

# **Observaciones sobre el concepto de *status* y de posesión de estado en el derecho romano, a propósito del artículo 39.2 de la C.E. y de la reforma del código civil de 1981 en materia de filiación**

*M<sup>a</sup> Victoria Sansón Rodríguez*  
Departamento de Disciplinas Jurídicas  
Básicas  
Universidad de La Laguna

## **I. Introducción**

La Constitución española en su artículo 39.2 adoptó como uno de los principios rectores de la política social el de posibilitar la investigación de la paternidad. El mandato constitucional tuvo su expresión más inmediata en la reforma del Código civil de 1981 en materia de filiación, que ha introducido la adopción del principio de veracidad en la determinación jurídica de la filiación. Con arreglo a este principio, el fundamento de dicha determinación es la procreación y, por tanto, la constatación jurídica de la paternidad/maternidad biológica (ver especialmente los artículos 135 y 139 del Cc). Esta es la principal novedad introducida por la reforma del Código civil de 1981 frente al sistema marcadamente formalista adoptado por el Código de 1889 en materia de filiación. Pero, al mismo tiempo,

se ha achacado, con razón, a la ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma en esta materia, el haber introducido un formalismo de nuevo cuño<sup>1</sup>, al haberse dado demasiado protagonismo al Registro Civil y a la inscripción en el mismo. Este punto de vista «registrista» determina, en la nueva regulación, la práctica separación entre dos sistemas de determinación de la filiación, el judicial y el extrajudicial, no siempre coherentes entre sí. La libre investigación de la paternidad sólo se prevé en la determinación judicial (art. 127 del Cc), no en la extrajudicial, lo que parece ir contra la tendencia general moderna hacia una unidad de régimen de la filiación lo más completa posible.

La reforma de la filiación de 1981 plantea este y otros problemas. Sin ánimo de entrar ahora en el planteamiento y examen de todos ellos, llama la atención la dificultad de interpretación del confuso artículo 113, relativo a los medios de acreditar la filiación y, en particular, nos interesa la mención que se hace en este artículo a la posesión de estado, a la que se atribuye un carácter subsidiario como medio de acreditación de la filiación frente a la inscripción (y frente a los otros medios que dicho artículo menciona: el documento, sentencia y presunción de paternidad matrimonial)<sup>2</sup>. El artículo 135 del Cc considera a la posesión de estado como un medio de prueba entre otros en la determinación judicial de la filiación, pero también la jurisprudencia tiende a darle un valor residual. ¿Qué diferencia hay entre los conceptos medio de acreditación y medio de prueba de la filiación?, ¿y entre medios de acreditación y medios de determinación?, estos conceptos y la misma terminología aparecen confusos en la nueva regulación. ¿Cuál es la naturaleza de la posesión de estado?, ¿cuál es la finalidad del art. 113 del Cc?, ¿es esa finalidad determinar la relación entre inscripción registral y posesión de estado como medios de prueba de la filiación y establecer una prueba tasada?

Un primer paso en el estudio de un concepto o de una institución, es la indagación de sus fundamentos históricos. La posesión de estado es una noción que, en relación con la filiación, se recoge en los ordenamientos modernos del círculo francés, aunque es extraña a los del ámbito germánico y al Derecho anglosajón<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Es la expresión empleada por Francisco Rivero Hernández en el prólogo al libro de R. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, Bosch, Barcelona 1993.

<sup>2</sup> En el Código Civil español la posesión de estado es recogida en diversos artículos con funciones distintas. El artículo 113 del Cc, dados los problemas de interpretación que plantea, ha llegado a ser calificado como el más desafortunado y confuso, conceptual y terminológicamente, de la reforma de filiación de 1981 (así F. Rivero, v. por ej. su prólogo al libro de R. VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*, Bosch, Barcelona 1993, pp. 9-10)

<sup>3</sup> Los elementos definitorios recogidos en el Código civil francés de 1804 (art. 321) hasta hoy, y también por nuestra jurisprudencia, que deben concurrir para que exista posesión de

Un estudio histórico ayuda a ir a la entraña misma de los conceptos y a aclarar el significado de los términos empleados en una determinada regulación. Si, con el fin de realizar un estudio histórico comparado, queremos saber si el concepto de posesión de estado existió en Roma, ya en el período clásico de su Derecho, debemos examinar la cuestión en el particular contexto histórico de Roma en ese período, para determinar qué debemos preguntar a las fuentes, y evitar, de esta manera, hacer dogmática retrospectiva. Constituye un presupuesto de esta indagación histórica, realizar un examen semántico de la terminología empleada en las fuentes jurídicas antiguas.

La expresión *possessio status*, posesión de estado, es extraña a las fuentes. Nos damos cuenta de ello en cuanto examinamos las *Fontes* del BIA o el *Vocabularium iurisprudentiae romanae*.

Habrà que examinar el sentido del término *status*, y después su relación con el término *possessio*. Examinar también las expresiones *possessio libertatis*, *possessio libertinitatis*, *possessio ingenuitatis*, *possessio civitatis Romanae*, que aparecen en las fuentes jurídicas, para explicar la razón de la ausencia en ellas de la expresión genérica *possessio status*. No se trata, así pues, de examinar cual es el precedente romano de la posesión de estado, al modo de una dogmática retrospectiva, se trata, por el contrario, de determinar que es lo que se corresponde en ellas con la noción moderna de posesión de estado de hijo, para poner de relieve que la posesión de estado de hijo legítimo como concepto existió ya en plena época clásica<sup>4</sup>. Esta es, en efecto, una noción que se encuentra ya en el Derecho clásico, pero la terminología *possessio status*, posesión de estado, no es romana.

---

estado, son: *nomen*, el uso de los apellidos del presunto progenitor/es, *tractatus*, el trato de hijo dispensado por el presunto padre o madre y la *fama*, o reputación pública de ser el hijo de un determinado padre o madre, aunque se señala habitualmente que no es necesaria la concurrencia de todos ellos para la apreciación de la posesión de estado, pues esto es algo que depende de la libre apreciación de los tribunales de justicia..

<sup>4</sup> C.5,4,9 (*Imp. Probus ad Fortunato*), es el texto que normalmente se cita como precedente romano de la posesión de estado, pero se trata de un rescripto de época epiclásica o cuasi-clásica, muy cerca de la época de Diocleciano. Este texto es citado, por ej., por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Proyecto de Código civil de 1851*, reimpr. Zaragoza, 1974), en relación con el art. 109 del Proyecto de Código civil español de 1851. C.5,4,9: *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.*

## II. Concepto de *status* en las fuentes jurídicas romanas

¿Cuál es el concepto de *status* en las fuentes jurídicas romanas? ¿Tiene o no algo que ver con el concepto moderno de estado civil?:

Una opinión muy difundida en la romanística ha entendido que el *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*, constituyen un criterio clasificador de las personas en Roma, de gran importancia para determinar la personalidad jurídica y la capacidad jurídica del individuo. La teoría de los *status* ha sido deducida por la romanística de un texto de Paulo D.4,5,11: «...tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam...». Pero éste se refiere sólo a las tres formas de *capitis deminutio*<sup>5</sup>, y ya ha sido puesto de relieve por Schulz y Kaser<sup>6</sup>, que la teoría de los *status* construida por la romanística no encuentra fundamento en los textos clásicos. La teoría de los *status* puede servir para los manuales de Derecho romano por su valor didáctico, pero no para un trabajo de investigación, pues esta teoría poco tiene que ver con la realidad de los hechos.

*Status* no hace pues alusión a un criterio clasificador de las personas. Con este sentido no aparece ni en las Instituciones de Gayo ni en ninguna fuente. El texto de las Instituciones de Gayo 1,9 (=D.1,5,3), «et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi», ha sido entendido como un texto que contiene un criterio clasificador de las personas en el mundo romano. Pero la *divisio*<sup>7</sup> del pasaje de Gayo no hace alusión a una clasificación, sino a una contraposición, o más exactamente, a una oposición privativa, en el sentido de que libres y esclavos son categorías simultáneamente excluyentes, un hombre no puede ser a la vez libre y esclavo. En Roma los hombres o son libres o son esclavos, no hay un *tertium genus*, una tercera posibilidad<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> En el ámbito de la *capitis deminutio* los juristas clásicos sólo relacionan a la *capitis deminutio minima* con el *status hominis* y con una *status mutatio* (GAYO 1,162, Ulp. 11,13 también GAYO D.4,5,1), no a la *c.d. maxima* y *media*. En GAYO 1,160, 161 referentes a la *libertas* y a la *civitas* no se menciona el *status* (v. LEVY, SZ 78 [1961], 169 ss.). La razón de esto puede radicar en que la *c.d. maxima* y *media* suponen, respectivamente, una exclusión del individuo de la comunidad de hombres libres y de la de ciudadanos romanos, y así el *status hominis*, al hacer referencia a la posición del individuo en éstas (y en la familia), implica que el hombre, al que el *status* se refiere, esté incluido en las mismas.

<sup>6</sup> V. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 122. KASER, *Das Römische Privatrecht* I, München 1971, p. 271.

<sup>7</sup> V. WIEACKER, *Röm. Rechtsgeschichte*, München 1988, pp.625 y nt 40, 629 y 501 nt 51, con referencia a Nörr, *Fs. Felgentraeger*, 155.

<sup>8</sup> V. sin embargo Ulp. D.1,1,4: «...iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi 'et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi'», que puede ser considerado, según ha observado Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 210, por su tosquedad estilística como un glosema prejustiniano.

Lo que quiere decir Gayo es que la posición jurídica, el *status*, de hombre libre se contraponen a la situación jurídica del esclavo. Luego, en el párrafo siguiente (1,10), si que establece Gayo ya una clasificación de los hombres libres en ingenuos y libertos<sup>9</sup>, según sean libres por nacimiento o que hayan obtenido la libertad por manumisión.

¿Pero se trata de un término con un preciso significado técnico? Schulz<sup>10</sup>, después de calificar como arbitraria la tricotomía *status libertatis, civitatis, familiae*, afirma que *status* no es un término técnico. Sin embargo, *status* aparece en las fuentes con un preciso significado técnico. Kaser, después de negar que *status* signifique capacidad jurídica, le atribuye el de posición jurídica (*Rechtszustand, Rechtsstellung*<sup>11</sup>), especialmente en relación con la posición de la persona en la familia<sup>12</sup>, pero también en relación con su posición en la comunidad ciudadana, como ocurre en las cuestiones de estado (*status quaestio*) en relación con la libertad<sup>13</sup>. Significa posición jurídica del hombre, así pues, en sentido genérico, tanto en el ámbito de los *iura privata* como de los *iura publica*<sup>14</sup>. En el mismo sentido, Levy<sup>15</sup> considera que los juristas clásicos entendieron la expresión *status hominis* como posición jurídica de un hombre en este sentido general; aunque en la discusión de la *causa liberalis* se designa también con la expresión genérica de *status*, o también con la expresión *status mutare*, a un contenido concreto del *status*, esto es, la *libertas* o la *libertinitas*<sup>16</sup>. El significado romano de *status* coincide con el concepto actual de estado civil, tal como lo definía Federico de Castro: «...la cualidad de la persona que resulta del puesto (posición) que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad»<sup>17</sup>. Hermogeniano D.1,5,2 hace referencia al *personarum status* en el sentido de condición, posición jurídica de las personas: *cum igitur hominum causa*

<sup>9</sup> Se trata de una *partitio*. Sobre este concepto v. Wieacker, *R.R.* cit. *supra*, ésta no agota todos los elementos de su especie.

<sup>10</sup> SCHULZ, *Classical Roman Law*, 122.

<sup>11</sup> Así KASER, *DRP I*, 271.

<sup>12</sup> GAYO Inst. 1,89:....*nam hi qui illegitime concipiuntur statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur....at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis temporis statum sumunt*; 1,159: *Est autem capitis deminutio prioris status permutatio...*; 1,162:....*status hominis commutatur*. Ulp. XI,13:....*status dumtaxat hominis mutatur*.

<sup>13</sup> D.3,3,33,1, D.1,5,8, la *liberalis causa, status quaestio*, se recoge en D.40,12 y C.7,16.

<sup>14</sup> D.4,5,5,2, D.4,5,6.

<sup>15</sup> LEVY, «Libertas und civitas», SZ 78(1961), 169 ss.

<sup>16</sup> Ulp. D.40,5,45,2, también constituciones dioclecianas C.7,16,11; 16; 39; C. 7,20,2; C.9,20,11, comp. Mod. D.37,14,12.

<sup>17</sup> F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de persona*, reimpr. 5ª ed., Madrid 1970, p. 171.

*omne ius constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus.* Contenido del *status* es, por ello, el círculo al que Gayo 1,8 se refiere con la expresión *ius, quod ad personas pertinet*, el haz de derechos (y también deberes, aunque los romanos lo enfocan básicamente desde el punto de vista de los derechos) que recaen sobre una persona determinada<sup>18</sup>.

Encontramos pues en el vocabulario de la jurisprudencia clásica el término *status* y la expresión *personarum status, status hominis*, pero no se encuentran en las fuentes clásicas las expresiones tradicionalmente usadas por la romanística de *status libertatis, status civitatis y status familiae*<sup>19</sup> y no se encuentra precisamente por eso, por no ser en época clásica un criterio clasificador de las personas<sup>20</sup>.

### III. *Status* y posesión de estado

A) *Examinaremos primero las voces libertas, libertinitas, ingenuitas y possessio libertatis, libertinitatis, ingenuitatis:*

Si acudimos al *VI.R. sub voce libertas* no encontramos la expresión *status libertatis*, pero sí que hallamos en alguna ocasión el término *status* a secas en relación con la libertad (D.3,3,33,1). Ahora bien, este término no es usado como criterio de clasificación, sino que es empleado en relación con las cuestiones de estado (*status quaestio*) en las que se decide la controversia sobre si una persona tiene la condición de libre o de esclavo —*liberalis causa*. Estas cuestiones de estado sobre la condición de libre se hacen valer a través de una *vindicatio in libertatem o in servitutem* (Ulp. D.40,12,7,5. Diocl. C.7,16,21), o del *praeiudicium «an Stichus liber sit»*<sup>21</sup>. El enfoque es pues procesal, *status* hace aquí referencia a la controversia sobre si un hombre tiene la situación jurídica de libre o de esclavo.

Existe, sin embargo, un paralelismo entre *status* y *possessio*, pues en las fuentes si que encontramos la expresión *possessio libertatis*<sup>22</sup>, y también las de *possessio*

<sup>18</sup> Pertenecen a ese círculo ante todo el sometimiento a una potestad familiar (Ulp. 11,13; Gayo 1,162); la ingenuidad (Mod. D.1,5,21); la libertad (Pap.36,1,55; Gayo 1,89), la ciudadanía (Ulp. D.49,7,1,3) y el sexo (Pap. D.1,5,9).

<sup>19</sup> Comp. *VI.R.*, V, 2, voz *status*.

<sup>20</sup> En cambio, en alguna fuente posclásica aparece la expresión *status libertatis*, concretamente en Constant. C.Th. 4,12,4 (a.331) se afirma que la mujer *statum libertatis amittat*.

<sup>21</sup> V. KASER, *DRP* I, 288 y nt 63.

<sup>22</sup> V. *VI.R. sub voce possessio (libertatis)*: D.3,3,33,1; D.40,12,41; D.40,12,28; D.40,12,10; *possessio (servitutis)* D.40,12,1; v. además D.40,12,7,5 (*in libertate sine dolo malo fuisse*)

*ingenuitatis, libertinitatis*<sup>23</sup>. Ahora bien, estas expresiones como norma hacen también alusión a las controversias de estado que se resuelven por el cauce procesal del *praeiudicium*<sup>24</sup>. El enfoque es siempre procesal y en estos litigios (*de liberalibus causis*) se trata siempre de decidir si un hombre es libre o no lo es; todo es o blanco o negro, no hay un *tertium genus*, no hay clasificación, sino oposiciones privativas (*divisio*).

También aparece en las fuentes el término *condicio liberi, libertinae, condicio servorum*, en lugar de *status*, para designar la condición o posición jurídica de una persona. Así Marciano D.1,5,5 dice «*servorum una est condicio...*» (también Modestino D.1,5,21 habla de *libertinae condicionis*; Gayo Instit. 1,13:«*condicionis liberi fiant...*», Calistrato D.48,20,1 pr: «*servilis condicio...*»).

Como muestra de estas ideas puede tomarse también la voz *libertinitatis*:

Si atendemos a la voz *status* en el *V.I.R.* ninguna fuente habla de *status libertinitatis*, pero si acudimos a la voz *possessio* ahí sí que aparece la expresión «*possessio libertinitatis*» en D.22,3,14 (Ulp. 1. 2 *de off. consulis*):

Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur, et si quidem in possessionem libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum...

El texto trata el problema de la distribución de los papeles de demandante y demandado en un *praeiudicium* en el que se decide si una persona es ingenua o liberta, o sea, libre de nacimiento o por manumisión, y de la cuestión de la carga de la prueba. Dice Ulpiano que si el que está en posesión del estado de liberto —en clara alusión a una situación de hecho— afirma ser ingenuo, debe asumir el papel de actor y probar que es ingenuo, si por el contrario tiene la posesión de estado de ingenuo y alguien afirma que es liberto, deberá este último hacer de parte actora y probar que es liberto suyo.

*Possessio libertinitatis-possessio ingenuitatis* no es una clasificación o *partitio*, sino una *divisio* desde este enfoque procesal, pues en el *praeiudicium* lo que se tiene en cuenta, a los efectos procesales de la legitimación activa y de la carga de la prueba, es si se tiene la posesión de estado de liberto o no se tiene, o bien si se tiene la posesión de estado de ingenuo o no se tiene. Se trata de siempre de categorías que se excluyen mutuamente.

y D.40,12,12,2-3 (*in libertate morari*) todos ellos en relación con procesos de libertad (en otro contexto D.40,5,26 pr.; D.15,1,52).

<sup>23</sup> D.22,3,14.

<sup>24</sup> V. *supra* nt. 24, D.3,3,33,1 y los textos extraídos del título '*de liberali causa*' D.40,12.

En conclusión, se pueden extraer las siguientes precisiones terminológicas respecto a los términos hasta aquí examinados:

1º) no sale en las fuentes de la jurisprudencia clásica la expresión *status libertatis*, tampoco *status libertinitatis*,

2º) *libertatis* y *libertinitatis* salen con *possessio*

3º) el tratamiento en relación con la *possessio libertatis* y a la *possessio libertinitatis* es siempre procesal

4º) en el ámbito procesal no hay clasificaciones, sino oposiciones privativas

5º) en ocasiones, aparece el término *conditio servorum, servile, liberi, libertinae*, en el lugar de *status*, en el sentido de condición o posición jurídica.

6º) Las nociones de *status* y *possessio* se contraponen. *Status* es situación jurídica, haz de derechos y deberes que confluyen sobre una persona, mientras que *possessio libertatis, libertinitatis, ingenuitatis*, aluden a una situación de hecho y equivaldrían a la nuestra de posesión de estado. Pero, en este sentido genérico, la *possessio status* no aparece en las fuentes, sino tan sólo en relación con estados o situaciones concretas, de forma similar a lo que Schulz observó con respecto concepto de capacidad negocial, concepto genérico que no es conocido en el derecho clásico, aunque si se hace referencia en las fuentes a capacidades concretas, a capacidad para la conclusión de actos y negocios concretos<sup>25</sup>.

7º) Por otro lado, se habla en las fuentes de *possessio libertatis, ingenuitatis, libertinitatis*, pero no de una *possessio* del *status libertatis, libertinitatis*, etc. La razón de esto es que, al ser nociones contrapuestas —algo similar a lo que ocurre en materia de derecho reales con la propiedad y la posesión— situación jurídica y situación de hecho, hablar de *possessio status (libertatis, libertinitatis, etc.)* sería para los romanos una *contradictio in adiecto*. Todo lo más ellos hablan de *possessio libertatis, libertinitatis*, etc. Esto es, lo que se posee no es el *status* mismo, sino el contenido de ese *status*. El paralelismo entre *status* y *possessio* se da pues en relación con el contenido del *status*, sin perjuicio de que ambas sean nociones contrapuestas.

## B) *civitas*:

1. La expresión *status civitatis* es más difícil, significa estado de la *civitas, de la ciudad*, con este sentido aparece en fuentes literarias (*optimus status civitatis-la*

<sup>25</sup> SCHULZ, SZ 52(1932), p. 545: «Wie die klassischen Wort und Begriff der Geschäftsfähigkeit nicht bekannt ist, diese sich für sie vielmehr auflöst in die Fähigkeit zum Abschluss von Kauf, Miete, Stipulation, Manzipation, Ehe, zur Vornahme eines Testaments, usw.».



*mejor forma de estado*, Cicerón, *de re publica* 1,33,ss; 2,65,ss) y se evita en las fuentes jurídicas<sup>26</sup>.

De *civitas* se habla en fuentes jurídicas tardías en el sentido de ciudadanía, indicando ya posición jurídica<sup>27</sup>. Sin embargo, en este sentido, y no sólo en el de ciudad, se habla también en fuentes jurídicas indudablemente clásicas (Gayo 1,160-162), aparece aquí el término *civitas* a secas, en relación con la *capitis deminutio*, para expresar ciudadanía romana (Gayo Ulp.D.2,11,4 pr. *salva civitate abire in exilium...*), en estas fuentes *civitas* no es utilizada como criterio clasificador y en ellas no aparece la expresión *status civitatis*.

*Civitas* en el sentido de ciudadanía es pues una expresión claramente clásica, y también con este sentido es empleada la expresión *ius civitatis* (Gayo D.28,5,32,1; Ulp. D.4,5,6). En relación con la *capitis deminutio* hemos visto que aparece con el sentido específico de ciudadanía romana. Pero en las fuentes clásicas la expresión habitual para designar la ciudadanía romana es *civitas Romana* (Gayo 1,28; 1,31; 1,55; 1,67-68; 1,71 y 74; 1,92 ss)<sup>28</sup>. Por otra parte, en Gayo 1,32 b-c y ss. aparece la expresión «*ius Quiritium*» como derecho de ciudadanía romana<sup>29</sup> y se emplea en el sentido de posición jurídica. En fuentes tardías, como consecuencia de la *C. Antoniniana* (a. 212 d.C), ya es habitual la expresión *civitas* a secas haciendo referencia sólo a la ciudadanía romana<sup>30</sup>.

De la misma manera, no se habla en las fuentes de *status civitatis* (*status libertatis*) *amissione*; no se pierde la posición jurídica, sino el contenido concreto de esa posición jurídica, por ello se dice simplemente en las fuentes *amittere*

<sup>26</sup> V. *V.I.R. sub voce status* y también *possessio*: tampoco aparece en las fuentes jurisprudenciales romanas la expresión *possessio civitatis*.

<sup>27</sup> *Collatio legum mos. et rom.* 16,7,2: *Suis praetor solet emancipatos liberos itemque 'civitate' donatos coniungere data bonorum possessione...* y en las también tardías, según la opinión de Arangio-Ruiz, *Regulae Ulpiani* 11,13: *Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva status dumtaxat hominis mutatur*, 3,2 y 3,6...*civitatem Romanam accipit.* (v. también D.2,11,4 pr.: *salva civitate abire in exilium...*).

<sup>28</sup> Así en GAYO 1,28...*ad civitatem Romanam perveniunt*; 1,31...*ius adipiscendae civitatis Romanae*; 1,55...*his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant...* (también en GAYO 1,32 b...*data est illis civitas Romana...* y 2,135 a ...*In potestate patris non sunt, qui cum eo civitate Romana donati sunt nec in accipienda civitate Romana pater petiit, ut eos in potestate haberet...*

<sup>29</sup> También con esta significación se recoge en muchos pasajes del Digesto: GAYO D.2,8,5; Call. D.48,20,1 pr, en donde aparece además la expresión *condicio* en el sentido de *status*; Ulp. D.48,22,6 pr-1; D.48,22,1; D.38,16,3,1; D.4,5,2; Pomp. D.38,2,1 pr. (v. *V.I.R. II ius civium Romanorum*).

<sup>30</sup> C.Th.4,7,1 a.321,C.Th.2,22,1 a.326.

*civitatem, amissione civitatis (libertatis)* (Gayo 1,160,161; Cicerón, *pro Balbo* XI,28; Ulp. D.4,5,2 pr.; Paul. D.4,5,5 pr-1). Se pierde la ciudadanía, un contenido concreto del *status* (el *ius civitatis*). *Civitas* es un contenido concreto del *status* y como tal significa, posición jurídica de ciudadano.

*Civitas* aparece también en fuentes clásicas en el sentido amplio de pertenencia a una comunidad política organizada, pero el cambio de ciudadanía se llama en las fuentes, no *mutare statum civitatis*, sino *mutare civitatem* (Cicerón, *pro Balbo* XI,27, *civitatis mutatione*: XI,28; XIII,30,31).

*Civitas* no es usada pues como criterio clasificatorio, sino que indica posición, situación jurídica. La posición de ciudadano romano se contraponen a la de ciudadano de otra comunidad. En época republicana hay una tendencia a considerar incompatible la ciudadanía romana con otra ciudadanía, como se pone de relieve en Cicerón *pro Balbo* XI,28, para el caso de *Menandro*<sup>31</sup>. Esto parece indicar que la ciudadanía romana se contraponía a cualquier otra ciudadanía, latina o peregrina, no es criterio de clasificación, sino contraposición, no se puede ser ciudadano romano y a la vez tener otra ciudadanía.

2. En el sentido de posición jurídica general de una persona se emplea el término *origo* antes de la mitad del s.II<sup>32</sup>. En el Edicto de Claudio *ad condicionem Anaunorum* se habla de *origo civitatis Romanae*<sup>33</sup> en el sentido de *status* general, posición jurídica. También con este sentido aparece la voz *origo* en Neracio D.50,1,9

<sup>31</sup>Las cuestiones de compatibilidad se plantean en tres círculos: *ius exilii*, pertenencia a una colonia latina y *postliminium*.

<sup>32</sup> Sobre el significado del término «*origo*» en relación con el de *civitas Romana*, v. D. NÖRR, *Paulys Realencyclopädie d. k. Aw, Suppl. X*, Stuttgart, pp. 439 ss, espec. 443-449: *origo* en sentido técnico jurídico designa la pertenencia a un determinado lugar (*municipia, coloniae, civitates*), a una ciudadanía específica, y no a la ciudadanía en sentido estricto, y es más bien un concepto de carácter administrativo y fiscal. Pero este empleo en sentido técnico del término *origo*, alusivo al lugar de origen o a la posición jurídica conectada con ese lugar de origen, sólo aparece a partir las constituciones de Antonino Pío, Marco AURELIO y L. VERO (D.50,1,17,9; D.50,1,38,3; D.50,1,37,2). Con anterioridad, todavía en época de Adriano su sentido parece no está fijado técnicamente, es empleado, más que en el sentido técnico específico de lugar de origen, en el sentido más amplio y general de *status* o *condicio* de la persona (CELSE D.50,1,1,2 y NERACIO D.50,1,9).

<sup>33</sup> Edicto de Claudio *ad condicionem Anaunorum* (Bruns, *Fontes* 253): *Quod ad condicionem Anaunorum ...pertinet... , tametsi animadverto non nimium firmam id genus hominum habere civitatis Romanae originem: tamen cum longa usurpatione in possessione eius fuisse dicatur et ita permixtum cum Tridentinis, ut diduci ab is sine gravi splendidi municipii iniuria non possit, patior eos in eo iure, in quo esse existimaverunt, permanere beneficio meo, eo quidem libentius,....*

y Celso-Ulpiano D.50,1,1,2 *in fine*<sup>34</sup>, (y no en el sentido posterior de lugar de origen o procedencia a efectos de determinar las obligaciones ciudadanas).

Hay una clara conexión entre *origo* y ciudadanía, pues el *origo* determina la ciudadanía; desde el s. II el *origo* determina una ciudadanía específica o de lugar y podía concurrir con la ciudadanía Romana. Esto plantea el problema de la admisión en época imperial de la doble ciudadanía.

Ya hemos mencionado que en época republicana existió una tendencia a considerar incompatible la ciudadanía romana con otra ciudadanía (Cicerón *pro Balbo XI*, 28). Esto parece indicar que la ciudadanía romana se contraponía a cualquier otra ciudadanía, latina o peregrina. No cabía una doble ciudadanía, pero en esta época la autonomía ganada por los *municipia* (esto es, comunidades de ciudadanos romanos) exigió la formación de un *status* que regulara la participación de los munícipes en dicha autonomía (y lo mismo en las colonias de ciudadanos romanos), su situación se nivela con las de las *civitates* cuya autonomía es reconocida por Roma. En los *municipia* cabía, por ello, una doble posición jurídica, como ciudadano romano y como munícipe (*municeps*), pero esta ciudadanía específica o de lugar no es designada aún en época republicana como *origo*, ni con un término específico (se trata de explicar con la teoría de las dos patrias —*patria loci o naturae* y *patria civitatis o iuris*— por Cicerón en *de legibus* 2,2,5).

En época imperial desaparece ya, desde muy temprano, esta incompatibilidad, la ciudadanía romana puede concurrir con otra ciudadanía no romana. Esto se explica por el cambio de estructura de las ciudadanías concurrentes, cambio que se deriva, por un lado, de la mencionada nivelación entre municipios, colonias y *civitates* peregrinas, pues la pertenencia a aquéllos se ha convertido en una verdadera ciudadanía, en un *status*, al alcanzar autonomía, y, por otro lado, se produce esta nivelación por la política de extensión y concesión de la ciudadanía romana a grupos cada vez más extensos de población. Esta nivelación provoca una separación y distinción entre la ciudadanía romana y la ciudadanía específica<sup>35</sup> o ciudadanía de lugar (el

<sup>34</sup> *Origo* en el sentido de condición jurídica del individuo: D.50,1,9 (*Nerat. l. 3 membr*): *Eius, qui iustum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet* y Celso-Ulpiano, D.50,1,1,2 (*Ulp. l. 2 ad ed.*)...*neque enim debuisset caveri, ut vulgo quaesitus matris condicionem sequeretur (quam enim aliam originem hic habet?)*...

<sup>35</sup> El *origo* determina la ciudadanía, si su *origo* es una ciudad peregrina será peregrino. La concesión de la ciudadanía a grupos de población cada vez más amplios, lleva a la concurrencia frecuente de dos ciudadanías, ciudadanía romana y ciudadanía específica, pero también a un cambio cualitativo de la naturaleza de esta ciudadanía específica (al modo de los antiguos *municipia*). No tiene ya carácter político sino puramente administrativo y no se sitúa ya en el mismo plano que la ciudadanía romana. Por eso se dice que se produce una fuerte separación entre ambas categorías (v. NÖRR, *op. cit.*).

*origo*)<sup>36</sup>, ambas pueden concurrir, pero son categorías que están en un diferente plano o nivel. Esta separación da lugar, pues, en la segunda mitad del s.II, al desarrollo de la doctrina del *origo* y a un concepto de *origo*, de carácter administrativo y fiscal, como pertenencia a un lugar como ciudadano, a efectos de determinar sobre todo sus obligaciones ciudadanas. *Origo* designa tanto la pertenencia (fiscal) a un lugar, como la posición jurídica ligada a ese lugar.

Ciudadanía romana y *origo* pueden concurrir, pero no se trata de una doble ciudadanía en sentido propio, pues ambas ciudadanía están en un diverso plano o nivel. Se trata más bien de una doble posición jurídica<sup>37</sup>.

3. De manera ocasional se encuentra la expresión *possessio civitatis Romanae*, en la mencionada fuente de comienzos del principado (*el Edicto de Claudio ad condicionem Anaunorum*, Bruns, *Fontes* 253), indicando situación de hecho contrapuesta a situación jurídica, pero equiparables en cuanto al contenido.

En conclusión, respecto a la voz *civitas* se pueden realizar las siguientes observaciones:

a) No se encuentra en las fuentes de la jurisprudencia romana la expresión *status civitatis*. Si aparecen, en cambio, en la citada *constitutio* de la primera época imperial las expresiones *possessio civitatis Romanae* y *origo civitatis Romanae*, en el sentido respectivo de situación de hecho y de posición jurídica. *Possessio civitatis Romanae* indica situación de hecho, cuyo contenido es equiparable a la situación jurídica de ciudadano romano, aunque ambas situaciones, de hecho y de derecho, se contrapongan.

b) Estas expresiones (*origo civitatis*, *possessio civitatis*), en cambio, no se hallan en el vocabulario de la jurisprudencia clásica, debido seguramente al enfoque procesal que ésta dio a las cuestiones de estado. En el terreno procesal, la cuestión de la ciudadanía, ya sea romana ya sea específica, se plantea siempre como una contraposición, como una oposición privativa. Si una persona es ciudadano romano o no lo es. O bien, en otro plano, si es munícipe o no lo es. En alguna fuente aparece la expresión *an quis municeps sit*, cuando se plantea procesalmente la cuestión de si una persona es munícipe o no lo es, si tiene un determinado *origo*

<sup>36</sup> Esto no conduce a una clara distinción entre ciudadanía del imperio y ciudadanía particular, pero tampoco se trata de doble ciudadanía en sentido propio (v. NÖRR, *op. cit.*).

<sup>37</sup> El sentido de *civitas romana* como *status* de pertenencia a un *status* de clase privilegiada decae en época clásica tardía al extenderse la ciudadanía a todo tipo de población y desaparece con la *C. Antoniniana*.

o no. En tal caso deben sacarse las pruebas de la realidad, según se dice en un rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero que nos transmite Papirio Justo (D.50,1,38,5) para confirmar el *origo* (y no de la mera similitud del nombre). Se plantea también aquí la cuestión sobre el *origo* como una oposición privativa; *origo* indica aquí condición, posición jurídica.

c) La ciudadanía es posición jurídica, para ser ciudadano es condición necesaria la libertad, libertad y ciudadanía, por ello, son nociones que van unidas<sup>38</sup>. La ciudadanía romana, a su vez, es requisito para ser *paterfamilias* (varón no sometido a otro) y para tener la *patria potestas* sobre individuos sometidos a él (Gayo 1,55..*quod ius proprium civium romanorum est*).

### C) familia:

No se encuentra en las fuentes la expresión *status familiae*<sup>39</sup>.

El texto fundamental en relación con la «situación en la familia» es:

Gayo, Inst. 1,48: *Sequitur de iure personarum alia divisio*<sup>40</sup>. *Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt.*

En él se establece una *divisio* entre los *sui iuris* y los *alieni iuris*. Esto es lo decisivo en relación con la situación familiar, o se está sometido a otra persona o no se está sometido<sup>41</sup>. Se trata también de una oposición privativa (así, en 1,50

<sup>38</sup> V. VOLTERRA, «La perte du droit de cité d'après les juristes postclassiques», RIDA 5, 1958, 591 ss. , sin embargo Levy, SZ 78,1961, 142 ss, se pronuncia contra la concepción de Volterra que extiende a todo el período clásico la conclusión «no hay libertad sin ciudadanía. Esta última ha tenido mucha trascendencia, pero las conclusiones de Levy aún no han sido refutadas. En un principio parece posible que la ciudadanía romana, o de una ciudad reconocida por Roma, sea condición a su vez de la libertad, pero tal vez llega un momento en época clásica, que estas nociones se independizan, pues hay personas libres que no pertenecen a una ciudadanía real sino ficticia (*latini Iuniani*), o que no pertenecen a ninguna comunidad reconocida por Roma, esto es, a ninguna ciudadanía concreta (*peregrini dediticii, peregrini aeliani*) .

<sup>39</sup> V. *V.I.R. status, familia IV: filiusfamilias*.

<sup>40</sup> Cfr. GAYO 1,9 que contiene la *summa divisio* en libres y esclavos.

<sup>41</sup> GAYO 1,127 si hace una *distinctio*: si el que muere es el padre se hacen en todo caso *sui iuris* los hijos y las hijas, si es el abuelo, los nietos y las nietas no se hacen *sui iuris* sino a condición de no recaer bajo la potestad de su padre,...aquí si que puede observarse ya una clasificación. También existe ya clasificación en GAYO 1,49: *Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

Gayo, cuando empieza el tratamiento de los individuos sometidos a otro, nos indica que cuando conozcamos cuales son los individuos que están sometidos, comprenderemos en el acto cuales son los autónomos ....*si cognoverimus quae istae personae (alieno iuri subiectae) sint, simul intellegemus quae sui iuris sint.*)

En 1,52 y 1,55 Gayo describe quienes están sometidos a potestad: 1,52 *In potestate itaque sunt servi dominorum....* 1,55 *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est....* Los esclavos están sometidos a la potestad de sus dueños.....Están también bajo nuestra potestad los hijos que nosotros procreamos en justas nupcias, o sea, dentro del matrimonio conforme a Derecho. Este derecho (la *patria potestas* al igual que la unión en *matrimonium legitimum* o *iustae nuptiae*) es propio y exclusivo de los ciudadanos romanos<sup>42</sup>.

La expresión *status familiae* (en genitivo) no se encuentra en las fuentes y no podría encontrarse, pues estado o posición de la familia no significa nada, lo decisivo es si se está o no sometido al poder de otro, que es lo que aparece en las fuentes<sup>43</sup>.

*Status filiationis* tampoco aparece en las fuentes. ¿Cuál es la razón?. La razón es de nuevo el enfoque procesal que se da a las cuestiones de filiación. La expresión equivalente a la de *status filiationis* en las fuentes es la expresión procesal «*an filius sit an non*». Por otra parte, esto equivaldría exactamente a estado de hijo «legítimo»<sup>44</sup>, o sea, sometido a un *pater familias*, pues las cuestiones de estado se enfocan desde el punto de vista de la *patria potestas* en el círculo del *ius civile* y de sometimiento a una potestad ajena, la cual sólo cabe en relación con los hijos legítimos, concebidos en *iustae nuptiae*.

Tampoco aparece en las fuentes la expresión *possessio filiationis* (posesión del estado de hijo legítimo), tan sólo aquella fórmula procesal «*an filius sit an non*» propia de los *praeiudicia* donde se deciden las cuestiones de filiación desde el punto de vista de la *patria potestas*. Puesto que *filius* hace referencia al hijo legítimo, nosotros podríamos traducir así, usando una terminología actual, la expresión «*an filius sit an non*»: «si una persona se halla o no en la posesión de estado de hijo legítimo», o bien, traducir esta expresión por: «si una persona se encuentra o no en la situación de hijo legítimo».

<sup>42</sup> Comp. D.1,1,6: con referencia al *ius civile* como *ius proprium*, «...*itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi...*» (v. Wieacker, *RR*, p. 445 y nt. 27).

<sup>43</sup> Véase *VI.R. status*.

<sup>44</sup> En D.1,6,6 el *filius* al que se hace referencia es al hijo legítimo, al hijo por antonomasia como diría Alvaro d'Ors, se habla ahí de *filius* en sentido jurídico, no en sentido biológico, aunque en el texto se aprecia la tendencia a que aquél tienda a coincidir con éste.

Situación de hecho y situación jurídica se refieren al mismo contenido, de manera que la situación de hecho constituye indicio de la existencia de una situación jurídica, aunque, en el caso concreto, esa correspondencia no se dé.

La posesión constante de hijo legítimo como concepto existió en Roma, como queda de manifiesto en una serie de pasajes en los que se hace referencia a determinados elementos fácticos que suministran la prueba que acredita una determinada posición jurídica de hijo legítimo de otro.

#### IV. Posesión de estado y filiación legítima en las fuentes jurídicas romanas

1) En época clásica la situación de hecho de hijo legítimo o, en terminología moderna, posesión de estado de hijo legítimo, está constituida por aquella reunión de hechos que la jurisprudencia ha ido individualizando como indicios de la existencia de una determinado *status*, o situación jurídica de hijo legítimo.

2) El enfoque romano de la cuestión de la filiación legítima se hace, como regla, desde el punto de vista de la *patria potestas*, esto es, importa determinar si el hijo está o no sometido a ésta. Por esta razón no se encuentra en las fuentes la expresión *possessio filiationis/filii* ni la de *status filiationis/filii*. Es, por otro lado, un enfoque procesal que se da en el ámbito del *praeiudicium an filius sit an non*, por el que se declara si una persona está o no sometida a la potestad de otra, esto es, si está en situación de hijo legítimo. *An filius sit an non* constituye, así pues, la expresión equivalente a situación, posición —sea jurídica, sea de hecho— de hijo legítimo, por lo tanto también a la nuestra de posesión de estado de hijo legítimo.

3) A los fines de esta determinación de la situación de hijo legítimo sirve la regla *filius eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur*, la cual se corresponde con la regla de determinación del *pater* (*pater is est quem nuptiae demonstrat*). Ésta requiere la prueba:

- del matrimonio legítimo y
- del nacimiento *ex uxore intra legitimum tempus*<sup>45</sup>. Y la prueba del nacimiento *ex uxore* requiere a su vez la prueba de los siguientes hechos:

<sup>45</sup> Esto es requiere a su vez:

a) la prueba de la identidad del hijo, ya sea por inscripción registral ya sea por posesión de estado respecto al padre: constancia social del nacimiento en la *domus*, o cuando media divorcio antes del nacimiento *nomen* y *fama* son elementos de ésta situación de hecho en Escév. D.40,4,29.

b) respecto a la madre la prueba del alumbramiento *ex uxore*, por declaración ante el registro, prueba de vecinos y otras personas o, en casos más problemáticos (abandono), por declaración posterior de la madre y de la familia del marido (abuelos paternos).

- la identidad del hijo y
- el alumbramiento *ex uxore*.

La prueba de la identidad del hijo la suministra en Escévola D.40,4,29 el *nomen* y la *fama*, esto es, la posesión de estado respecto del *pater*. Este texto recoge un caso de situación de hecho de hijo legítimo ya en plena época clásica, lo que hoy llamaríamos posesión constante del estado de hijo legítimo (*filius*). En este y en otros pasajes<sup>46</sup> se hace referencia a determinados elementos fácticos que suministran la prueba de una determinada posición jurídica de hijo legítimo de otro.

D.40,4,29 (Scaev. 23 dig.):

Uxorem praegnatem repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere. sevi autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est.

Uno había repudiado a su mujer encinta y se había casado con otra. La primera al dar a luz expuso al hijo; éste fue recogido por otro, educado y llamado siempre (continuadamente) por el nombre del (verdadero) padre. Mientras el padre vivió, tanto él como la madre ignoraban si se encontraba en el número de los vivos. Al morir el padre, y ser leído públicamente su testamento, en el que el hijo no era ni desheredado ni instituido heredero, y admitido por la madre y por la abuela paterna que era el hijo, éste posee abintestato la herencia del padre como (hijo) legítimo. Se pregunta si los manumitidos en el testamento son libres o esclavos. Respondió, que, sin duda, no ha de permitirse que se prejuzgue al hijo (su situación de hijo

---

c) la prueba del matrimonio legítimo: la posesión de estado de *matrimonium iustum* junto con la prueba de la *affectio maritalis* hacen prueba de su existencia, como también de la filiación legítima de los hijos nacidos de esa unión; el consentimiento inicial y también el momento del cese de la situación matrimonial en los casos de divorcio es relevante a los efectos del cómputo de los plazos de gestación (nacimiento *intra legitimum tempus*).

<sup>46</sup> V. por ej. D.1,6,6 (Ulp. l. 9 ad Sab.) *in fine*: ...sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.



legítimo) por razón de que el padre ignorase su existencia y que, por esto, como estaba en potestad del padre aunque éste lo ignorase, el testamento no es válido. Pero resulta contrario al favor de la libertad el invalidar la libertad concedida, si los siervos manumitidos hubieran vivido en libertad durante un quinquenio.

La prueba de la identidad del hijo la suministra en Escévola D.40,4,29 el *nomen* y la *fama* (*nomine patris vocitatus usque*), esto es, la posesión de estado respecto del *pater*.

Se trata del caso de un hijo abandonado por la madre, en que el vínculo con la madre, en principio, es desconocido.

La prueba de este vínculo con la madre, o sea, del alumbramiento, se hace necesaria para la aplicación de la regla *pater is est*<sup>47</sup>. Esta prueba se realiza en el caso tratado por Escévola a través de la *agnitio* (que no significa declaración de voluntad o reconocimiento, sino declaración de conocimiento) de la madre y la abuela paterna.

4) Elementos de hecho como el *nomen* y *fama* o como el *adsidue morari* de los cónyuges junto al nacimiento *in domo patris* con conocimiento de los vecinos, que aparece en Ulp.-Jul. D.1,6,6<sup>48</sup>, integran en Roma el contenido de una posesión de estado de hijo legítimo. Esta posesión de estado tiene en igual valor acreditativo de la situación de hijo legítimo (salvo prueba de falta de cohabitación o de *impotentia generandi*) que la prueba suministrada por la inscripción en el registro de nacimientos como resulta de Escev. D.22,3,29,1 (1.9 dig.):

Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. quaesitum est, an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore.

<sup>47</sup> LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, II, Bologna 1964, 68 ss., enumera los hechos exigidos para que opere la regla *pater is est*: 1) existencia de *iustae nuptiae* y 2) el nacimiento: a) *ex uxore* y b) *intra legitimum tempus*. Esta segunda exigencia (nacimiento *ex uxore intra legitimum tempus*) requiere la prueba del parto, de la fecha de nacimiento y de la identidad del hijo.

<sup>48</sup> D.1,6,6 (Ulp. l. 9 ad Sab.):

Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus a fuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, «placet nobis» Iuliani sententia *hunc non esse mariti filium*, non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, *filium non esse*.

Este pasaje hace alusión al Registro oficial de nacimientos tras la reforma de Marco Aurelio, que permite la inscripción de los hijos ilegítimos<sup>49</sup>. El inciso «*ut spurium in actis proffesa est*» se refiere a la *proffessio liberorum* hecha ante el magistrado encargado del Registro y confirma que los hijos espúreos, ilegítimos, pueden ya ser inscritos en él. En un arrebato de ira, la mujer que fue repudiada estando ya encinta, al nacer el hijo lo inscribe, en ausencia de marido, como espúreo (de paternidad no conocida). Luego la madre muere intestada. El *Senatus consultum Orfitianum* (del a. 178 d. C.) permitió que los hijos heredaran a su madre. En el caso tratado en el pasaje, si el hijo era legítimo y estaba bajo la potestad del *pater*, éste se convertiría en propietario de la herencia si ésta era aceptada por el hijo *iussu patris*. La cuestión es si la afirmación del *pater* de que es su hijo legítimo puede ser rechazada a la vista de la inscripción registral donde figura como espúreo. La respuesta del jurista es claramente negativa. El juez es libre de decidir si el hijo es legítimo o ilegítimo, no está obligado por el contenido de la declaración materna que ha sido inscrita en el registro. El registro es un medio de prueba, pero rige en el derecho clásico el principio de libre valoración de pruebas por parte del juez, si la inscripción del hijo como espúreo fue realizada por la madre en un arrebato de ira y no se corresponde con la verdad, no se atiende a la inscripción pues ésta no será adecuada como medio de prueba. El jurista decide que no es la inscripción lo que determina que el hijo esté sometido a la potestad paterna, esto es, no determina su *status* de hijo legítimo, por el contrario, lo que prevalece es el principio de veracidad (biológica como hemos visto también en D,1,6,6). Podría establecerse una comparación con el art. 115 de nuestro Cc., a efectos de su crítica, la inscripción no determina la filiación matrimonial como dice este artículo, sino el nacimiento y la generación.

El mismo valor acreditativo tienen también en época cuasi-clásica, según una constitución de Probo, C.5,4,9, aunque aquí se parte ya de una prueba tasada, dada la preferencia de la prueba documental por influencia de las provincias helenísticas.

C. 5,4,9 (*Imp. Probus ad Fortunato*):

Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.

<sup>49</sup> SCHULZ, *Roman Register of births and birth certificates*, BIDR 1951, 170 ss.

Este es el texto que normalmente se cita como precedente romano de la posesión de estado<sup>50</sup>.

Volterra<sup>51</sup> estima que la declaración jurada hecha delante de los censores constituía la prueba de que aquella unión conyugal era matrimonio legítimo. Pero el rescripto de Probo atestigua que existieron otros medios de prueba del matrimonio. En él no aparece por ningún lado la declaración jurada ante el censor, se habla de la prueba de vecinos (sobre el *uxorem liberorum procreandorum causa in domo habere*) y de *nuptiales tabulae* como medios de prueba del matrimonio. La constitución de Probo se sitúa ya fuera de la época clásica, en época cuasi-clásica en la denominación de Levy, o epiclásica en la denominación de Wieacker<sup>52</sup>. El reinado de Probo se sitúa entre los años 276 y 282 d.C. y hace referencia a una doble posesión de estado (de matrimonio legítimo y de hija legítima). Pero hemos visto que la noción de posesión de estado, no así la terminología que no es romana —ni clásica ni posclásica—, tiene su precedente en plena época clásica.

Esta constitución nos dice que la prueba de vecinos u otras personas sobre el hecho de tener a la mujer en casa con el fin de procrear, sirve de prueba de la existencia de matrimonio legítimo (de la *affectio maritalis*), también para la prueba de la filiación legítima si de esta unión nació una hija, aunque en el caso concreto no existan *tabulae*, esto es, documentos que prueben la existencia del matrimonio, ni relativos al nacimiento de la hija. Las *tabulae ad filiam natam pertinentes*, no hacen referencia directa a la inscripción registral, pero sí a las certificaciones de nacimiento —hechas por escribanos profesionales, no necesariamente oficiales, extrayendo los datos del registro oficial de nacimientos<sup>53</sup>.

Esta *constitutio* parece atribuir a la posesión de estado un carácter subsidiario como medio de prueba del matrimonio y de la filiación legítima frente a la prueba de documentos, pues en época cuasi-clásica la prueba de documentos ha adquirido un carácter prevalente por influencia de las provincias orientales helenizadas, pero la constitución de Probo también dice algo sobre su valor acreditativo del matrimonio y la filiación legítima: «aunque no existan *tabulae*, no es menor la verdad del matrimonio y de la adquisición de la potestad sobre la hija (o sea, de la filiación legítima)»<sup>54</sup> que resulta de la posesión de estado (esto es, de la prueba de vecinos u otras personas sobre el matrimonio —*coniunctio omnis vitae*— y el

<sup>50</sup> V. GARCÍA GOYENA, en relación al art. 109 del Proyecto de Código civil de 1851.

<sup>51</sup> *Istituzioni*, p. 77.

<sup>52</sup> V. MIQUEL, *SZ* 83(1966), p. 525-526.

<sup>53</sup> V. SCHULZ, *op. cit.*, pp. 184, 194.

<sup>54</sup> V. también la referencia al principio de la *veritas* en C.6,23,5 (a. 254), la verdad de la filiación no se prejuzga por la *professio* o la *adseveratio nuncupantium*.

nacimiento en la *domus*, prueba que ya hemos visto mencionada en una fuente de época clásica: Ulp. D.1,6,6). Tiene pues carácter subsidiario, pero conserva su valor como modo de acreditar la veracidad del matrimonio y de la filiación legítima, pues se mantiene el principio clásico de que,

- ni los documentos nupciales son esenciales para la validez del matrimonio, sino el consentimiento de los cónyuges,
- ni la inscripción, ni el documento que la refleja, en época de Probo, determina por sí misma la filiación legítima.

Si ahora comparamos ésta decisión de Probo con el art. 113 del vigente C.c. español, vemos que en éste se considera a la posesión de estado como modo de acreditar la filiación subsidiario, en defecto de inscripción, documento o sentencia. Pero si realmente existiera un paralelismo entre la regulación cuasi-clásica y el art. 113, éste debería aludir al carácter subsidiario de la posesión de estado como medio de prueba frente a la inscripción registral (documento o sentencia...), en vez de aludir a su carácter subsidiario como modo de acreditación, y este paralelismo si que puede observarse en la regulación anterior a la reforma del 81, lo que revela una vez más ese carácter registrista de la reforma de la filiación.