

22. Vid. KUNKEL: *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen* (Weimar, 1952), p. 263.

23. Vid. LENEL: *Palingenesia* II, col. 793. Lenel hace preceder el tex-

también en el libro 5 *epitomatorum*, del *privilegium exigendi* en los supuestos de tutela y curatela²⁴, y también el texto de Paulo, que los compiladores intercalaron en el texto ulpiano como fr. 18, pertenece al libro 60, en que el jurista comentaba el edicto de *privilegiariis creditoribus*²⁵. La coincidencia de la *sedes materiae* de éstos tres textos de Paulo, Ulpiano y Hermogeniano, que tratan de la concesión del *privilegium exigendi* a la esposa y a la menor, para la reclamación de la dote, nos parece decisiva para pronunciarse sobre la procedencia clásica de este principio. De otra parte, podemos observar, en lo que se refiere a la menor, que Ulpiano, posiblemente, se basaría para la concesión del *privilegium exigendi* en una razón de equidad, como sería la imposibilidad del matrimonio y la mala fe del que recibía la dote, a la que el jurista se refiere, expresamente en el primer texto comentado (D. 5. 3. 13. 1), lo que confirma la analogía del supuesto del que recibe la dote de una incapaz, sin ser marido ni poder serlo, con el caso del que, no siendo tutor, administra los bienes del pupilo como si lo fuera, que el jurista trata a continuación²⁶. Por todas estas razones, consideramos genuino el principio de la concesión de este privilegio a la menor y, por motivos parecidos, si a la entrega de dote no sigue el matrimonio, también a la esposa.

III. LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA SOBRE LA «MINOR NUPTA» Y EL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO CIVIL

Tratando de la capacidad de los contrayentes, exigida para el matrimonio, el artículo 83 del Código civil dispone:

No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto, y sin necesi-

to (D. 42.5.17.1 y 19 pr.) de otra decisión del jurista que se refiere en general a la imposibilidad de que exista dote sin matrimonio: *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubi cumque igitur matrimonium nomen non est, nec dos est* (D. 23.3.3).

24. D. 27.3.25. Cfr. LENEL: *Palingenesia* I, col. 275.

25. Vid. LENEL: *Palingenesia* I, col. 1078. Este autor hace preceder la frase de Paulo de una parte reconstruida sobre el modelo del texto de Ulpiano: *Si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit, admittenda tamen est ad privilegium*. De otra parte, el fundamento aducido por Paulo se asemeja al principio general que formula el jurista: *Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (D. 23.3.2), del mismo libro, que Lenel sitúa también en el comentario a de *privilegiariis creditoribus*.

26. Ulpiano, D. 42.5.19.1. Vid. LENEL: *Palingenesia* II, col. 793.

dad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación.

Este precepto, que puede calificarse original, con respecto a las restantes legislaciones europeas, sigue fielmente los principios del Derecho Romano. La tradición romanística llega al Código a través de la ley de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870, y de las Partidas. El artículo del Código recoge el artículo 4 de la Ley de matrimonio civil²⁷, que aceptó los principios romanos acogidos en las Partidas. La ley 6 del título 1 de la Partida IV disponía:

Mas para casamiento fazer, ha menester que el varón sea de hedad de catorce años, e la muger de doce. E si ante deste tiempo se cassassen algunos, non sería casamiento, mas desposajas; fueras ende, si fuessen tan cercanos a esta hedad, que fuesen ya guisados para poderse ayuntar carnalmente. Ca la sabiduria e el poder, que han para esto fazer, cumple la mengua de la hedad.

La ley 3, del mismo título y Partida, precisa:

Otrosi, quando acaesciese, que algunos non ouiessen hedad complida para casar, e ouiessen siete años, o dende arriba; si se desposassen por palabras de presente, segund que dice en la ley ante desta, non sería porende casamiento, más desposorios... Pero si estos atales durassen en esta voluntad fasta que ouiessen hedad complida, non lo contradiziendo alguno dellos, non sería tan solamente desposajas, más matrimonio; quier consintiessen manifiestamente o callando. E callando se entiende que consentirían, quando morassen de so uno, o quando rescibiessen dones.

Con respecto a la fijación de la edad para el matrimonio en catorce años para el hombre y doce para la mujer, las Partidas acogen el criterio romano general para la pubertad²⁸, seguido por el Código civil, y que ha sido modificado por el *Codex iuris canonici*²⁹, y por otros códigos civiles europeos que, aten-

27. El artículo 4 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 está redactado, a diferencia del Código, en forma afirmativa: *Son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reúnan las condiciones siguientes 1.ª Ser púberes, entendiéndose que el varón lo es a los catorce años cumplidos y la mujer a los doce.*

28. Vid. los textos que citamos en *Minor annis cit.*, p. 77 ss. y 83 ss.

29. Vid. *Minor annis cit.*, p. 85, n. 20.

diendo a razones fisiológicas y morales, establecen un límite de edad superior ³⁰.

En cuanto a la convalidación del matrimonio contraído por impúberes, se acoge también el principio romano contenido en los siguientes textos:

Pomponio, 3 *ad Sab.*, D. 23. 2. 4: *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim annos.*

Papiniano, 10 *quaest.*, D. 23. 3. 68: *Nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit, tunc primum petetur, cum maior annis apud eundem esse coeperit.*

Según estas decisiones jurisprudenciales, la menor que ha sido llevada con fines matrimoniales—*deducta*—a casa del futuro marido no será considerada como *uxor* hasta el momento en que juntó al varón—*apud virum, apud eundem*, cumpliese los doce años ³¹.

En la solución aceptada por las Partidas, de considerar como esposa a la menor que no podía ser casada, se sigue la opinión de Juliano y no la mayoritaria en la jurisprudencia de Labeón, Papiniano y Ulpiano de que sólo sería considerada esposa si hubiesen precedido los esponsales ³². La compilación de leyes del rey Sabio, que sigue el criterio romano de considerar a la menor como incapaz para la relación sexual—*nondum viripotens*—³³, exceptúa los supuestos en que esa relación se da, que en la ley de matrimonio civil, seguida por el Código civil, se limitan al caso de que la menor conciba antes de la pubertad legal o de la reclamación contra la validez del matrimonio.

M. GARCÍA GARRIDO

30. El Código civil italiano, siguiendo la legislación canónica actual, fija en el artículo 82 la edad matrimonial en dieciséis y catorce años para el hombre y la mujer, respectivamente. El Código civil alemán, en el artículo 1.303, señala para el hombre la fijada para la mayoría de edad, en general, y para la mujer la de dieciséis años. El Código francés establece las de dieciocho y quince años, el suizo las de veinte y dieciocho y el ruso la de dieciocho años sin distinguir entre hombres y mujeres.

31. Vid. *Minor annis cit.*, p. 79.

32. Ulpiano, 35 *ad ed.* D. 23.1.9; 33 *ad ed.*, D. 24.1.32.27. Vid. *Minor annis cit.*, p. 77 s.

33. Siguiendo el principio romano (Papiniano, 3 *quaest.* D. 48.5.37.36), las Partidas consideran al impúber excusado de delitos sexuales. Part. I, título 1, ley 21. (*Quines pueden ser excusados por no saber la leyes*). *Eso mismo decimos del mozo que fuese menor de catorce años: o la moza menor de doce, maguer probasse fecho de luxuria, sol que non lo sopiese fazer. Estos tales escuados serían de la pena de las leyes, porque no han entendimiento.* Part. 7, título 18, ley 2: *Otrosi, puede ser acusado deste yerro (incesto) todo ome que lo fiziere, fueras ende moço menor, de catorce años, e la moça menor de doce.*