

XVIII

EL DERECHO ROMANO

En su evolución lógica y práctica.

219. Trazadas en los párrafos anteriores las grandes líneas del desenvolvimiento histórico-social del derecho romano, vamos á entrar en los pormenores de su evolución, ocupándonos separadamente de la *familia*, de *las personas*, de *la propiedad*, de *las obligaciones*, del *derecho hereditario*, del *sistema judicial* y del *derecho penal*, concluyendo con los trabajos de codificación y bibliografías que han sido la base del derecho de todos los pueblos de Europa y de los por ella civilizados.

PERSONAS.

220. El patricio romano, como el eupátrida griego, es la única persona que goza de derechos civiles y políticos (confundidos entre sí) en los primeros tiempos del derecho romano; el patricio adquiere mujer por la conquista, por el rapto ó por la compra, en el mismo sentido que adquiere por esos medios, esclavos, bueyes, tierras y otros bienes; el patricio en virtud de ser señor de su mujer es señor de sus hijos habidos de ella, por la misma razón que es

propietario de las crías de sus bueyes y de otros animales. Tal es la idea moral y jurídica de los romanos en la época prehistórica, exactamente conservada y reflejada en la definición que el derecho primitivo da del poder de *pater familiae* sobre su mujer, hijos, esclavos, animales y otros bienes, identificando en una palabra la naturaleza de esos poderes, *patria potestas*, que era realmente el dominio absoluto, derecho de vida y de muerte, que tenía el *pater* sobre su mujer, hijos, esclavos, animales. Este derecho más tarde recibió diversas denominaciones, llamándose *manus* el poder sobre la mujer, *patria potestas* el poder sobre los hijos, *dominica potestas* el poder sobre los esclavos, *mancipium* el poder sobre otro ciudadano (clientes, plebeyos) y *dominium* el derecho sobre las cosas. Pero los plebeyos, como hemos visto, adquirieron en las doce tablas algunos derechos civiles y políticos, iguales á los de los patricios menos el matrimonio (*conubium*) que después les concedió la ley Canuleia, y más tarde todos los derechos políticos, quedando así borrada esa distinción, como la de clientes, y subsistiendo la de personas *sui juris* (el padre con derecho de vida y muerte); y los *alieni juris*, hijos y descendientes, esclavos, extranjeros que no gozaban de ningunos derechos civiles ó políticos, y mujeres que estaban bajo la potestad del ascendiente ó de los hermanos, ó del marido ó de un tutor especial. (1) En cuanto á los hijos

(1) *Capitis diminutio* significaba la pérdida de alguno de estos tres derechos: ciudadanía, patria potestad, libertad; pero en cuanto á derechos de familia no siempre significaba esa frase pérdidas, sino algunas veces cambio y mejora, como en la emancipación del hijo. Los pormenores relativos á púberes é impúberes, infantes etc. así como todos aquellos pormenores del derecho romano

sálieron poco á poco de ese poder absoluto el ascendiente: en el orden política las necesidades de la guerra y de las funciones públicas hicieron que mucho antes de concluir la República los hijos adquirieran capacidad política é independencia de su padre en ese ramo; los censores y la opinión pública moderaban el ejercicio del derecho absoluto del padre; Trajano y Adriano (Fr. 5 D. *ad leg. Pompey.*—Fr. 5 D. *si á parente*) encomendaron á los funcionarios públicos castigasen el uso arbitrario de la patria potestad; Alejandro Severo exigió la intervención de la autoridad para que el padre castigase á sus hijos; (D. Frag. 2 *ad leg. sicar*); Constantino impuso la pena del parricidio al padre que matase á su hijo, sin intervención de la autoridad; la jurisprudencia, ampliando la ley de las doce tablas (Gayo I, 135, Ulpiano X, 1) estableció que el hijo emancipado (vendido) una sola vez por el padre salía de su poder; (pues parece que hasta el siglo 6.^o de nuestra era existían esas ventas de hijos; pero Caracalla y Diocleciano declararon nulas é ilícitas esas ventas por dinero, y Constantino las permitió en caso de necesidad); Justiniano prohibió toda enagenación de los hijos (ley 2 C. de *patribus*); Augusto desde el siglo primero se ocupó en proteger á los expósitos, pero no hay una ley penal contra el infanticidio, á no ser la pérdida de la patria potestad ó que sea aplicable la ley 8 C. *ad legem Corneliam*; la patria potestad sólo corresponde á los varones, pero se concedió por la

que son puramente de lógica y no reflejan las etapas fundamentales de la evolución del derecho, no son materia de la síntesis que estamos haciendo, pues ella no es un curso de derecho romano, ni siquiera elemental, sino una exposición de su desenvolvimiento filosófico,

adopción á las Emperatrices algo parecido á patria potestad de los adoptados; (1) por lo demás, el hijo de familia tenía capacidad plena para actos civiles, sino que esos actos no redundaban en su beneficio, sino en el del padre de quien era considerado como formando una sola persona jurídica; (2) pero tratándose de los peculios obraba en nombre propio y beneficio personal, habiéndose establecido cuatro clases de peculios: el profecticio que consistía en los bienes que daba el padre al hijo para que los administrara, el castrense y cuasicastrense que consistía en lo adquirido por el hijo en la milicia ó en funciones públicas y profesionales, creado el primero por los Emperadores Augusto, Nerva y Trajano y el segundo introducido paulatinamente á imitación del primero; el peculio adventicio fué creado por Adriano que privó á los padres de los fideicomisos que dilapidaban, y lo sancionó definitivamente Constantino y lo amplió Justiniano extendiéndolo á muchas clases de bienes. El hijo salía de la patria potestad por emancipación, ó por pena impuesta al padre, ó por ciertas dignidades públicas conferidas al hijo.

221. La institución de la tutela responde perfectamente (salvos pormenores de poca importancia) á nuestra tutela moderna; y la Instituta de Justinia-

(1) Pues la patria potestad no sólo se adquiría por el matrimonio *romano inter cives*, sino por adopción y arrogación. Sobre la evolución del matrimonio en derecho romano véase la obra de P. Lacombe. *La Famille dans la société romaine*.

(2) Los pretores inventaron la *actio quod jusu* para que el padre respondiese de las obligaciones que con su anuencia contrajese el hijo, así como la *actio in rem verso* para el caso en que se aprovechara de los actos civiles ejecutados por el hijo; y además la *actio de peculio*.

no la define *Vis ac protestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit*. La curatela difiere de la nuestra, pues era realmente la tutela de los incapaces por locura, idiotismo, etc.

222. En cuanto á las mujeres, si no estaban bajo la patria potestad ó potestad marital ó deberían estar sujetas á tutela dada por el padre ó por la ley (Gayo I. 193); (1) esta tutela se convirtió en pura formalidad y se fué debilitando aun antes de la ley Voconia (siglo VI) que prohibió á las mujeres recibir liberalidades por causa de muerte; en el derecho de Justiniano, haciendo á un lado diferencias de pormenor dictadas con la mira de proteger á la mujer, la única diferencia fundamental es la de que la madre no tiene patria potestad.

223. Respecto de libertinos en oposición á *ingenui*, esto es, en cuanto á los esclavos manumitidos, no tenían derechos políticos, pues aunque Apio Claudio les dió derecho de votar, fué iusorio este derecho porque fueron agrupados en las tribus urbanas; las constituciones imperiales les prohibían el ejercicio de funciones públicas, pero hay ejemplos de que las ejercieron y de mucha importacia á partir de la época de Cn. Flavio; la diferencia más radical respecto de los ingenuos á libres por nacimiento era la sujeción al patronato de los Señores que les habían manumitido, patronato que se ejercía en ellos y en los clientes (de que ya hemos hablado); el patronato establecía derechos y obligaciones mutuas, debiendo

(1) Véase Cicerón *pro Murena* 12: *mulieres omnes propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt!* Ya se comprenderá que en el orden político la mujer carecía de capacidad.

el cliente obediencia y gratitud (ley *æilia sentia*), no pudiendo ejercer acciones judiciales contra su señor sin autorización judicial y pudiendo aun volver á esclavitud por ingratitud, según una constitución de Constantino; tenía obligación de alimentar en caso de necesidad al patrono y este era heredero del manumitido si moría sin herederos, y estaba obligado á otras prestaciones que se estipulaban en el momento de la manumisión; el patrono perdía sus derechos cuando no protegía al cliente, ó le acusaba criminalmente; bajo los Emperadores se concedió á los libertinos el derecho de ingenuos, pudiendo llevar el anillo de oro y Justiniano decidió que bastaba la manumisión para adquirir esos privilegios. (1)

224. Los esclavos mejoraron mucho en posición desde el tiempo de la República; (2) el derecho romano sólo conocía tres causas de esclavitud, la cautividad en la guerra (3), el nacimiento por ser hijo de

(1) Entre esas diferencias está la de no poder ser procuradora en juicio, porque la experiencia de una tal *Calpurnia* cuyo lenguaje descompuesto en los tribunales escandalizó, dió lugar á esta prohibición según dice el frag. 1 § 55 D. de *postulando* que copió nuestra ley de Partida (3 tít. 6 P. 3.º)

El manumitido bajo condición suspensiva se llamaba *Stabuliter* mientras no llegaba la condición.

(2) Cree Mayns que desde tiempos anteriores á la escuela estoica y con más razón al cristianismo, reconocieron los romanos que la esclavitud era de derecho de *gentes* y contraria al derecho natural. Véase el § 333 de dicho autor en su obra de Derecho romano. Estaba reservado (dice) al primer Emperador cristiano Constantino en una Constitución que no se incluyó en el código de Justiniano, violar el principio de que sólo por las tres causas que se expresan, podía caerse en esclavitud.

(3) Tanto en pró como en contra de los romanos y por eso se inventó el derecho de postliminio que consideraba al romano cau-

esclavo y la pena impuesta por dos ó tres delitos; el derecho romano facilitó mucho la libertad protegiendo los medios de salir de ella, que eran la manumisión hecha espontáneamente por el dueño, la pena impuesta á éste (por abandono del esclavo en enfermedad ó vejez, por no cumplir lo convenido al comprar á un esclavo o por circunsidar á esclavo cristiano), la usucapación durante diez años, la recompensa legal por algún mérito. Justiniano derogó muchas restricciones que existían respecto de manumisiones irregulares. El esclavo era una *cosa* y se ejercían sobre él los mismos derechos y acciones que sobre las *cosas*; pero como tenía inteligencia y voluntad, podía tener peculio concedido por el señor y obrar en nombre de aquel; los derechos absolutos del amo no estu-

tivo, como si nunca hubiese sido esclavo, y se inventó la ficción que suponía al esclavo romano que moría en esclavitud, muerto en el momento de caer en ella para que se reputase muerto en libertad. La esclavitud fué un progreso, pues en lugar de matar á los prisioneros se les guarda (*servare, guardar, servus, siervo*); "*Omnia in victoria lege belli licere*, dice Salustio, y Vasero citando muchos documentos dice:

"Ni era un abuso della forza, ma un diritto generalmènte riconosciuto quello de *ucidiri á vinti*, et de metere á sacco é á fuoco tutto chio che ad assi apparteneva. . . . La thessa ragione de utitità che aveva in origine consigliato al vincitori di perseverare dall' eccidio le donne é i fanculli, piu tarde indiosse á non distruggere interamente i prigionere di guerra é le popolazioni vinte. . . . Di tali mezzi, quelli che venero piu comunmente é largamente usati, furons il *riscatto* la *vendita*, é la *schiavitù*. . . . "y tanto se extendió el número de esclavos por la conquista y las guerras que "di tempi dell Impero romano erano state cosi larghe le vendite dei prigionieri di guerra, fatti ancha fra la eittá italiane, che doppo il ferocissimo escidio di Ceremona, i captive como vana prenda, cominciarono ad essere uccisi, perché tutta Italia si era acordada á non voler compesare."

vieron durante mucho tiempo moderados, sino por la opinión pública y la acción de los Censores; pero fueron dulcificándose aun en la esfera del derecho; la ley Petronia del tiempo de Augusto prohibió vender esclavos para la lucha de las fieras; Claudio concedió la libertad á los esclavos abandonados en la vejez ó enfermedad y amenazó con pena de homicidio á los amos que matasen á los esclavos en estas circunstancias; otras leyes (Gayo I, 35) prohibieron castrar esclavos, atormentarlos y matarlos sin autoridad de los funcionarios (véase Mayns § 335); puede el esclavo en ciertos casos ser acreedor de su dueño, y por último es reputado sagrado el lugar donde se entierra un esclavo. (Fr. I pr. D. *de religiosis* 11, 17); reflejándose en el derecho romano un sistema de lógica vacilante ó inconciliable para favorecer el sentimiento de la personalidad del esclavo y proteger á la vez la existencia de la institución de la esclavitud, que no pudo abolir el cristianismo, y que el jurisconsulto Florentino declara contraria al derecho natural. *Servitus ets constitutio juris gentium, qua quis, dominio alieno, cotra naturam subjicitur*. (D. l. 4 tit. 5 Lib. 1.º)

225. En cuanto á los extranjeros (*peregrini*), al principio de la República, extranjero era sinónimo de *hostes* (enemigo) (Cicerón de offic. I, 2), y el único medio de salir de ese estado de hostilidad eran las alianzas con tribus ó naciones extrañas; pero muchas veces tenía la primitiva Roma que entrar en arreglos con los vencidos concediéndoles el derecho de ciudadanía sin sufragio, sin *conubium* (matrimonio romano). La ciudadanía romana significaba más que la posesión de derechos políticos, la del *comercium* y el *conubium*, esto es, *justæ nuptiæ* con todos los efectos legales, y el derecho de adquirir dominio y ejercer actos civiles con

arreglo al mismo derecho quiritarario. Los peregrinos gozaban, pues, cuando el comercio atrajo á Roma muchos extranjeros y cuando los tratados ó actas de sumisión por la conquista no fijaba su situación, gozaban de la protección del derecho de gentes y en las provincias de su derecho nacional ó municipal, pero no de la protección del derecho romano (Gayo III, 93). A fines del siglo V de Roma se creó el pretor peregrino (Ley Acilia *repetundarum*) para que conociese de los asuntos de los extranjeros, pues antes el pretor urbano no podía conocer, si aquellos no se valían de la mediación de un patrono, ciudadano romano. Mas tarde se creó un derecho intermedio entre extranjeros y ciudadanos, formándose un verdadero sistema del *jus Latii* ó *jus latinum* establecido para los individuos ó pueblos á quienes se concedía el *comercium*, pero no el *conubium*. La ley Junia Norbana (472) concedió á los esclavos manumitidos irregularmente el *jus latinum* (*latinii juniani*); mas tarde se concedió ese derecho á pueblos enteros; la concesión de la *civitas* por retribuciones pecuniarias se convirtió en ramo del tesoro; y finalmente, una ley, que ya hemos citado de Caracalla, extendió á todo el imperio el derecho de ciudadanía, con lo cual y varias constituciones de Justiniano se extinguió la diferencia entre ciudadanos y extranjeros. (1)

(1) Véanse estas Constituciones citadas por Mayns en el número 212 de su citada obra; véase en el número 13 la nueva diferencia entre las personas establecida por los Emperadores cristianos con motivo de religión, sancionando incapacidades contra hereges, paganos, etc., incapacidades que fueron copiadas en las leyes posteriores de los pueblos bárbaros y en nuestro código de las Partidas. En los primitivos tiempos la plebe no tenía matrimonio: *conubia promiscua habent more ferarum*, se decía de los plebeyos.

FAMILIAS.

La familia romana se constituía por el matrimonio *justæ nuptiæ*, el cual es la fuente de la *patria potestad* y de los derechos á ella anexos, distintos de los que produce el matrimonio del *jus gentium*; la ley Canuleia abolió la prohibición del matrimonio entre nobles y plebeyos y el proceso jurídico que hemos descrito en el precedente párrafo acabó por fusionar el matrimonio romano con el matrimonio del derecho de gentes. Había al principio dos clases de matrimonio, el que colocaba á la mujer bajo el poder del marido y el que la dejaba libre ó bajo la potestad de su padre; el primero se contraía por el consentimiento, pero el poder marital sólo se adquiría (*manus*) por la *confarreatio*, ofrenda religiosa ó *sacramento* en forma de torta de harina (*farreum*) ante el gran Pontífice con diez testigos (parece que esta forma la usaban las clases distinguidas) representando á la decurias. Esta forma desapareció y en tiempo de Tiberio ya no existía. La *coemptio* era la compra de la mujer por medio de una emancipación que hacía el padre ó tutor de ella en presencia de cinco testigos y el libripens; pero en tiempo de Gayo la *coemptio* sólo servía para dar facultad á la mujer para testar, nombrar tutor etc. (*fiducia causa*.) El uso por un año, lo mismo que la posesión de cualquiera otra cosa, daba al marido la *manus*; pero esta usucapación para que no perjudicase al padre de la mujer se podía interrumpir au-