José María Ribas Alba

GÉNESIS DEL DERECHO EN ROMA

PROLEGÓMENOS AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO ARCAICO

tecnos

JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA

GÉNESIS DEL DERECHO EN ROMA

PROLEGÓMENOS AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO ARCAICO

Índice

Introducción

Primera parte. Presupuestos histórico-jurídicos y nacimiento del ordenamiento jurídico Romano
- I. Italia desde el neolítico y el calcolítico
- II. Los indoeuropeos
- III. La Edad del Bronce. La influencia del modelo político de Micenas. Roma a partir del Bronce Medio
- IV. Los primeros pasos de la cultura lacial. La introducción del alfabeto latino
- V. El grupo étnico de los latinos
- VI. Estructura política del nomen latinum
- VII. La relevancia de la distinción entre derecho primitivo y derecho arcaico. ¿Un derecho Romano indoeuropeo?
- VIII. Hipótesis sobre el derecho latino primitivo. Familia y gens. La clientela
- IX. Aes rude: de la permuta a la compraventa. Naturaleza jurídica del sacrificio. Dar y pronunciar
- X. ¿Autodefensa o arbitraje?
- XI. El septimontium y la Roma protourbana
- XII. De los grupos de parentesco al estado: Roma Estado-ciudad
- XIII. Pomerium
- XIV. Populus Romanus
- XV. Conclusiones. Territorio y parentesco

Segunda parte. Principios de antropología jurídica
- I. Antropologías implícitas y antropologías reflexivas
- II. ¿Qué es derecho?
- III. Derecho y ciencia del derecho: la singularidad de Roma
- IV. La antropología realista de los juristas Romanos
- V. El individuo y el grupo
- VI. Caput, anima, genius
- VII. Animus, corpus
- VIII. Homines, humanitas, ius gentium
- IX. Matrimonium I: su función genética en la sociedad Romana
- X. Matrimonium II: ¿de la forma al consenso?
- XI. Matrimonium III: estabilidad y divorcio
- XII. Vivos y difuntos. Pietas. Las transformaciones de la hereditas
- XIII. Las sombras de la desigualdad. La servidumbre
- XIV. Desvalorización del trabajo. La ética aristocrática del otium
- XV. Patriarcado

XVI. Amicitia y fides
XVII. Mandato y stipulatio
XVIII. Relaciones «contractuales» no basadas en la igualdad
XIX. Los perfiles de la donación como finalidad: mutuum, munus y donum. Donación y gratuidad
XX. Actio fiduciae
XXI. Relaciones de vecindad y vida asociativa
XXII. La voluntad como facultad autónoma y propia del ser humano: intencionalidad y culpa
XXIII. Diligentia y officium
XXIV. Los vicios de la voluntad: el error
XXV. El miedo (metus) como vicio de la voluntad
XXVI. El engaño (dolus) como vicio de la voluntad
XXVI. Voluntas y necessitas: Cicerón y los juristas

Conclusiones. El legado jurídico de Roma. La influencia de las categorías del derecho arcaico
I. Tempus. Nativitas. Jano, dios del comienzo
II. Persona

Bibliografía

Índice de fuentes

Créditos

Todo esto es ciertamente poco comprensible para quien se ha formado un concepto de derecho forjado sólo sobre el módulo del derecho del Estado, siendo como es, sin embargo, una realidad que debe explicarse partiendo de los principios que estamos exponiendo. En el mismo sentido constituye una gravísima inexactitud afirmar, como hacen tantos autores, que en las sociedades primitivas el derecho se confundía con las costumbres o la religión. No se trata de confusión o de indiferenciación de elementos que por su naturaleza deberían permanecer separados; lo que ocurre es que en aquellas sociedades primitivas el derecho, que no debe ser considerado menos puro que el propio de otras sociedades más evolucionadas, tiene por contenido una larga serie de principios tomados de la costumbre o de las creencias religiosas.

Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, § 14.

INTRODUCCIÓN

Los estudios acerca de las primeras fases de la evolución histórica del Derecho romano han ejercido desde siempre una fascinación particular sobre los investigadores. En la propia Roma de la época clásica historiadores como Tito Livio o Dionisio de Halicarnaso, anticuarios como Varrón, personalidades polivalentes como Catón el Censor y sobre todo Cicerón —en su *De re publica* de modo particular — o juristas como Pomponio no dudaron en describir, cada uno según sus propios intereses científicos y sus preferencias personales, los primeros pasos del ordenamiento jurídico romano. Ellos, como nosotros, eran conscientes de las dificultades de tal empeño. Los orígenes de las instituciones romanas se situaban en un tiempo prehistórico, al que sólo podía accederse realizando una criba en la selva de los confusos datos que ofrecían las narraciones míticas o las tradiciones orales vinculadas a aquella época primordial.

Ciertamente las obras de los juristas de la época clásica, al menos aquellas que en forma muy parcial han llegado hasta nosotros por medio del Digesto, se inclinan notoriamente hacia el Derecho privado, del que se ocupan con un interés profesional, práctico, más que como historiadores del Derecho. En este ámbito del *ius privatum*, además, el punto de partida se fijó en la primera configuración escrita del *ius civile*, la Ley de las XII Tablas, a mediados del siglo v a.C. Una fecha que a los juristas le pareció suficientemente remota, pero que, consideradas las cosas con perspectiva, debe ser juzgada como muy reciente, puesto que la sociedad romana *urbana* se configuró como tal por medio de la que podemos llamar la *constitutio Romuli*, a mediados del siglo VIII a.C., dando forma estatal a una organización política preexistente. Por tanto, no hubo con Rómulo un momento inicial en sentido absoluto, pese a que, en contra de otras interpretaciones, hayamos de concederle el valor de suponer un punto de inflexión esencial en el transcurso milenario de la experiencia jurídica romana. Así pues, por diversos motivos, nuestras fuentes jurídicas disponibles no suministran demasiada información y la tarea investigadora debe integrar esos pocos datos con el resto de las fuentes escritas y arqueológicas. De todas formas, el principio de conservación propio de todos los ordenamientos antiguos hace posible la recuperación, por fuerza muy incompleta, de los rasgos esenciales del primer Derecho romano e, incluso, de los principios esenciales del ordenamiento jurídico precívico. Por ello, la reflexión crítica sobre el *ius civile* llevada a cabo con una finalidad histórico-jurídica puede dar frutos en este campo difícil de la indagación sobre los orígenes.

Los constantes progresos en la arqueología del Lacio y de la Urbe han propiciado un redescubrimiento de «Roma antes de Roma». Es claro que nunca llegaremos a poder reconstruir en todos sus perfiles los diversos aspectos de esta sociedad

primitiva, pero tampoco cabe a estas alturas mirar para otro lado, hacer como si este tipo de información no tuviera valor ni hubiera de ser tenida en cuenta por los historiadores del Derecho, por los romanistas, so pretexto de una desacreditada *Isolierung* (aislamiento) de los estudios jurídicos respecto a otros saberes. Este «aislamiento» podría valer en la construcción de una teoría sistemática de orden intemporal, pero no tiene cabida en los estudios de historia jurídica. Evidentemente esta ampliación de nuestros conocimientos ha producido —tendría que producir— una formulación nueva de la materia de los *primordia*, ampliando los horizontes al menos hacia la frontera del año 1000 a.C. y situando la Roma precívica, es decir, anterior a la fundación de la Ciudad, en el contexto cultural de la Italia central de la Edad del Bronce y del Hierro.

Por supuesto hace mucho tiempo que quedaron por completo fuera de lugar aquellas presentaciones de la primera historia del Derecho romano describiendo una ciudad de Roma aislada, rural, endogámica, ajena a las influencias culturales de su entorno, en una palabra, *primitiva*. Por el contrario, cuando Roma nace como Ciudad, la sociedad romana tiene ya a sus espaldas una pesada carga de evolución histórica y jurídica. Administra un pasado. Además, el centro de Italia había conocido o conocía la influencia de culturas como la micénica, la griega y la fenicia; Etruria, con un desarrollo urbano ligeramente anterior al de la propia Roma, pudo servir parcialmente de modelo y muchos elementos de la cultura y el Derecho estrusco —el Derecho augural— fueron absorbidos por los romanos. Cabe afirmar, por tanto, que el Derecho romano del siglo VIII a.C. no supone ni el comienzo del Derecho ni el comienzo del Derecho romano, entendido también como el ordenamiento jurídico que sirvio de presupuesto a la fundación de la Ciudad.

El nacimiento de Roma, en sentido estricto, es el nacimiento de una forma estatal: el *populus Romanus*. Un Estado no surge de la nada. Presupone un desarrollo político-jurídico anterior. Debemos sostener con rotundidad que las tesis primitivísticas deben quedar excluidas. Con ello queremos decir que uno de los propósitos de esta obra consiste precisamente en impugnar una aproximación al primer Derecho romano conocido como si éste fuera el Derecho de una sociedad elemental. Por el contrario, la Roma del siglo VIII a.C., como venimos repitiendo, era ya una sociedad compleja, que conocía la estratificación social, el poder institucionalizado, el dinero, diversas formas de propiedad y de comercio.

Se hace preciso, por tales motivos, postular una distinción entre Derecho primitivo y Derecho arcaico. Esta tesis la hemos planteado en su dimensión más general en una obra inmediatamente anterior a ésta, *Prehistoria del Derecho*. Ahora procuramos aplicarla al caso romano. Pensamos que la citada distinción puede clarificar notablemente el estudio del primer Derecho de Roma. Es obvio que esta dicotomía posee exclusivamente un valor instrumental y que las zonas limítrofes entre ambos tipos de Derecho se prestan a todo tipo de debates y controversias. Pero incluso reconociendo estas debilidades, permanece firme el principio de que es necesario separar los ordenamientos jurídicos de las sociedades no estatales de aquellas que han logrado acceder al nivel estatal. El Derecho romano arcaico ha de ser estudiado

partiendo de la base de que su configuración se realizó transformando, ajustando, instituciones anteriores, algunas de ellas milenarias, tanto en la esfera pública como en la privada. Es un error común hacer coincidir el primer Derecho romano con las instituciones del Derecho arcaico, afirmando, por ejemplo, que el formalismo propio de este tipo de ordenamientos constituye el inicio de la evolución jurídica. No es así: el formalismo se superpuso a un Derecho anterior, en el que los negocios jurídicos no formales constituían el grueso de las figuras jurídicas. A este *no-formalismo* originario fue volviendo el Derecho romano posterior: el fenómeno se observa sobre todo en el campo de los contratos consensuales, vinculados a una variante de la *fides* originaria, matizada como *fides bona*; lo mismo podemos decir del matrimonio o de los modos de transmitir la propiedad, entre los que la *mancipatio* no pudo ocupar un primer lugar cronológico.

En este libro nos proponemos como objetivo indagar en los antecedentes de este primer Derecho romano. No pretendemos ser exhaustivos, sino presentar los primeros resultados de un análisis que deberá ser completado o al menos retomado en el futuro. Añadimos una investigación sobre los presupuestos antropológicos del ordenamiento jurídico en Roma. Diríamos que estos presupuestos, presentes ya en los primeros desarrollos de la historia del ordenamiento romano, marcaron de forma muy clara la evolución posterior y, en particular, la gran aportación de Roma al mundo del Derecho que no es otra que el haber construido una ciencia jurídica que, gracias a la calidad de su elaboración, pervive como modelo y como referencia hasta la actualidad.

El libro se centra en las realidades institucionales del mundo romano en la época de los orígenes. Para dar nombre a estas instituciones utilizamos los términos latinos que conocemos. Resulta evidente que no debemos caer en la ingenuidad de pensar que estas figuras jurídicas, aunque ya expresadas en latín, necesariamente fueran nominadas con un catálogo de expresiones cuyos testimonios no llegan a la época precívica y sólo en algún caso, como el de la inscripción[1] del *lapis niger* en el Comicio, se sitúan en la época monárquica. Dicho de otra manera: el problema de la originaria denominación de las realidades institucionales debe quedar al margen de la investigación. Nos basta constatar, en la medida de lo posible, la presencia de estas realidades, las cuales son nombradas con los términos que, según el estado de nuestros conocimientos, parecen ser más cercanos —al menos en su significación— a los que debieron ser empleados entre el 1000 y el 700 a.C.

Una última observación. Hemos optado por añadir un subtítulo, *Prolegómenos al estudio del Derecho romano arcaico* porque somos conscientes de que ofrecemos al lector un *work in progress*, una investigación cuyo completo desarrollo y resultados deberá todavía esperar una profundización de los principios que en estas páginas han sido propuestos como un punto de partida en el análisis del primer Derecho romano.

---

1 B. Santalucia, en Momigliano, Schiavone (1988) 430, alega esta inscripción en su defensa de la posibilidad de leyes escritas en la época regia; para la referencia contenida en el texto a la *sacertas*, *sakros esed*, puede consultarse, dentro de una amplísima bibliografía: Fiori (1996) 208-209.

PRIMERA PARTE

PRESUPUESTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS Y NACIMIENTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO

I. ITALIA DESDE EL NEOLÍTICO Y EL CALCOLÍTICO

Probablemente las técnicas de la agricultura y la ganadería llegaron a Italia en torno al 5000 a.C., comenzado por la región de Apulia, la primera que experimentó la influencia del Neolítico difundido en Europa desde Grecia, donde el proceso de cambio había comenzado sobre el 6500 a.C.[1]. Tampoco allí el fenómeno surgió de manera independiente, sino que provenía del Creciente Fértil y de Anatolia.

El igualitarismo propio de las sociedades del Neolítico final[2] termina cuando se entra en la fase que llamamos Calcolítico o Edad del Cobre. La metalurgia del cobre no es sino un aspecto, aunque muy relevante, de este desarrollo tecnológico, político y jurídico que marca la frontera entre las sociedades neolíticas y aquellas en las que empiezan a afirmarse un nuevo nivel cultural que producirá, pasado algún tiempo, el fenómeno urbano. El Calcolítico se hace presente en la península italiana en torno al 2700 a.C.[3] y presenta en la zona central rasgos de una cierta originalidad respecto al sur peninsular, mucho más influido por otras culturas mediterráneas, sobre todo las de origen griego. Es de particular significación la cultura de *Remedello* (Brescia), con tumbas de inhumación individual que parecen predominar sobre las colectivas. Asimismo, la cultura *Rinaldone* (Viterbo) identificable en el Lacio y Toscana. En Campania encontramos la cultura de *Gaudo*: en esta necrópolis se han hallado unas cincuenta tumbas de inhumación colectiva, de tipo hipogeo. Durante el Calcolítico reciente en el sur y centro de la península se constata la presencia del Vaso Campaniforme[4].

Tal vez sea oportuno recordar que existe un desfase evolutivo entre el Calcolítico europeo y el mesopotámico y egipcio: en estos casos el comienzo de la fundición del cobre se sitúa en torno al 4500 y al 4200 a.C., aproximadamente. Hacia el 3500 a.C. surge la escritura en Súmer[5], expresión de una sociedad compleja que llegará muy pronto a la plena forma estatal, en una variante que podemos llamar ciudad-templo, primera manifestación histórica de la *revolución urbana*[6]. A partir de entonces, por lo que se refiere por lo menos al ámbito europeo, este factor de la irradiación cultural desde estos primeros focos debe ser tenido en cuenta, aunque no excluya por completo la existencia de procesos evolutivos independientes. En líneas generales Italia experimentará esta influencia a través de Grecia y la zona de los Balcanes. El proceso repite de alguna manera lo que ya ocurriera respecto a la difusión de la

agricultura y la ganadería.

II. LOS INDOEUROPEOS

Es preciso mencionar ahora el problema de las lenguas y los pueblos indoeuropeos, por las repercusiones que este asunto tiene sobre el estudio de la prehistoria de Roma y de su Derecho más antiguo —repercusiones que comentaremos más adelante en esta obra—. Sigue siendo naturalmente un problema abierto, tanto en el plano lingüístico como en el de sus derivaciones sociales y jurídicas, concretadas en la identificación de una originaria patria de origen, *Urheimat*, y en la existencia de un posible Derecho propio de esta sociedad primera indoeuropea —o protoindoeuropea—, con el que se regía este «pueblo originario» o *Urvolk*. También la existencia de una ideología indoeuropea, tal como ha sido construida destacadamente por Dumézil, se ve lógicamente condicionada por las decisiones que se tomen en torno al problema indoeuropeo desde consideraciones estrictamente históricas. Retomaremos más adelante estas consideraciones.

Frente a la tesis dominante de una migración indoeuropea producida en el tercer milenio a.C., parece preferible la hipótesis de C. Renfrew, según la cual la zona este de Anatolia podría ser la cuna primitiva del primer indoeuropeo hacia el 7000 a.C., tal vez un milenio antes[7]. Esto quiere decir que la lengua indoeuropea se halla vinculada a un pueblo agricultor y ganadero y que la difusión de estas técnicas neolíticas supondría al mismo tiempo la extensión de esta primera lengua indoeuropea, posteriormente diversificada. Dicho de otro modo: fue la dispersión de las técnicas neolíticas desde Anatolia o el sur de Rusia la que provocó el éxito de la lengua hablada por estas primeras sociedades neolíticas. Ni siquiera, en el modelo de Renfrew, es preciso postular la existencia de migraciones[8], entendidas como movimientos de pueblos enteros, una hipótesis que al autor le parece desacreditada por los estudios más avanzados de arqueólogos y prehistoriadores. Más bien el fenómeno debe ser descrito como un proceso gradual: «La teoría de la lengua-agricultura/ganadería contenía la hipótesis de que la agricultura-ganadería llegó a Europa (nos referiremos de nuevo a Irán y a la India más adelante) no sólo a través de la adquisición de las especies vegetales y animales necesarias por parte de los distintos pueblos mesolíticos preexistentes, sino a través de desplazamientos sucesivos, durante generaciones, de agricultures-ganaderos campesinos. El efecto gradual acumulativo del simple desplazamiento individual de unos pocos kilómetros en busca de nuevas tierras de cultivo, se traduce, tal como Ammerman y Cavalli-Sforza demostraron con su método de la oleada de avance, en la expansión de una nueva población cuyos descendientes son documentables en lo esencial a lo largo de sucesivas generaciones de agricultures-ganaderos, hasta llegar a las áreas de la primera agricultura-ganadería rudimentaria original y su población respectiva en esa época»[9].

Compatible con esta hipótesis es la afirmación de una separación entre el griego y

el latín (y otras lenguas indoeuropeas itálicas) hacia el 3300 a.C.[10]. Por su parte, el etrusco, lengua no indoeuropea, vinculada a una inmigración lidia[11] tal vez minoritaria, la cual pudo ser el germen y dar lugar a una cultura cuyos primeros pasos se producirían antes del 2000 a.C., una cultura que floreció como sociedad urbana en el IX a.C., influyendo de manera notable y directa en los primeros pasos de Roma como ciudad-Estado, particularmente en su Derecho constitucional.

III. LA EDAD DEL BRONCE. LA INFLUENCIA DEL MODELO POLÍTICO DE MICENAS. ROMA A PARTIR DEL BRONCE MEDIO

A partir del 2000 a.C. entramos progresivamente en la Edad del Bronce. En este segundo milenio destaca una cierta uniformidad cultural en todo el ámbito italiano, como demuestra el tipo de cerámica utilizada, las armas, las herramientas y utensilios de uso cotidiano. Dado que los yacimientos de este período son especialmente abundantes en la zona de montaña del centro peninsular, se suele hablar por parte de los arqueólogos, en un sentido amplio, de *cultura apenínica*, desarrollada aproximadamente entre el 1800 y el 1200 a.C. Encontramos aldeas permanentes con una economía mixta, basada en la agricultura sedentaria y en la trashumancia[12], ayudada muy probablemente por la utilización del caballo, utilizado primeramente como animal de carga[13]. Han sido descubiertos poblados con estos rasgos socioeconómicos en el Lacio —Lavinio, Ardea, Sátrico— e incluso fragmentos de cerámica apenínica en Roma, aunque no existe evidencia en este último caso de la presencia de un asentamiento estable antes del Bronce Medio[14]. En realidad, como afirma Renato Peroni, hasta el final del Bronce Medio debe estimarse que los asentamientos humanos (estimados hasta entonces en decenas de habitantes), fundados exclusivamente en relaciones de parentesco, sólo perduran en un mismo lugar durante algunas generaciones[15], de modo que falta el fundamento esencial que permita hablar de una organización política territorial.

Precisemos un poco más lo que podemos decir sobre la Edad de Bronce italiana. La cultura más relevante del Bronce antiguo es la de *Polada*, entre el 1800 y el 1400 a.C. Se trata de poblados lacustres cuyos habitantes desarrollaron una actividad basada en el cultivo del cereal y en la ganadería. Utilizaban arcos para la caza, canoas, carros de cuatro ruedas y arados. A fines del Bronce antiguo aparece la *cultura de las Terramare*, con centro en el occidente de la región de Emilia[16]. Al igual que en el caso anterior, se constata la existencia de un comercio con sociedades del exterior. En los yacimientos situados más al sur existen pruebas de intensos contactos con Micenas.

Dada la influencia cultural —política y jurídica— que la civilización micénica ejerció sobre la península italiana[17], no será superfluo presentar alguna información sobre sus rasgos generales. Su desarrollo tiene lugar durante el Heládico Reciente, entre el 1600 y el 1100 a.C. La sociedad micénica se encuentra formada por un conjunto de Estados-ciudad. Entre ellos sobresale el que le da nombre, Micenas.

Junto a ella, centros importantes como Pilos, Argos, Tirinto, Tebas, Atenas y otros. Micenas significa la recepción de la institución estatal en el continente Europeo. Parece obvio que el fenómeno se produce precisamente en este ámbito geográfico por su cercanía con el mundo anatólico, mesopotámico y egipcio, muy probablemente a través de la Creta minoica. Micenas conoció la escritura, denominada Lineal B. Gracias a su desciframiento por parte de M. Ventris y J. Chadwick sabemos que estamos ante una forma de griego precedente del clásico[18]. El ejército micénico utilizaba una infantería pesada (con una completa armadura de bronce), caballería y carros de combate. El Estado estaba dirigido por un rey-sacerdote, el cual controlaba una administración fuertemente centralizada de clara base territorial y fuerte organización militar profesionalizada en lo que respecta a los mandos. El archivo de Pilos permite cierto conocimiento de las formas de propiedad de la tierra. Ésta se hallaba dividida entre el rey-sacerdote, los nobles, los propietarios libres. Se da, pues, una distinción entre tierras de titularidad pública y privada; en este último caso el beneficiario tiene que realizar las correspondientes prestaciones al rey, organizadas mediante un derecho tributario de nivel estatal. Como sabemos, hacia el 1100 a.C. Micenas desapareció y dio comienzo la denominada Edad Oscura en Grecia, de la que gradualmente renacerá la Grecia clásica[19].

En todo caso, es a partir del Bronce Medio cuando según todos los indicios el sitio geográfico de la futura Roma empieza a ser habitado en forma permanente y continuado hasta la actualidad. Se trata de un primer asentamiento claramente preurbano, que pudo tener sus orígenes en torno al 1400 a.C.[20] situado en el Capitolio. A partir de ese momento, de manera progresiva, se registran huellas humanas que se van extendiendo primero al Palatino y al Foro —desde el 1000 a.C.[21]—; más tarde al Esquilino y al Quirinal[22].

Durante el Bronce Final (entre el 1200 y el 750 a.C., aproximadamente)[23] se generaliza en Europa el uso del bronce y, por tanto, la tecnología agraria y militar con él relacionadas. Durante esta época encontramos sociedades de jefatura, dirigidas por grupos aristocráticos que residen en poblados muy fortificados, pero que todavía no alcanzan el nivel estatal. En la zona norte de la península italiana del Bronce Final la cultura de las Terramaras se ve influida por la cultura de los Campos de Urnas, con su conocida utilización de la incineración y depósito de los restos en urnas bicónicas.

En el norte y centro de Italia florece durante el Bronce Final la llamada cultura Proto-Villanoviana, anterior a la cultura de Villanova (esta última ya de la Edad del Hierro), que llega hasta el 900 a.C. El examen de sus tumbas de incineración permite concluir que se trata de una sociedad igualitaria, es decir, claramente preurbana.

IV. LOS PRIMEROS PASOS DE LA CULTURA LACIAL. LA INTRODUCCIÓN DEL ALFABETO LATINO

Con la entrada de Italia en la Edad del Hierro se perfila por vez primera la existencia de una cultura diferenciada en el Lacio, *Latium*, contemporánea de la

cultura de Villanova, ésta ya en contacto con los colonos griegos llegados a Italia en el siglo VIII a.C.[24]. La denominada cultura lacial, cuya primera fase corresponde en realidad a la Edad del Bronce Final, que sirve como período de transición: entre el 1000[25] y el 900 a.C. Tradicionalmente la cultura lacial se divide en cuatro fases: la segunda, entre el 900 y el 770; la tercera, entre el 770 y el 720; la cuarta, período orientalizante[26], entre el 720 y el 580 a.C. Nosotros renunciamos en este libro a entrar en la descripción de este desarrollo general, dado que nos debemos centrar en los antecedentes del nacimiento de Roma desde una perspectiva histórico-jurídica. Por otra parte, como comprobará el lector, defendemos una fundación de Roma en el siglo VIII a.C., y no un modelo de lenta maduración que llegaría a su culminación en el siglo VI a.C., tesis esta última que sigue siendo la mayoritaria en el campo de la arqueología y la historia antigua[27].

Para los inicios de la cultura lacial la documentación disponible consiste prevalentemente en las tumbas descubiertas en lugares como los montes Albanos, Roma, Lavinium y Antium. Urnas que contenían las cenizas junto con un conjunto de objetos de cerámica y de bronce en miniatura dentro de un recipiente circular, *dolium*, enterrado en un pozo; en algunos casos «se depositaba incluso una estatuilla humana toscamente modelada[28]. El dato más curioso consiste en la urna en forma de cabaña, esto es, un recipiente para guardar las cenizas en forma de casa en miniatura»[29] —que se generalizan en la fase II de la cultura lacial (900-770 a.C.)—. Esta costumbre funeraria no tiene paralelo en ninguna otra región italiana —salvo cuando llegan por influencia latina—. Sea cual fuere el sentido exacto de la utilización de estas figurillas antropomorfas, lo que sí parece evidente es que se trata de una manifestación particular del culto a los difuntos, rasgo por otra parte general de todas las sociedades primitivas y arcaicas.

Por la relevancia que tiene este factor en el nacimiento y consolidación de Roma como Estado-ciudad, es preciso que realicemos una referencia a la introducción del alfabeto. Lo haremos utilizando la información que suministra T. J. Cornell[30]. El alfabeto occidental aparece aproximadamente en el 800 a.C. Resulta ser una adaptación del sistema fenicio a los sonidos griegos. Posiblemente antes del 700 a.C., con los debidos ajustes, se utiliza para representar los fonemas de la lengua etrusca. En torno a esa misma época se empezó a utilizar también para el latín. Parece que etruscos y latinos tomaron directamente el alfabeto de los griegos[31]. Precisamente la primera inscripción griega conocida apareció en el Lacio y se data en fecha anterior al 770 a.C. En todo caso, el uso de la escritura en Roma para recoger actos normativos como serían las *leyes regias*, *leges regiae*, muy probablemente data desde los comienzos de la fundación de la Ciudad[32]. Se cumple así una correlación básica de alcance universal entre el nacimiento o la recepción de la escritura y el surgimiento del Estado como forma superior de organización política.

Volvamos ahora nuestra atención sobre algunos aspectos sociales y políticos de esta cultura lacial. Señala Martínez-Pinna[33] que en la primera fase del Hierro en el Lacio, en la valoración del número y calidad de los yacimientos arqueológicos, se

observa «un desplazamiento del centro de gravedad hacia la región de los montes Albanos». La hegemonía de Alba se mantiene durante el siglo IX a.C. Junto con Alba, las fuentes testimonian el liderazgo de Lavinio (Pratica di Mare). La influencia política de ambos centros decayó en beneficio de Roma, pero mantuvieron un cierto protagonismo en épocas posteriores como lugares religiosos. Las Ferias Latinas en honor a Júpiter Laciar se celebraban cada año en el *Mons Albanus*. En Lavinio tenía lugar un culto anual de Eneas y de los Penates[34]. Existían otros lugares de culto muy antiguo: como el de Diana en Aricia[35], junto al lago de Nemi, con su famoso *rex nemorensis*, un esclavo fugitivo que obtenía el puesto tras matar al rey anterior, momento en el que quedaba a la espera de ese mismo destino trágico[36]. Es muy probable que la noticia que tenemos sobre una asamblea[37] de los pueblos latinos en el *Lucus Ferentinae* se remonte a estos tiempos primitivos. Y que junto con Alba y Lavinio, hubieran existido en tiempos prehistóricos otros lugares que temporalmente hubieran ejercido algún tipo de predominio político y religioso.

V. EL GRUPO ÉTNICO DE LOS LATINOS

Roma fue siempre consciente de su pertenencia a esta comunidad étnico-cultural y lingüística que agrupaba a los habitantes del antiguo Lacio[38], designada más tarde como *res Latina* y más habitualmente *nomen Latinum*, de acuerdo con una forma habitual de denominar una realidad compleja pero dotada de identidad unitaria[39]. No sólo la lengua, la religión de los latinos debió ser común, como demuestra no sólo la existencia de los ritos y fiestas antes mencionados, sino también la altísima probabilidad de que los tipos de sacerdocio correspondían a un modelo común cuya estructura nace en este momento histórico: *reges*, flámines, salios, augures, pontífices, vestales y feciales[40] fueron sacerdocios presentes en todo el territorio lacial. Conviene precisar que la defensa de esta identidad cultural latina no excluye ni las influencias griegas, ni las etruscas, ni las que proceden de las ciudades-Estado fenicias. Pero debe quedar claro, en particular por lo que se refiere a la primera de las influencias citadas, la proveniente de Etruria, que en ningún modo puede defenderse un origen cultural etrusco como factor determinante[41]. Más bien esta *koiné* medio-itálica debió de formarse por acumulación de influencias recíprocas internas y externas: sólo en este sentido puede admitirse la idea de una comunidad cultural etrusco-latina[42].

La matriz de la que surgirá Roma como ciudad-Estado es precisamente este *nomen Latinum*, en la línea de la interpretación que propuso en su momento P. Frezza, es decir, partiendo de la existencia de un ordenamiento jurídico latino, fundado en un vínculo federativo entre grupos iguales[43] cuya dimensión política se manifestaba en una representativa asamblea común —a la cual ya hemos hecho referencia—[44] y cuya conciencia *jurídica* unitaria se expresaba y reafirmaba en el rito anual de las Ferias Latinas, *feriae Latinae*. De hecho, Varrón vinculaba la identidad latina al derecho de pedir en el sacrificio del Monte Albano *un trozo de carne del culto* (*De*

lingua Latina 6, 25). Lo que conocemos de las magistraturas del *nomen Latinum* en época posterior confirma que originariamente no existían cargos públicos, magistraturas, permanentes[45].

El *nomen* Latinum es, pues, un grupo étnico. Podemos definir un *ethnos* como «un sólido agregado, históricamente establecidas en un territorio determinado y que poseen en común particularidades relativamente estables de lengua y cultura, y que reconocen también su unidad y su diferencia respecto a otras formaciones similares (autoconciencia) y que lo expresan mediante un nombre autodesignado (etnónimo)»[46]. El grupo étnico no es sino *un* presupuesto de entre los posibles para que surja un ordenamiento jurídico. La etnicidad y la organización político-jurídica no siempre coinciden, ni existe un tipo único de organización. De hecho, muchos Estados modernos fueron o son en realidad grupos étnicos institucionalizados. En el caso del *nomen Latinum* es obvio —por las evidencias arqueológicas y el testimonio de las fuentes— que no estamos ante una formación estatal —pese a que no hayan faltado sostenedores de un Estado-estirpe latino[47]—.

VI. ESTRUCTURA POLÍTICA DEL *NOMEN LATINUM*

A la estructura política de este grupo étnico pre-urbano se refiere un conocido pasaje de Plinio el Viejo (*Naturalis historia*, 3, 69). La lista conservada, pese a los problemas observados por los especialistas, debe ser considerada sustancialmente genuina[48]. Reproducimos el texto:

> Junto a éstos, están los pueblos (*populi*) Albenses que tienen la costumbre de tomar la carne en el Monte Albano, a saber: Albani, Aesolani, Accienses, Abolani, Bubetani, Bolani, Cusuetani, Corioliani, Fidenates, Foreti, Hortenses, *Latinienses*, Longulani, Manates, Macrales, Munienses, Numinienses, Olliculani, Octulani, Pedani, Polluscini, *Querquetulani*, Sicani, Sisolenses, Tolerienses, Tutienses, Vimitellari, *Velienses*, Venetulani, Vitelleses.

Lo más interesante de este texto, como escribe Cornell, no reside en los datos que ofrece, sino en los que no contiene. «Algunos nombres pertenecen a todas luces a lugares conocidos históricamente, como Bola, Coriolos, Fidenas y Pedum, pero ninguno de ellos se encontraba en la primera división de las ciudades latinas. Faltan, en cambio, los principales centros del período histórico, como, por ejemplo, Tibur, Preneste, Túsculo, Aricia, Lavinio, etc. Y naturalmente la ausencia más llamativa es la de la propia Roma. Algunos pueblos son, por lo demás, absolutamente desconocidos. Otros se definen en relación con comarcas geográficas, como, por ejemplo, los tolerienses, que presumiblemente corresponden a los habitantes de los valles de los ríos Toleno y Tucia»[49].

Estos *pueblos* componían el *nomen Latinum* en los comienzos de la Edad del Hierro. Se trata de asentamientos numerosos pero poco poblados (la lista no debe de ser exhaustiva y de hecho el número de treinta, por su simbolismo y ser múltiplo del tres que servirá de base a la primera ordenación constitucional romana[50], sugiere una opción artificial). Estamos ante comunidades de aldea. Manifestación externa de una

organización política preurbana, que debió de evolucionar desde un tipo igualitario, basado en grupos de parentesco asentados territorialmente de manera estable, hacia una sociedad estratificada económicamente, en las forma de los primeros pasos de una jefatura (formación anterior a la urbana estatal).

La antropología social conoce múltiples ejemplos de este tipo de sociedades preestatales[51], que, por comodidad, podemos llamar segmentarias —subrayando la ausencia de un poder político superior— o tribales, para destacar en este caso la mencionada conciencia de una clara unidad e identidad cultural. En el ámbito latino la descripción de esta organización social posee una denominación específica: el de sociedad o sociedades gentilicias, dado que el nombre de *gens* designa[52] en latín precisamente un grupo de parentesco amplio y anterior[53] a la *civitas*. Tales sociedades igualitarias, cuando se dan los presupuestos adecuados, evolucionan hacia formaciones estratificadas del tipo jefatura (*chiefdom*), vinculadas a una aristocracia guerrera.

El propio texto de Plinio el Viejo sugiere de manera velada pero identificable la evolución citada en el párrafo anterior, es decir, el tránsito desde una organización de tipo igualitario hacia otra que conoce ya la estratificación social y política. En efecto, el enciclopedista romano cita junto a los treinta *pueblos* la presencia —hay que entender posterior en el tiempo— de núcleos urbanos más desarrollados. Sin embargo, para ellos reserva el término de *oppidum*, no el de *urbs*, *urbe*. ¿Cuál es el motivo de esta opción? Se entenderá mejor la decisión de Plinio si recordamos que para el Derecho constitucional romano la ciudad en sentido jurídico pleno, la *urbs* respecto a otros centros habitados, *oppida*, requiere un ritual de fundación y la inauguración de un límite santo, el pomerio (Varrón, *De lingua Latina* 5, 32, 143). Por tanto, la presencia de estos *oppida* latinos, cualquiera que fuese la terminología original, pueden entenderse como expresión de una organización política superior a la de los *pueblos*, pero no urbana en sentido estricto. Los *oppida* marcarían el tránsito desde la sociedad tendencialmente igualitaria de los *pueblos* a las sociedad estratificada preestatal que llamamos jefatura.

El problema es muy complejo porque el Lacio como tal no evolucionó directamente desde una fase preurbana —segmentaria o tribal— hacia una jefatura unitaria que después, tras una consolidación de las estructuras jerárquicas, se transformara en un Estado único, un Estado latino. Aquí, como en Etruria o en Grecia, la transformación desde la fase preurbana dio lugar a una diferenciación de comunidades jerarquizadas. Cada una de ellas, como es el caso de Roma, experimentó una evolución individual hacia el régimen de jefatura y desde esa identidad política ya singularizada y no común a todo el *nomen Latinum*, se produjo el salto a la forma estatal. Sólo en un momento muy posterior —que no interesa a los objetivos de esta obra— una de esas ciudades-Estado, Roma, pudo llevar a cabo una verdadera unificación política.

Dicho de otra manera, el grupo étnico latino, que en la Edad del Hierro inicial —probablemente mucho antes— debe ser considerado como una entidad política unitaria, como un verdadero ordenamiento jurídico[54], aunque segmentaria y de tipo

«tribal», sin órganos de poder permanentes ni centralizados, desapareció como entidad política cuando sus elementos más activos experimentaron una transición individual —cada uno de ellos por separado— al régimen de jefatura y desde allí a la forma del Estado-ciudad.

El lugar de Roma, en esta época inicial de la Edad del Hierro, estaría representado en el texto de Plinio por tres *populi*: *Latiniensi*, *Veliensi* y *Querquetulani*[55].

VII. LA RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PRIMITIVO Y DERECHO ARCAICO. ¿UN DERECHO ROMANO INDOEUROPEO?

Para captar el desarrollo jurídico de las formaciones pre-estatales en el mundo antiguo se hace preciso distinguir entre Derecho primitivo y Derecho arcaico[56]. Denominamos Derecho primitivo al que rige las sociedades que transitan desde las formas más elementales de organización en el Paleolítico hasta los momentos inmediatamente anteriores al nacimiento del Estado. Puede dividirse a su vez en Derecho de las sociedades paleolíticas, neolíticas y de la Edad del Cobre (en su caso, como el del Lacio y Roma, engloba también la Edad del Bronce y la del Hierro en sus primeras fases[57]). Cubre, por tanto, una gama diversa de organizaciones: desde la de las bandas de cazadores y recolectores hasta las jefaturas del Calcolítico (o de la Edad del Bronce o Hierro), pasando por toda la gama de sociedades agrícolas de tipo neolítico. Cabría afirmar que las sociedades de jefatura marcan la frontera entre ambos tipos de Derecho, dado que las jefaturas comparten con los ordenamientos jurídicos anteriores el rasgo decisivo de ser sociedades fundadas en el parentesco. A la vez, las jefaturas, son como Estados incipientes: se atribuyen el monopolio del poder político y se fundan en distinciones jerárquicas que mediatizan las formas de propiedad.

Por su parte, el Derecho arcaico comienza cuando una sociedad alcanza el nivel estatal. El Derecho arcaico viene a coincidir con el nacimiento o la incorporación de la escritura, utilizada en la compleja administración política de los Estados, sobre todo en el ámbito tributario. Llegado el momento es habitual que se produzca una «codificación» del Derecho. Frente al Derecho primitivo, oral[58], respaldado por formas de control social poco estables e informales, el Derecho arcaico se fundamenta en una autoridad política centralizada territorialmente y apoyada en una burocracia y un ejército muy desarrollados. El surgimiento del Estado, del Estado-ciudad del mundo antiguo, provoca una crisis del parentesco como modo exclusivo de cohesión social[59]. La jurisdicción se convierte en una competencia pública. Los actos jurídicos privados van progresivamente incorporando el uso de la escritura, un poco a imagen de lo que ocurre prioritariamente en el ámbito público.

Proponemos esta distinción porque nos parece esencial precisar al menos estas dos fases en el caso de la génesis del Derecho latino y romano. El uso indiscriminado de *primitivo* y *arcaico* es la consecuencia de una visión demasiado plana del desarrollo jurídico en las sociedades del mundo prehistórico y antiguo. Concretamente, en el

caso de los estudios de Derecho romano, esta confusión proviene de una visión *primitivística* de lo que en realidad fue el ordenamiento jurídico romano. En la literatura sobre esta materia, como puede constatarse consultando los manuales de introducción histórica, suele ser habitual agrupar en una primera época *primitiva o arcaica* las primeras fases del Derecho romano. El problema historiográfico se agrava cuando esta indiferenciación se superpone a la aceptación de la teoría de que la ciudad-Estado de Roma surge en una época más reciente, pongamos el período final de la Monarquía o los comienzos de la República. En todos estos casos, se confunde lo primitivo con lo arcaico y se termina por transferir a esta última categoría elementos que en realidad surgieron mucho antes y fueron posteriormente modificados de forma muy profunda. No será superfluo añadir que tampoco la economía romana puede ser calificada de primitiva, sino que de su estudio resulta un panorama muy complejo articulado en diversas formas de producción desde la época monárquica[60].

La visión erróneamente primitivística del Derecho romano se observa de un modo especial en aquellos planteamientos, como el de Ihering o recientemente el de G. Sabbatini[61], que procuran trazar una vinculación directa entre un hipotético Derecho indoeuropeo y las primeras instituciones jurídicas romanas. Para empezar, el «factor indoeuropeo» debe ser retrasado en su cronología y muy probablemente no coincide, además, con la convicción habitual de que consistió en una migración en sentido estricto. Siguiendo las tesis de C. Renfrew, ya mencionadas, cabe afirmar que el primer lenguaje indoeuropeo —y, por tanto, su primera difusión y su trasfondo institucional— coincide en Europa y Asia con la invención de las técnicas neolíticas de la agricultura y la ganadería. Por tanto, el Derecho indoeuropeo es propiamente hablando un Derecho primitivo del Neolítico.

El intento de proyectar sobre la Roma histórica unas supuestas instituciones indoeuropea supone saltarse milenios de evolución jurídica intermedia. Evidentemente, no negamos la influencia que la propia lengua indoeuropea ha podido ejercer sobre las concepciones jurídicas de las sociedades posteriores, como la latina y, específicamente, la romana. Pero el nacimiento de Roma y de su Derecho tiene unos antecedentes inmediatos en la Edad del Bronce y del Hierro. Digamos que lo indoeuropeo, sin que pretendamos negar su existencia, no puede ser sobreestimado. La utilización de supuestas pruebas léxicas no suponen un obstáculo para nuestras consideraciones. Es cierto, por ejemplo, que la palabra latina *rex*, la irlandesa *ri*, el galo *rix* y la raíz sánscrita *raj-* prueban la existencia de una expresión originaria en indoeuropeo. Sin embargo, de ahí no puede sacarse la conclusión de que el «pueblo indoeuropeo» conociera la institución monárquica. Como afirma Renfrew, el punto decisivo no está en la palabra misma, sino en su significado, el cual ha podido transformarse a lo largo del tiempo. El «*rex*» indoeuropeo pudo significar primeramente no «rey» en el sentido que posteriormente se dio al término, sino líder u hombre importante en algún sentido, quizá exclusivamente religioso[62].

En este sentido, pese a la profundidad admirable de sus conocimientos, tampoco son aceptables los presupuestos del análisis de Dumézil. El orden jerárquico que

plantea para la «sociedad indoeuropea», con un sistema tripartito expresado en una tríada de divinidades (que en Roma serían Júpiter, Marte y Quirino), es el propio del sistema estratificado de los Estados. Pero la primera o primeras sociedades indoeuropeas —incluso aceptando una migración en el tercer milenio— no pudieron disponer de esta estructura estatal; más bien se trataba de grupos igualitarios basados en un sistema de parentesco gentilicio[63].

VIII. HIPÓTESIS SOBRE EL DERECHO LATINO PRIMITIVO. FAMILIA Y *GENS*. LA CLIENTELA

La estructura jurídica del *nomen Latinum* de los comienzos, dada la falta de una autoridad política centralizada y estable, se fundaba en las relaciones de parentesco, en una continuidad de fondo con el sistema de la Edad del Cobre en Italia. En esta fase, por tanto, existía un Derecho común aplicado a las diversas comunidades laciales y, por tanto, también en Roma.

Estamos ante un principio general de las sociedades preurbanas, reconocido universalmente por prehistoriadores y por antropólogos sociales. Aquí, como en todas partes, el punto de partida viene constituido por la familia nuclear[64], que en el Derecho romano posterior será denominada *familia proprio iure*. Varias familias relacionadas a lo largo de generaciones daban lugar a un grupo de parentesco amplio que podemos denominar *gens*. El examen de las fuentes romanas permite concluir que la *gens* de la época posterior a la fundación de la Ciudad[65], siendo también un grupo de personas vinculadas por su parentesco, debe ser diferenciada de estos grupos parentales preestatales, los cuales, con nombres muy diversos, han sido bien estudiados por la disciplina de la antropología social[66]. Esto no impide, desde luego, que en la reconstrucción de la *gens* anterior a la Ciudad, se tomen elementos de la estructura del grupo gentilicio posterior, dado que existen indudables elementos comunes. La propia conciencia jurídica romana parece aceptar una cierta línea de continuidad entre las gentes anteriores a la Ciudad y las que son propias de un primer desarrollo urbano. La recepción en la Ley de las XII Tablas de los *gentiles*, especialmente en la regulación de la sucesión intestada (a falta de *heredes sui* y de un *agnatus proximus*) marca este criterio de continuidad. Sin embargo, estos *gentiles* del siglo V a.C. no pueden ser equiparados a los que integraban una *gens* en la época precívica: la estratificación social inseparable del Estado produce una diferencia sustancial. De hecho, en la ideología patricia, triunfante a principios de la República, uno de los elementos básicos reposa en la idea de que los plebeyos *no tienen gentes*[67]; esta pretensión se funda en un principio aristocrático de exclusividad —con repercusiones[68] en el ámbito de la admisión a las magistraturas, sacerdocios y en el disfrute del *ager publicus*— que no tiene nada que ver con el primitivo concepto de *gens* o clan, en el que las diferencias políticas sólo derivaban de la edad y del sexo; si bien es cierto que con el nacimiento de la clientela surge el germen de la diferenciación social. Pero la clientela no es un fenómeno originario, sino que se sitúa

en la antesala de las transformaciones sociales que producirán la quiebra de la sociedad gentilicia.

Por otra parte, existe el problema de la interconexión entre la *gens* y la aldea o *pagus*. La escasez de información disponible no permite formular ninguna conclusión sobre la concreta interconexión entre la estructura territorial de las aldeas y la estructura parental gentilicia. No sabemos si a cada aldea correspondía una *gens*, si éstas habitaban varios centros o si, una misma aldea pudiera ser la sede de varias *gentes*. Todas estas combinaciones —y variantes más complejas— se hallan registradas en los catálogos que ofrece la antropología social.

Hemos aludido repetidas veces al hecho de que en estos momentos la posición social y jurídica del individuo depende esencialmente del parentesco. En este tipo de sociedades preestatales el grupo de parentesco unilateral *hace las veces* —pero no coincide— de lo que más tarde será el Estado. Esta visión política de la *gens* no presupone en ningún caso que su estructura y funciones correspondan con la forma estatal. Es decir, frente a los críticos de esta *teoría política*, la cual normalmente es atribuida a Bonfante, al menos como introductor o divulgador de la misma en los estudios romanísticos, cabe afirmar que la defensa del carácter político de la *gens* no quiere decir que se defienda la existencia del Estado desde los primeros tiempos de la historia del género humano o un Estado latino[69]. No será superfluo subrayar que una cosa es la organización política de una *sociedad*, sociedad en el sentido que da a este término Santi Romano, la cual puede variar notablemente según los casos; y otra muy distinta es el Estado, una específica forma de organización política centralizada y estratificada.

El enigma de la formación de cada *gens* ha sido iluminado por P. Frezza, presentando la hipótesis de que este fenómeno de inclusión fuera completado por medio del mecanismo de adición del *consortium* doméstico: una forma de agregación que por su propia elasticidad permitía el agrupamiento de *consortes* sin más límites que los que imponían las circunstancias fácticas y la gestión del patrimonio según un principio igualitario. En esta fase anterior a la Ciudad el *paterfamilias* no es de ningún modo el titular del patrimonio familiar. Sus poderes de gobierno, quizá no tan intensificados como en la época monárquica, coexisten con el principio igualitario respecto a la titularidad de los bienes familiares[70].

El nexo entre la familia y la *gens* mediante el denominado *consortium ercto non cito* o comunión familiar explica, asimismo, que la *gens* carezca de un jefe único y estable: el hipotético pero inexistente *pater gentis* defendido por Bonfante. Tanto las *gentes* como las vinculaciones intergentilicias, las que estructuran el *nomen Latinum*, son sociedades *anárquicas*, acéfalas, las cuales sólo recurren a un líder en momentos específicos, singularmente para dirigir las campañas bélicas[71].

Hablamos de parentesco unilateral porque la determinación del círculo de parientes se constituye siempre eligiendo, bien la línea femenina, bien la línea masculina. En el caso latino es la línea masculina la que se toma en consideración para construir el grupo de parentesco suprafamiliar. La necesidad de acudir a un parentesco unilateral se basa precisamente en clarificar de forma precisa la

pertenencia al grupo, que tiene que ser único, para dar certeza y fortalecer el mantenimiento de la cohesión entre individuos. Este tipo de parentesco se denomina agnación (*agnatio*, pero también *cognatio legitima* o *civilis*; Gai. 3, 10). Se contrapone al parentesco *natural*, bilateral, fundado exclusivamente en los lazos biológicos[72]. La prioridad temporal del sistema agnaticio ha dejado huellas evidentes en la terminología latina del parentesco. Damos algún ejemplo, sin pretensión alguna de entrar de lleno en el fondo del asunto: el tío paterno se llama *patruus*; el tío materno *avunculus*; el primero, con un nombre vinculado con el de padre, *pater*, era percibido en la sociedad romana como caracterizado por una especial severidad; en el derecho de familia y hereditario ocupaba un lugar importante tanto en las expectativas sucesorias como en el desempeño de la tutela y de la curatela; por el contrario, el *avunculus*, «pequeño abuelo», sin responsabilidades jurídicas dado que falta el vínculo de la agnación, era valorado como una persona próxima emocionalmente, dada la ausencia de derechos u obligaciones que puedan tensar la relación. Parecida posición a la del *avunculus* tiene la tía materna, llamada por ello *matertera* (*quasi mater altera*: Festo, Lindsay, 121). Por su parte, la hermana del padre, *amita*, combina las exigencias del papel femenino con las de la agnación; parece desempeñar una función menor respecto a los tres casos anteriores[73].

Así pues, la *gens* (plural *gentes*) se constituye como un grupo de personas —*gentiles*— que proceden por línea masculina (de forma real o imaginaria) de un ancestro «fundacional»[74]. Los *gentiles* tienen en común el nombre familiar, *nomen*, que distingue a todos los que forman parte de la *gens* y que el sistema onomástico romano mantendrá incluso cuando estos grupos gentilicios hayan perdido casi todo su vigor. Es posible que en sus primeros desarrollos el grupo gentilicio, dejando intacta la estructura menor de las familias nucleares, estuviera fundado sobre un tipo de parentesco que los antropólogos denominan clasificatorio[75]. En este tipo de sistema, existen nombres de parentesco que incluyen más de un tipo de relación genealógica. El término *gentil* pudo haber sido empleado en este sentido general, clasificatorio, como, por citar un ejemplo, ha ocurrido y ocurre en otros grupos sociales con el término *hermano.*

Pero sobre todo conviene recordar que la *gens* era una unidad política, económica, religiosa y de defensa frente al exterior. Hay una solidaridad gentilicia que se manifiesta especialmente en el campo del derecho penal. Sin embargo, en ella no existe, como sabemos, una centralización del poder, sino que los miembros más destacados de las diversas familias que la integran, los «ancianos», los «padres», *patres*, toman las decisiones por consenso. Este mismo sistema se aplica a las relaciones intergentilicias, en las que las asambleas representativas deben ser entendidas como consejos de ancianos, en los que se reúnen los personajes de más influencia[76].

Dada la información que tenemos de sociedades situadas en este mismo nivel de evolución, es muy probable que la *gens* se atribuyera la titularidad de la *propiedad* de la tierra, entendida más bien en el sentido moderno de la soberanía[77]: el cultivo se realizaría por medio de un sistema de atribución temporal de los diversos lotes, según

el esquema de lo que después será la *possessio* del *ager publicus*. Es incluso posible que se aplicara un mecanismo similar al de la cuota y derecho de participación del Derecho germánico, según la teoría de M. Weber[78]. En realidad resulta muy problemático aceptar sin matizaciones la dicotomía propiedad y posesión tal como la conocemos para la época urbana. Este esquema de asignación de las parcelas de tierra entre las diversas familias, se extenderá más tarde a los clientes y persistirá respecto a éstos incluso en época urbana. En todo caso, estamos ante un problema abierto, dada la falta de fuentes. No sabemos en qué momento esta estructura de uso de la tierra en la que predominaba clarísimamente el principio comunitario empezó a coexistir con la propiedad privada. Sabemos que la propiedad privada sobre los bienes muebles debe considerarse una constante en la historia de la humanidad. El problema se concreta en la propiedad de la tierra. Los estudios que sobre este asunto se han realizado en sociedades primitivas llevan a la conclusión de que en grupos humanos anteriores al Estado aparecen ya formas diversas de propiedad pública y privada[79].

El igualitarismo general de la sociedades agrícolas y ganaderas gentilicias no se mantuvo inalterado, sino que en un momento que desafortunadamente no podemos precisar pero anterior en todo caso al siglo VIII a.C. aparece una primera forma de diferenciación social[80], fenómeno trascendente porque supone el primer paso en el camino hacia la estratificación general que encontramos como rasgo propio de las futuras sociedades de jefatura y estatales. Nos referimos a la clientela. Estamos ante un grupo de individuos sometidos, no siervos[81], que se encomendaban a la *fides*[82] del grupo gentilicio como forma de lograr una protección eficaz. A estos clientes se les concedía el uso en precario[83] de parcelas de tierra, de acuerdo con un modelo que ha sido equiparado al del feudalismo[84]; como contrapartida, se integraban en el *ejército* gentilicio cuando la ocasión lo requería. Importa subrayar que la institución de la clientela es anterior al del nacimiento de los plebeyos: estos últimos son el resultado de una sociedad estatal y, por tanto, dividida en clases. Esta distinción es de tipo institucional; por ello es compatible con la aceptación de una cierta continuidad social, fáctica, entre los integrantes de la clientela y los primeros plebeyos[85].

Por último, cabe añadir que suele admitirse que la *gens* es un grupo exogámico[86], es decir, sus miembros contraen matrimonio con personas de fuera del grupo.

Respecto a la familia en sentido estricto, *proprio iure*, podemos afirmar que en esta época precívica venía configurada como un *corpus*, es decir, como una realidad supraindividual distinta de sus miembros. Es cierto que el *paterfamilias* disponía ya de intensos poderes de gobierno y de administración; sin embargo, aún no se había producido el fenómeno jurídico de la concentración en su persona de la titularidad de los diversos derechos personales y patrimoniales. En particular, en el régimen del culto doméstico, los *sacra*, los sepulcros y el patronato de épocas muy posteriores persisten rasgos de esta titularidad originariamente familiar, no individual[87]. El *consortium* doméstico, que mantenía la propiedad familiar indivisa constituye otra muestra de esta primitiva concepción familiar. En lo que respecta al ámbito hereditario el propio concepto de «sucesión», no de transmisión, se explica porque la

herencia se configura en realidad como un ocupar el lugar de otro en la gestión de los bienes comunes. La familia era concebida como lo permanente, al menos ése era el modelo que procuraba perseguirse, dada la particular fragilidad de la existencia individual en estos tiempos pretéritos.

En la época primitiva —anterior a la fundación de la *civitas*— la familia gozaba —utilizando nuestra forma de decir— de personalidad jurídica. El *paterfamilias* era el líder y el administrador del patrimonio familiar, en el cual participaban también los hijos, los cuales, al morir el padre *no se considera que adquieren la herencia sino más bien que consiguen la libre administración de sus bienes* (D. 28,2,11). El fundo familiar era inalienable[88] (es decir, no se puede enajenar, transmitir), pasaba necesariamente de una generación a otra. Existía un vínculo entre la familia y la tierra[89]: en el propio fundo reposaban los antepasados de la familia y allí recibían culto como verdaderos partícipes de la vida familiar. Los herederos por excelencia, *sui heredes*[90], son los continuadores de la religión doméstica, es decir, de las tradiciones, creencias y cultos propios de la familia. El conjunto de esos ritos se llama *sacra familiaria*. Existían dos tipos de divinidades familiares. Por un lado, los Lares (protectores del fundo), los Penates (protectores de los recursos materiales), el fuego sagrado. Por otro lado, las almas de los antepasados, que reciben diversos nombres según el aspecto que quiera destacarse: *Manes*, *Maiores*, *Di Parentes*. Un aspecto muy relevante del culto a los difuntos es el antes mencionado derecho del sepulcro, *ius sepulchri*. El régimen jurídico precívico relativo a los sepulcros se mantiene después en los denominados sepulcros familiares (a los cuales se contrapondrá desde finales de la República los sepulcros hereditarios). Este *ius sepulchri* familiar era un elemento de la herencia de carácter indisponible. El hecho de que en época clásica el hijo, incluso desheredado, conserve la titularidad del *ius sepulchri*, demuestra que éste se remonta a la época en la que[91] el sepulcro —y su régimen jurídico— formaba parte indisoluble de la familia.

IX. *AES RUDE*: DE LA PERMUTA A LA COMPRAVENTA. NATURALEZA JURÍDICA DEL SACRIFICIO. DAR Y PRONUNCIAR

Diversas formas de dinero fueron utilizadas en Italia desde el Neolítico. Como en algunas otras sociedades primitivas, el ganado fue empleado como dinero, según demuestra el sustantivo abstracto *pecunia*; pese a que el significado originario de la expresión, **peku*, significaba «riqueza o posesión mobiliaria» y, sólo como significado secundario la riqueza por excelencia, el ganado[92]. Todavía en el siglo V a.C., las leyes *Aternia Tarpeia* y *Menenia Sextia*, de los años 454 y 452 a.C.[93], fijan el tope máximo de las multas que podían imponer los magistrados sin sometimiento a la *provocatio ad populum* utilizando para el cómputo las cabezas de ganado y el equivalente metálico correspondiente (30 bueyes y dos ovejas o 3.020 ases —en *aes signatum*—)[94]. La Ley de las XII Tablas, 451-450 a.C., establece sólo sumas dinerarias, por lo que podemos concluir que a mediados del siglo V a.C. el dinero

metálico se sitúa en el centro del mecanismo de intercambio en la vida cívica. Por su parte, el uso posterior del término *salarium* sugiere que en época primitiva la sal, también a semejanza de otras sociedades conocidas, fue usada como dinero; igualmente el cuero, como afirman algunas fuentes[95].

Sin embargo, durante la Edad del Bronce se introdujo la práctica de utilizar trozos de esta aleación, tal vez a principio sólo cobre[96], con valor dinerario. Se trataba de piezas muy irregulares de diversas formas y pesos, a diferencia de lo que ocurrirá sólo más tarde, en época monárquica para el caso de Roma, cuando la administración estatal respalde de alguna manera el valor de la pieza, tal vez sólo la cualidad del metal, con un sello oficial impreso en ella, *aes signatum*. Plinio el Viejo (*Naturalis historia* 33, 42, 43[97]) ofrece la noticia, respaldada por la arqueología[98], de que fue el rey Servio Tulio quien primero introdujo esta forma dineraria del *aes signatum*[99], durante el siglo VI a.C.

El denominado *aes rude* constituye, pues, la primera forma de dinero metálico conocido en Italia central. El uso relativamente generalizado de esta forma dineraria debió de coincidir con el nacimiento del negocio jurídico de la compraventa, pese a que también aquí como en otros muchos aspectos de esta investigación, nos movamos en el terreno de la hipótesis. En todo caso, la introducción del dinero implica el tránsito de la permuta o trueque a la compraventa.

Lo que sí parece evidente es que en la época del *nomen Latinum* la estructura económica era lo suficientemente compleja como para haber provocado el abandono de la primera forma de intercambio, la de las sociedades más primitivas, que es la donación. Lógicamente esto no quiere decir que la donación desaparezca, sino que pierde su papel protagonista en las relaciones económicas. La donación, como se verá en la segunda parte de este trabajo, siguió presente en varios ámbitos, en los que la gratuidad es la regla. Por otra parte, conviene recordar que en algunos casos del registro de la antropología social está documentado el dato de que un mismo bien pueda ser utilizado como dinero en las transacciones exteriores, mientras que para los intercambios dentro de un grupo determinado (familia, grupo gentilicio) se sigue utilizando como objeto de donaciones[100].

Una prueba muy clara de la transformación operada en la economía de la época gentilicia en el sentido indicado, es decir, en el de la relativa exclusión de los negocios jurídicos gratuitos como mecanismo central de las transacciones *exteriores* a la familia o a la *amicitia* radica en la ausencia absoluta en las fuentes de cualquier indicio del intercambio de mujeres en las alianzas matrimoniales. Esta institución del *intercambio* de mujeres[101], recibiendo y ofreciendo hermanas en sentido descriptivo o clasificatorio, posee un carácter universal y aparece en una u otra variante en todas las sociedades primitivas más elementales.

Por el contrario, en el ordenamiento del *nomen Latinum* es muy probable que existiera una modalidad de lo que más tarde conoceremos[102] como *coemptio*. La *coemptio*, sistematizada por la jurisprudencia pontifical como una forma de la *conventio in manum*, no es sino la etapa final evolucionada y particularizada en el *ius civile* de otra institución común en el primer Derecho matrimonial: el denominado

precio de la novia. Con independencia de que los especialistas convengan en advertir que no se trata propiamente de una compraventa en sentido propio, sí resulta claro que el precio de la novia implica el traspaso de una cantidad de bienes como compensación de la pérdida sufrida por la familia de la mujer dada en matrimonio. Esa compensación consiste funcionalmente en una cantidad de dinero. Así pues, si el intercambio de mujeres puede ser considerada una forma primigenia de la donación —donaciones recíprocas—, el *precio de la novia* representa, por el contrario, una situación en la que, aunque matizada por un significado simbólico que hace que no quepa hablar de una compraventa en sentido puramente económico, locia de una forma anterior de la *coemptio* está indicándonos que el clima general de los intercambios económicos entre grupos se halla presidido por la institución del dinero, o lo que es lo mismo, por la compraventa.

Sin embargo, el mecanismo de la donación se mantiene históricamente estable en un ámbito esencial de la vida jurídica de estas sociedades —y de todas las sociedades primitivas, arcaicas y antiguas—. En este campo la donación se comporta como la forma básica y predominante de relación intersubjetiva. Nos referimos a las relaciones que la sociedad como grupo —también a nivel familiar o individual— establece con los espíritus de los antepasados y con los dioses mediante la institución del sacrificio. Ciertamente, las teorías y debates sobre la esencia del sacrificio[103] ocupan un lugar de cierto protagonismo entre los historiadores de la religión, antropólogos y cultivadores de otros saberes limítrofes. En algunos casos se niega esta naturaleza de donación, para resaltar con Robertson Smith el aspecto de comunión. Otras veces se argumenta desde la psicología social, señalando que el sacrificio es una forma sublimada de la pulsión de matar propia del *homo necans*, un modo de encauzar la agresividad propia de las pautas de comportamiento del *homo sapiens sapiens*, sobre todo en la caza y en la guerra. En nuestra opinión, éstas y otras posibles interpretaciones no deben entenderse como alternativas, sino que son todas aprovechables en el examen de este acto jurídico universal y misterioso del sacrificio. Ahora bien, desde el punto de vista del análisis jurídico, estimamos que el sacrificio consiste en una manifestación de la donación. Se equivocan quienes aplican aquí una visión pragmática expresada en la fórmula tantas veces citada del *do ut des*. El sacrificio, para que lo sea realmente y no traslade su ejercicio y finalidad al ámbito de la magia, el sacrificio como acto religioso, exige la gratuidad. Ello es así porque con el sacrificio se reconoce la *fides* y la *maiestas* de la divinidad[104], su superioridad. El sacrificio se articula como un vínculo del inferior hacia el superior de modo que una visión fundada en principios utilitarios excluiría de antemano su eficacia. Supondría una falta de respeto hacia la *dignitas* del dios.

Dejemos por el momento el ámbito de la gratuidad, el de la donación y el sacrificio, para situarnos de nuevo en las consecuencias que el uso del *aes rude* produce en los negocios jurídicos entre particulares. Es cosa evidente que entre la donación o las donaciones recíprocas —simultáneas o aplazadas en el tiempo— se sitúa la permuta. La compraventa debió de imponerse como negocio jurídico típico cuando el uso del *aes rude* apartó cualquier duda sobre una posible interpretación de

los intercambios no gratuitos como simples modalidades de trueque o permuta. Ello ocurrió en esta época que hemos dado en llamar de la sociedad gentilicia o del *nomen Latinum*. Constituye un fenómeno jurídico muy significativo que la jurisprudencia romana clásica, de una época en la que tanto la organización política como la económica han experimentado la que Childe llamó *revolución urbana*, haya tenido que *repensar* la naturaleza jurídica y la protección procesal de la permuta, en una época en la que el contrato de compraventa había desplazado al que sin género de dudas es su antecedente histórico[105]. La compraventa primitiva consistía en un intercambio simultáneo de cosa y precio.

En la jurisprudencia queda una huella de los problemas interpretativos que debió de suscitar el tránsito desde la permuta a la compraventa, dudas que se centran lógicamente en el concepto de *precio*, dada la multiplicidad originaria del tipo de cosas que podían funcionar como dinero. D. 18,1,1, pr.-1 (Paulo, 33 *ad edictum*)[106]:

> El origen de la compra y venta está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero, ni se denominaba a una cosa mercancía y a la otra precio, sino que cada uno permutaba las cosas inútiles por otras útiles según las necesidades de los tiempos, porque acontece frecuentemente que le sobra a uno lo que al otro le falta. Pero como no siempre ni con facilidad sucedía que teniendo tú lo que yo deseaba, tuviese yo, a mi vez, lo que a ti te interesaba recibir, se eligió una materia cuya valoración pública y perpetua evitase, mediante la igualdad de cuantía, las dificultades de las permutas. Y esta materia, marcada con un signo público, implica un uso y dominio que no se basa tanto en la entidad específica como en la cuantía; desde entonces no constituyen ambas cosas mercancías, sino que una de ellas se denomina precio. (1) Pero se duda si hoy puede darse una venta sin monedas como cuando doy una toga para recibir una túnica. Sabino y Casio opinan que hay una compraventa en este caso; Nerva y Próculo lo consideran permuta y no compra. Sabino se sirve del testimonio de Homero, que habla de la compra de vino por el ejército griego a cambio de bronce, hierro y hombres, en aquellos conocidos versos (Ilíada 7, 472): «El cabelludo Aqueo compró allí vino / unos por bronce o por brillante hierro / otros por cuero o por los bueyes mismos / otros, en fin, dieron en cambio sus siervos». Pero estos versos parecen referirse a una permuta y no a una compra, como aquellos otros (Ilíada 6, 234): «El Crónida Zeus a Glauco enajenó, / que con Diomedes Tydeida armas trocó». Más bien a favor de esta opinión se diría lo que en otra parte dice el mismo poeta (Odisea 1, 430): «Comprado había con sus propios bienes». Pero es más verdadera la opinión de Nerva y Próculo, porque, así como una cosa es vender y otra comprar, uno el comprador y otro el vendedor, así también una cosa es el precio y otra la mercancía. Y en la permuta no puede distinguirse cuál es el comprador y cuál el vendedor. (2) La compra es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante el consentimiento y puede contratarse entre ausentes, por mensajero o por carta.

La compraventa al contado[107] y sin requisitos de forma debe considerarse la primera modalidad de este negocio en época primitiva precívica. Su importancia no puede ser subestimada, como parece derivarse de algunas interpretaciones[108], las cuales insisten en situar estas primeras figuras fuera del ámbito propio del *ius*. El formalismo posterior, que se impone en los momentos de transición entre la sociedad gentilicia y la urbana, no eliminó estas primeras modalidades. Muy probablemente fueron tuteladas desde los orígenes con el procedimiento de los arbitrajes *privados* y en época muy posterior protegidas por las denominadas acciones de buena fe.

Este tipo de compraventa contiene una *conventio* pero no es un negocio consensual. Mantiene aún la impronta de su origen próximo, la permuta y ésta, a su vez, del antecedente de dos donaciones conectadas por la reciprocidad. Una consecuencia de largo alcance de esta genética del intercambio no gratuito consistirá en la distinción que el Derecho romano posterior aceptará como incuestionable entre

el negocio creador de obligaciones y los modos de adquirir la propiedad. En esta primera época, la puesta a disposición, la entrega, *traditio*, de la disponibilidad fáctica de la cosa fue el único modo de transmisión de la propiedad. Al igual que en esta compraventa, también en el préstamo de consumo, el mutuo, se observa la necesidad —en este caso unilateral— de entregar la cosa para generar el negocio jurídico. Hasta el punto de que en esta época primitiva, la ausencia de devolución de la cosa, a diferencia de lo que ocurrirá en una fase más evolucionada, es tratada como un supuesto penal semejante al hurto, *furtum*, a pesar de que, utilizando las categorías posteriores, nos hallamos ante cosas fungibles. Subrayemos, asimismo, que este préstamo *informal* es históricamente anterior al *nexum*[109], del que trataremos más adelante.

Volvamos, sin embargo, a la materia de la transmisión de la propiedad. Sabemos que existe un principio general de la evolución de los Derechos primitivos: el de que la configuración de la propiedad privada empieza en los bienes muebles[110]. Los bienes inmuebles no fueron en un primer tramo de la evolución jurídica objeto de propiedad. Tras el Neolítico, la tierra se convirtió primero en «propiedad» del grupo de parentesco extenso, el cual organizaba el uso temporal de las parcelas; más tarde apareció la propiedad de la familia en sentido estricto (en Roma, *familia proprio iure*) y sólo en un momento posterior triunfará la propiedad individual de la tierra: en el caso romano es muy posible que la libertad de disposición aceptada sobre la *res sua* —5, 3: *legare*[111] *suae rei*— en la Ley de las XII Tablas esté indicando un proceso que todavía no ha concluido, en el que coexiste la propiedad de la tierra familiar y la individual, como se deriva también de la existencia en esa época del *consortium* hereditario.

La trascendencia que la tierra —y los bienes instrumentales con ella relacionados — tiene en una economía agropecuria y el nacimiento de la propiedad familiar e individual sobre aquélla explican la opotunidad de la creación de un negocio jurídico formal previsto específicamente para su transmisión: *la mancipatio*. El carácter formal, el hecho de que deban pronunciarse ciertas palabras y realizarse ciertos gestos, aparta a la *mancipatio* de la compraventa antes descrita. Conserva, sin embargo, el rasgo de que se trata de un negocio real, no obligacional. La necesidad de pesar el *aes rude* (después también el *aes signatum*) es también un elemento común, ahora ritualizado. La presencia de los cinco testigos, si atendemos a paralelismos que ofrece el Derecho primitivo comparado[112], pudo tener en los orígenes un papel esencial: el de prestar un consentimiento —quizá originariamente como representantes de la familia o de la *gens*— necesario para la eficacia del acto.

El nacimiento de la *mancipatio* —o del negocio que fue su inmediato antecedente — se enmarca en un momento decisivo de la evolución jurídica, el cual corresponde a la fase final del Derecho primitivo propio de las sociedades gentilicias. Nos referimos a la función constitutiva que a partir de entonces se otorgará a las palabras. Orestano[113] subraya magistralmente que las expresiones *dicere*, *dictare*, *dicare*, *fari*, *nuncupare*, *nominare*, *pronuntiare*, *addicere* y otras expresiones similares —en las que habría que incluir también el juramento, *ius iurare*— «no indican una simple

función de comunicación discursiva del pensamiento como una verdadera y propia forma de *actividad*». La eficacia jurídica de las palabras posibilita un «desdoblamiento» del acto jurídico: el momento de la creación y el momento del cumplimiento. Este rasgo se observa de modo muy gráfico en la *devotio*, por medio de la cual un magistrado se ofrecía en sacrificio al enemigo durante la batalla. La *devotio* exige el pronunciamiento de una fórmula, la cual por sí misma genera efectos, como se observa en el caso de que el *devotus* no logre su objetivo. La *devotio*[114] corresponde muy posiblemente a la época precívica. Teniendo presente estas cautelas, es muy significativa la fórmula que ofrece Livio (que corresponde ya a la plena época histórica: Livio, 8, 9, 5-8):

> Velándose la cabeza y sacando la mano de la toga para tocarse el mentón, erguido sobre un dardo colocado bajo sus pies, dijera lo siguiente: «Jano, Júpiter, padre Marte, Quirino, Belona, Lares, dioses Novénsiles, dioses Indígetes, dioses que tenéis poder sobre nosotros y sobre los enemigos, y vosotros, dioses Manes, os ruego y suplico, os pido perdón, os pido que propiciéis al pueblo romano de los Quirites fuerza y victoria, y que a los enemigos del pueblo romano de los Quirites le provoquéis terror, pánico y muerte. Tal como he proclamado con mis palabras, así, por la república del pueblo romano de los Quirites, por el ejército, las legiones y las tropas auxiliares del pueblo romano de los Quirites, ofrezco en sacrificio juntamente conmigo las legiones y tropas auxiliares de los enemigos a los dioses Manes y a la Tierra».

En todos los primeros casos en los que el Derecho recoge la existencia de formas verbales constitutivas, el origen último de tales fórmulas ha de ser asignado al campo de la religión. Debe entenderse, por tanto, que en las sociedades primitivas religión y Derecho mantuvieron su propia autonomía. El Derecho primitivo fue en los inicios un ordenamiento fundado en negocios jurídicos no formales[115]. Esto vale para la donación, la permuta, la compraventa, el préstamo, el matrimonio y otros actos semejantes.

Sin embargo, en el campo de la religión es muy posible que desde el principio el sacrificio fuera acompañado de fórmulas rituales, en las que la presencia de lo mágico —otro universal de las sociedades humanas— exigía la repetición de fórmulas *donadas* a los antepasados en un tiempo mítico por los propios dioses[116]. El *facere* material del *sacrificum* venía acompañado de la plegaria o súplica. Un supuesto de gran relevancia es el *ius iurandum* en cualquiera de sus manifestaciones: exige la repetición de una fórmula preestablecida. La promesa solemne, la *sponsio*, no fue en sus orígenes sino un tipo de juramento al que se añadía también un sacrificio en el que la sangre fue sustituida por una libación[117]. La introducción del juramento en sus diversas formas fue un factor decisivo. Hizo posible, como decimos, una distinción entre el constituirse del negocio jurídico y su cumplimiento. E introdujo en la esfera jurídica las sanciones originariamente religiosas, en concreto, la *sacratio*; o modificó el sentido de otras, como la pena capital, interpretada como *supplicium* (para aplacar a la divinidad)[118]. El fenómeno de intensificará en la siguiente fase de evolución jurídica, cuando los sacerdotes construyan una teología jurídica que condicionará en gran medida la vida de la comunidad tanto en la esfera pública como privada.

X. ¿AUTODEFENSA O ARBITRAJE?

La resolución de los conflictos en las sociedades de tipo gentilicio se halla condicionada por la ausencia de una organización política centralizada y la falta de una administración jurisdiccional. De ahí las oscilaciones que se producen entre la reacción de la autodefensa o venganza[119], la cual, dado los rasgos comunitarios de estas sociedades, suelen desembocar en conflictos bélicos de mayor o menor intensidad[120] y los métodos de arbitraje. En este segundo supuesto, surge la técnica de la composición, *pactio*, es decir, la entrega de una cantidad de bienes sustitutiva de los daños causados, de la cual quedan rastros todavía en la Ley de las XII Tablas; o el expediente de la entrega del culpable en manos del grupo ofendido[121], *noxae deditio*, figura que perdurará en el Derecho romano posterior. Una variante de este procedimiento de *entrega* del ofensor es el régimen del *homo sacer*, en el que se produce una modificación de los efectos del sacrificio. Quien por un comportamiento especialmente grave ha puesto en peligro la *pax deorum*, elemento clave[122] para la pervivencia de la comunidad, es expulsado como maldito, *consagrado* pero en un sentido negativo.

El Derecho procesal primitivo, si se nos permite utilizar este concepto de una manera inevitablemente anacrónica, es de orden penal. Nos parece que un argumento de peso en este sentido consiste en que la *vindicatio* del primer Derecho romano reconstruible en la *legis actio sacramento*, como demuestra por ejemplo la *duplio rei fructus* y, sobre todo, la primera sanción procesal de esta acción para el que perdiera el litigio, que no era otra que la *sacratio*, no oculta estos rasgos penales[123].

XI. EL *SEPTIMONTIUM* Y LA ROMA PROTOURBANA

Centrémonos ahora en los momentos inmediatamente anteriores al nacimiento de la comunidad política que llamamos Roma. Fue Varrón quien impuso la cronología que desde entonces ha sido aceptada: situó la fundación de la Ciudad en el 753 a.C. (y el comienzo de la República en el 509 a.C.)[124]. La fundación implica la *reordenación intencional*[125] de una realidad política preexistente que podemos rastrear al menos desde una fecha situable en torno al año 1400 a.C. Sin embargo, el nacimiento de la Ciudad no debe entenderse primariamente en un sentido material o puramente evolutivo, provocado por una especie de fenómeno acumulativo de orden natural. Consiste esencialmente en un acto jurídico para el que el latín reserva un verbo específico, polisémico, *condere*, que traducimos por «fundar»[126]; así como la nueva ordenación jurídica se describe con otro verbo llamado a desempeñar un papel relevante en el léxico político futuro: *constituere*, «constituir»[127].

En el siglo IX a.C., se produce una condensación del sistema difuso de las comunidades de aldea propio de la época preurbana. La estructura gentilicio-clientelar se mantiene, pero se intensifican los vínculos políticos entre estos grupos y el territorio empieza a jugar un papel determinante. El *nomen Latinum* no desaparece,

pero el fenómeno de integración se produce a su costa, acentuando la identidad local, en detrimento de la conciencia latina. Como señalamos más arriba, el *Latium* no puede ser considerado ahora como una sociedad jurídica. Las *gentes* y aldeas del sitio de la futura Roma forman entidades asociativas superiores, llamadas curias, en las que se delegan progresivamente competencias antes desempeñadas de manera exclusiva por cada una de las gentes. A diferencia de la situación anterior, ahora podemos hablar de un núcleo poblacional unitario, aunque no por completo centralizado, de modo que el sistema de las curias representa la situación transitoria entre dos polos: el parentesco y el Estado en ciernes[128]. No existía un rey en el sentido que este término tendrá más tarde. Cabría decir que, aunque con importantes diferencias, es como si la estructura del *nomen Latinum* se hubiera reproducido ahora a menor escala, intensificando, como decimos, los nexos entre los grupos gentilicios localmente más próximos. A esta situación política corresponde la fiesta del *Septimontium*, en la que se observa una integración aún no completada de los *montes* (*Palatium*, *Velia*, *Fagutal*, *Subura*, *Cermalus*, *Oppius*, *Caelius*, *Cispius*) al que se añaden los *colles* (*Latiaris*, *Mucialis*, *Salutaris*, *Quirinalis*, *Viminalis*)[129]. Varrón utiliza *Septimontium* tanto en sentido religioso como topográfico (*De lingua Latina* 5, 7, 41; 6, 3, 24: *donde ahora está Roma, estaba antiguamente el Septimontium*). El mismo autor, grandísimo conocedor de estos asuntos de las antigüedades romanas, destaca que la fiesta no se realizaba *pro populo* (el *populus Romanus* aún no existía), sino *pro montibus*, es decir, de manera separada por los habitantes de cada uno de estos distritos.

Esta Roma protourbana debió de conocer algún sistema de jefatura. Es decir, una primera centralización política aprovechando el propio sistema de parentesco, en la que la población queda clasificada en función de su mayor o menor proximidad al linaje gobernante. El estudio de este período se enfrenta a graves obstáculos, porque no queda en el Derecho romano posterior ninguna huella de la institución de la primogenitura, mecanismo básico de las jefaturas[130] allí donde es posible realizar un análisis empírico de éstas[131]. El caso romano, dado que no es un Estado de los denominados primarios, pudo verse condicionado por la inmediata influencia etrusca, o quizás deberíamos buscar este régimen de jefaturas en la época final del *nomen Latinum*. Sea cual sea la causa de la casi completa invisibilidad de este tipo intermedio de organización política, lo cierto es que Roma evolucionó aceleradamente hacia el tipo del Estado-ciudad.

De la época intermedia quedó una estructura sacerdotal. Sabemos que las jefaturas son teocráticas. De hecho, es probable que el patriciado ciudadano inmediatamente posterior provenga de los grupos familiares que ejercían el monopolio de las funciones comunitarias de tipo religioso. Este fundamento religioso explicaría también tanto la figura de la *auctoritas patrum* como del *interregnum*[132], reservadas a senadores patricios, a los que *volvían los auspicios*. Igualmente el Derecho augural (con su distinción entre *fas* y *nefas*) fue entendido como un monopolio de la clase patricia durante siglos. Asimismo, el colegio patricio de los pontífices, al absorber las funciones interpretativas del Derecho, produjo una reorientación de todo el

ordenamiento, dentro de una ideología de signo claramente teocrático, que dejó su huella en una autoproclamada legitimidad exclusivamente religiosa de las instituciones[133]. Este último rasgo se hace evidente en el caso del calendario[134].

XII. DE LOS GRUPOS DE PARENTESCO AL ESTADO: ROMA ESTADO-CIUDAD

En la primera mitad del siglo VIII a.C. se lleva a cabo la fundación de Roma, como formación estatal. Dejemos aparte la crítica de los aspectos legendarios de los relatos fundacionales[135] y centrémonos en los aspectos institucionales, cuya veracidad parece venir confirmada por la arqueología. La forma Estado, que en el mundo antiguo se especifica en el Estado-ciudad, surge cuando aparece una autoridad política centralizada sobre un territorio. Según la tradición Rómulo fue el primer rey de Roma. Poco importa ahora su nombre. Lo decisivo es subrayar que hubo un primer rey. En un momento determinado —el año 753 a.C. o una fecha en torno a ésta— los grupos gentilicios, ya agrupados en curias y organizados en un tipo de estructura jerárquica desconocida para nosotros, acordaron la creación de un órgano político territorial de carácter ejecutivo, el *rex*-sacerdote o *rex-augur*. La organización de las curias se fortaleció, pero éstas perdieron gran parte de su autonomía. Era por medio de la curia como se articulaba la pertenencia del individuo al Estado y la gestión de gran parte de los intereses comunes.

La asamblea por curias, *comitia curiata*, se convirtió en el centro del sistema (y lo fue hasta la aparición de la asamblea por centurias): por curias se elegía —mediante *suffragium*— al *rex* vitalicio pero no dinástico; a ello se añadían competencias judiciales y legislativas[136] (entre estas últimas la denominada —no sabemos si inicialmente con ese nombre— la *lex curiata de imperio*, que fijaba en cada ocasión las competencias del *rex* ya elegido). Esta asamblea ciudadana coincidía con el ejército, *legio*, integrado según nuestras fuentes por trescientos jinetes, *celeres*, y tres mil infantes, *pedites*. Tanto para la organización militar como para la recaudación del *tributum* era necesaria la confección de un censo[137] que, como escribimos más arriba, es junto con el calendario la marca ineludible de la forma estatal. A la asamblea por curias se añadía el Consejo que asesoraba al *rex*, el Senado, integrado por personajes influyentes y con experiencia política, también con importantes competencias: destacaba entre ellas la gestión de la situación que se produce al final de cada reinado, *interregnum*[138] y la confirmación de los actos de la asamblea, *auctoritas patrum*. No se agotaba así el conjunto de órganos decisorios: mencionemos tan sólo que el *rex* era la cabeza de una administración, con diversos cargos y que, entre ellos ocupan un lugar importante los distintos colegios sacerdotales.

Rómulo distribuyó el territorio en tres tribus (de ahí la palabra «tribu»[139]) y a cada una de ellas asignó diez curias, lo que tuvo que suponer una reordenación de éstas. Las tres tribus: la de los *Titienses*, la de los *Ramnes* y la de los *Luceres*, tenían un carácter estrictamente territorial, pese a que el asentamiento anterior de las gentes en

el territorio de cada una de ellas podría darles un cierto tono étnico[140]. Cabe sostener la hipótesis de una continuidad poblacional entre estas tres tribus y tres de los *populi Albenses* preurbanos situados en este lugar de la orilla del Tíber. La tribu de los *Titienses*, entre el río y la vía Prenestina, coincidiría con los *Latinienses*. La tribu de *Ramnes*, entre la vía Prenestina y la vía Apia, con los *Querquetulani*. La tribu de los *Luceres*, entre la vía Apia y el Tíber, con los *Velienses*. Cada tribu disponía de una administración propia dirigida por un auxiliar del rey llamado *tribunus militum*[141]. Un segundo estrato administrativo se situaba, como sabemos, al nivel de las curias. Por su parte, el foro, espacio de reunión y participación pública, con el punto central del *comitium*, y el Capitolio, lugar del culto a Júpiter, materializaban esta nueva realidad centralizada de la *Urbs*. Finalmente, el acto fundacional afectó también a la asignación de la tierra. Cada ciudadano recibió en propiedad una parcela, *heredium*, de media hectárea (*bina iugera*) en la zona situada entre la Ciudad y el límite del primer miliario. Más allá de ese territorio la tierra era *ager publicus*, terreno público, cultivada por los grupos gentilicios por medio de *clientes* en la forma que se denominará *possessio.* Se ha calculado que esta Roma de Rómulo podría tener una población de unos 18.000 ciudadanos. Es importante tomar conciencia de la distinción respecto al aprovechamiento de la tierra entre propiedad y posesión. La dimensión comunitaria de esta Roma de los orígenes se confirma también en este ámbito, dado que la superficie de las tierras objeto de posesión (en las que parece predominar el pastoreo) es inicialmente mucho más extensa que la asignada en propiedad privada[142].

XIII. *POMERIUM*

La fundación de la Ciudad, *Urbs*, se llevó a cabo según el rito etrusco. El ceremonial exigía como elemento esencial la creación de los límites augurales de la *Urbs*, es decir, el señalamiento del *pomerium*[143], una noción que debe ser entendida en sentido estrictamente jurídico (de derecho augural), pues produce importantes efectos constitucionales. El *pomerium* señalaba los confines de la Urbe sobre cuya fundación se pedía la aprobación de Júpiter —*si fas est*, constituye la fórmula técnica — por medio de un *augurium*; resulta ser, pues, un lugar inaugurado. Por eso, los muros allí construidos son santos, *sancti* (Gai. 2, 8), aunque el *pomerium*, concepto jurídico, y esto hay que subrayarlo, no coincide con la materialidad de la muralla.

El *pomerium* hace del espacio interior un lugar de paz y libertad, sustraído al desorden, al caos del mundo de fuera. Traza la frontera entre el *imperium domi*[144] y el *imperium militiae* (ejercicio del poder militar[145]), al igual que entre los *auspicia urbana* y los *auspicia militaria.* La *potestas* de los tribunos de la plebe llegaba originariamente hasta los límites del *pomerium*: era una *potestas urbana*, aunque más tarde se amplió hasta una milla más allá del *pomerium*[146]. Ni el *flamen Dialis* ni los tribunos podían pasar ni siquiera una noche fuera de él, excepto con la ocasión de las *feriae Latinae*. Ciertamente el *pomerium* no hacía de la Ciudad un *templum* en

sentido estricto[147]; sin embargo, significaba una implícita santificación, una segregación del terreno circundado, al que se dotaba de un vínculo especial con la divinidad. La *Urbs* había quedado separada del territorio exterior por medio de una aprobación divina, habilitada de esa forma para emprender una historia surgida en el momento exacto de la fundación. De esta manera, el *pomerium* atribuía sentido no sólo al espacio, sino también al tiempo de la Ciudad, arrancado del ciclo natural y puesto al servicio de un proyecto de futuro. Podemos recordar a estos efectos que el censor, al terminar las operaciones del censo (en principio cada cinco años) realizaba una *lustratio populi*, ritual que incluía entre sus elementos la *circumambulatio* del *pomerium*[148]. Por otra parte, las sucesivas ampliaciones del *pomerium* no son sino ulteriores refundaciones de Roma y suponen, por tanto, otras tantas regeneraciones del espacio y del tiempo cívicos. Como se ve, el *condere*, la actividad de la fundación, hace posible el *agere*, la *actio*, poner algo en movimiento[149], actuar con conciencia de ello, modificar la realidad como lo hacen los hombres. La superficie de terreno que rodea el *pomerium* por el exterior en un radio de cinco o seis millas constituía el *ager Romanus*, concepto del derecho augural, que permaneció sin modificaciones de relieve durante toda la edad republicana, y que no debe ser confundido con el conjunto del territorio sometido a Roma y comprendido dentro de los *fines populi Romani*. Ciertas actividades sacerdotales sólo podían ejecutarse dentro del *ager Romanus* en sentido estricto, por ejemplo, la de realizar una *inauguratio*[150].

Por su parte, a semejanza de la *Urbs*, también la *domus*, se hallaba rodeada en la época arcaica de una franja de terreno de dos pies y medio de ancho (algo menos de un metro), llamada *ambitus* (o *iter limitare* cuando la casa y su terreno se encuentran en el ámbito rural)[151]. Esta franja no puede ser objeto de usucapión y tiene ciertamente una función práctica de facilitar el tránsito. Respecto a su naturaleza jurídica, el material que aportan las fuentes es claramente insuficiente, pero se puede admitir que los términos, *termini*, que señalaban el «orden espacial de la comunidad»[152] e indicaban la extensión exacta de la finca no eran objeto de *inauguratio* augural como el *pomerium*, pero sí de *consecratio* pontifical. Por ello la remoción de estos términos producía para el responsable la pena de *sacertas*: es decir, el culpable se convertía en *homo sacer* y, en consecuencia, podía ser eliminado impunemente[153].

XIV. *POPULUS ROMANUS*

La fundación de la *Urbs* produce el nacimiento de un nuevo sujeto político con propia personalidad, independiente de la de sus miembros, el *populus Romanus*[154]. La organización político-administrativa del *populus* se llama *res publica*. El sector del derecho que regula esta organización es el derecho público, *ius publicum*. Escribe Ulpiano en el libro primero de sus *Instituciones*, que el derecho público es el que se refiere al estado de la cosa romana, *quod ad statum rei Romanae spectat* (D. 1,1,1,2).

Que el *populus* sea un sujeto con entidad independiente de sus miembros, implica que se halla dotado de propia voluntad (éste es el dato esencial), expresada tanto en la costumbre como en la decisión de la asamblea a través del *suffragium* de sus miembros, pero no que se encuentre concebido al modo abstracto, separado, superpuesto, del Estado moderno, sino más bien como expresión unificada del conjunto de ciudadanos, hombres y mujeres, vivos y difuntos. El tenor de la fórmula más antigua es *Populus Romanus Quirites*, para subrayar, con la aposición de estos *quirites*, término que significa «ciudadanos», el aspecto de la comunidad como conjunto de seres humanos concretos. También en la noción jurídica de la acción popular, aquella vía procesal que puede entablar cualquier ciudadano en defensa de los intereses del *populus*, se manifiesta un concepto de pueblo dependiente de sus integrantes, como colectividad, como suma de sus miembros[155]. A un estrato todavía anterior pertenece que la noción típicamente comunitaria de pedir ayuda a los conciudadanos con gritos se diga en latín *quiritare*[156] (que da en castellano «gritar»), un verbo cuya raíz es precisamente *quiris*, que significa «ciudadano» (posteriormente se añadirá en ese mismo sentido la palabra *civis*, que se impondrá: la cualidad del ciudadano es la *civitas*: la ciudadanía).

El hecho de la participación de los difuntos en la *voluntas* actual del *populus* constituye una característica diferencial del Estado romano respecto al moderno. De aquél forman parte (en sentido real, no metafórico) las generaciones pasadas, integradas por los difuntos, que son «mayores» que los vivos, que están «delante de nosotros»[157]. Esto da razón de que la norma jurídica que llamamos costumbre sea en sentido estricto —y en plural— *mores maiorum*, costumbres de los antepasados, verdadero fundamento de todo el derecho romano privado y público, entendida siempre como la norma jurídica central[158] en detrimento de la ley, la cual ocupa un lugar subordinado (justo al contrario de lo que ocurre en los ordenamientos modernos y de lo que sucedió ya en la propia Roma imperial, aunque allí «ley», tras la caída de la República, termine por significar norma emanada de la cancillería imperial, es decir, constitución imperial).

El siguiente pasaje de Juliano explica con claridad la concepción romana sobre la genuina *voluntas* del *populus*, formada por la suma de las voluntades de los miembros pasados y presentes: *No sin razón se observa como ley la costumbre inveterada y éste es el derecho que se dice constituido por los usos. Como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan más que por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante el sufragio o con la misma realidad y los hechos? Por lo que también se ha admitido con muchísimo acierto que las leyes se abroguen, no sólo mediante el sufragio del legislador, sino también con el consentimiento tácito de todos, por desuso*[159].

Esta centralidad de las costumbres en todos los sectores del derecho, *mores maiorum*, explica uno de los aspectos de la importancia de la jurisprudencia romana, primero de la jurisprudencia pontifical, después de la jurisprudencia laica (finalmente integrada en la administración imperial que le presta ahora su *auctoritas*). El jurista se

caracteriza por extraer de este *ius non scriptum*[160] la norma aplicable al caso mediante un procedimiento de interpretación, *interpretatio*. Lógicamente el jurista proyecta este método también a la determinación en concreto de la ley o de otras normas escritas, pero, dada la prioridad temporal y conceptual de la costumbre, se explica la conexión prevalente entre ésta y la función del jurisperito, de su *responsum* oral[161].

XV. CONCLUSIONES. TERRITORIO Y PARENTESCO

La creación del Estado (en Roma el Estado-ciudad tiene un nombre que lo identifica desde el punto de vista del Derecho constitucional: el de *populus Romanus*) supone la imposición de un poder político centralizado y la imposición del territorio como criterio de pertenencia a la comunidad. Indefectiblemente entre el territorio y el parentesco existe una tensión estructural: lo que gana uno lo pierde el otro. La aparición de la *Urbs* provocó una debilitación de las funciones de los grupos de parentesco extenso de filiación patrilineal que llamamos *gentes*, pero terminó afectando también a la familia entendida en sentido reducido, porque muchas de las funciones de ésta (en el ámbito económico sobre todo) terminaron siendo transferidas al Estado o asumidas por éste. Sin embargo, Roma supo mantener un cierto equilibrio entre las esferas estatal y familiar. La posición jurídica del *paterfamilias* mantuvo unas competencias muy intensas en el ámbito del derecho privado incluso durante la época imperial: se preservó así uno de los fundamentos del derecho privado frente a las tendencias absorbentes propias del derecho público.

De esta forma, las *gentes*, conforme a lo que ocurre siempre con las transformaciones sociales de tipo sustancial, no desaparecieron del todo. Con la llegada de la *civitas*, del vínculo de la ciudadanía como criterio básico de adscripción política, la *gens* mantuvo su existencia como grupo suprafamiliar, sobre todo en la esfera hereditaria de la sucesión sin testamento y en cuestiones relativas a la tutela y a la curatela[162]. La persistencia del uso del *nomen* gentilicio recordaba a todos cuál había sido el inicio del orden social romano. Sin embargo, resulta muy significativo que el sentido del recorrido jurídico (el orden de llamamientos) se haga ahora empezando por el grupo más pequeño, el único que mantiene su importancia, lo que los romanos llamaban *familia proprio iure*, integrada por todos los sometidos actualmente a la *potestas* de un *paterfamilias*, hasta la familia más extensa, precisamente la *gens*, pasando por una entidad intermedia, la *familia communi iure*, aquella integrada por los grupos familiares cuyos padres de familia estarían actualmente sometidos a un *paterfamilias* común, si éste no hubiera muerto[163].

El esquema anterior se observa claramente en el orden de los llamados a la herencia *ab intestato*, es decir, aquella cuyo destino hay que decidir cuando no hay testamento o el que había ha sido declarado nulo. La regulación se hallaba contenida en la Ley de las XII Tablas. Muerto el *paterfamilias* heredan en primer lugar los descendientes que estaban en ese momento bajo la patria potestad del difunto, hijos e

hijas, incluyendo los adoptivos (si ha premuerto un hijo, en su cuota heredan los hijos e hijas del hijo premuerto). Este grupo de «herederos suyos», *heredes sui*, corresponde a la familia en sentido estricto, *proprio iure*. La virtualidad de la categoría de los *heredes sui* no se entiende si no tenemos en cuenta que en Roma la patria potestad fue originariamente vitalicia[164]: duraba hasta la muerte del padre de familia. Los sometidos a esta *patria potestas* —tengan la edad que tengan[165]— integran el grupo de los *alieni iuris*. Las personas no sometidas a potestad, tanto varones como mujeres, se denominan *sui iuris*.

En segundo lugar, en ausencia de *heredes sui* (éste es siempre el caso de la herencia de una mujer, dado que no puede ser titular de patria potestad) hereda el agnado próximo, es decir el pariente o parientes más cercanos según el sistema de parentesco agnaticio: por ejemplo, un hermano o, en su defecto, un tío por parte de padre. Este grupo corresponde a la familia *communi iure*. En tercer lugar, si tampoco puede identificarse un agnado próximo, se llama a los gentiles: esta sucesión gentilicia operaba aún en época de Cicerón (*De oratore* 1, 39, 176). Gayo, a mediados del siglo II d.C., nos informa de que en su época todo el derecho gentilicio había caído en desuso (Gai. 3, 17)[166].

No han faltado los especialistas que han pensado que la jerarquía establecida por la Ley de las XII Tablas corresponde inversamente al orden de aparición de los llamamientos. Es decir, que históricamente primero heredaba únicamente la *gens* y que en momentos sucesivos fueron antepuestas la familia *communi iure* (relacionada en este caso con el primitivo consorcio doméstico[167]) y, finalmente, los miembros individuales de la familia «nuclear», *familia proprio iure.*

Finalmente, el nacimiento del testamento en sentido estricto[168], lo que los romanos denominaban *testamentum per aes et libram*, a partir del siglo IV a.C., posibilitó dentro de ciertos límites[169] la configuración de una herencia fuera del ámbito familiar. Por otra parte, a este régimen civil el pretor fue añadiendo desde el siglo II a.C. un sistema de protección de los derechos hereditarios complementario, en el cual la cognación alcanzó una cierta —muy limitada— importancia[170]. Este sistema hereditario pretorio recibe el nombre de *bonorum possessio*[171]. Posteriormente el derecho civil otorgó relevancia hereditaria al parentesco de la madre con sus hijos[172].

La victoria del territorio como criterio organizativo supuso, pues, una progresiva disminución de la importancia de los grupos familiares y del parentesco agnaticio. Desde un mundo precívico en el que toda la vida social giraba en torno a la pertenencia familiar, desdoblada en diversos niveles, se terminó pasando a un sistema estatal que sólo dejó intacta la familia nuclear. También es significativa la mayor importancia que fue adquiriendo la cognación por obra del pretor (parentesco bilateral ajeno a las limitaciones y exigencias de la agnación). Sin embargo, como apuntábamos más arriba, la agnación mantuvo un predominio esencial, ahora redefinido en el ámbito de la *familia proprio iure*. El hecho de que no llegara a triunfar el parentesco bilateral fundado en los lazos de sangre (cognación), pese al

relativo impulso que recibió en el derecho pretorio, constituye el síntoma más claro de que el Estado romano alcanzó un equilibrio relativamente estable con las exigencias de la institución familiar. En efecto, siempre que el Estado impone su ordenamiento sobre la realidad social anterior, reduce intensamente las competencias familiares —y si la forma estatal es totalitaria llega a suprimirlas—. El mismo Estado se convierte en una especie de gran familia que cuida del bienestar de sus ciudadanos. La ideología estatal suele alabar este estado de cosas y sus teóricos repiten que se trata del triunfo del individuo y de su independencia, pero el caso es que quien ha triunfado es el poder omnímodo del Estado que prefiere eliminar a un peligroso competidor, la familia. El precio de esta opción consiste en la disolución práctica de los efectos del parentesco y en la desaparición del ordenamiento familiar que, si se conserva, lo hace de una manera frágil y sometido en cuanto a sus efectos a una completa vigilancia estatal. Aunque parezca paradójico, la cognación constituye un síntoma de esa disolución. Al no realizar ningún tipo de diferenciación, despoja al grupo familiar de su fuerza generadora de identidad y le priva de un marco propio de actuación.

En Roma el equilibrio entre el poder estatal y la institución familiar se expresa en la coexistencia de un derecho público y un derecho privado que se limitan recíprocamente. Este último supuso una defensa decisiva frente al poder tendencialmente abusivo del Estado. A este respecto es muy significativo que los juristas centraran gran parte de su labor precisamente en el estudio del *ius privatum*, conscientes de que en él residía la protección de la libertad del ciudadano. Por otra parte, la tesis tan difundida del pretendido carácter individualista del ordenamiento privado romano es sencillamente falsa[173]. No existe un solo derecho subjetivo (en el supuesto de que se acepte esta categoría para el ordenamiento romano) que no encuentre un cúmulo de limitaciones estrictamente jurídicas (no sólo morales), empezando por el derecho de propiedad[174], la libertad testamentaria y la patria potestad.

---

1 Renfrew (1990) 124; Forsythe (2005) 15-16.

2 El igualitarismo del Neolítico es sólo un criterio general que pudo sufrir restricciones más o menos intensas en cada sociedad; por otra parte, se ha señalado la posibilidad de que algunas sociedades anteriores al Neolítico pudieran haber experimentado una cierta estratificación: Fried (1967) 112.

3 Eiroa (2010) 624; Forsythe (2005) 17.

4 Eiroa (2010) 625.

5 Lara Peinado (1988) 13.

6 Service (1990) 230-231; Liverani (1995) 94; 98-122.

7 Los argumentos se presentan en la obra *Arqueología y lenguaje. La cuestión de los orígenes indoeuropeos*: Renfrew (1990).

8 Cornell (1999) 464 nt. 29, se hace eco de la teoría de Renfrew sin entrar en el fondo del problema.

9 Renfrew (1990) 213.

10 Renfrew (1990) 140. Un examen sintético de las lenguas de Italia antes del triunfo del latín puede consultarse en Cornell (1999) 63-66; Forsythe (2005) 10; 26-27.

11 Hipótesis de Heródoto —sostenida en su momento por Frazer (1976a) 287— preferible al de su carácter indígena: una crítica de esta teoría en Elvira (1988) 8-16, el cual, con buen criterio funda su análisis en la diferenciación entre cultura, pueblo y lengua estrusca; cfr. Renfrew (1990) 66; 215; Cornell (1999) 66-70.

12 La trashumancia parece ser un rasgo económico que heredará la cultura del Lacio en la Edad del Hierro: Grandazzi (2008) 402-411.

13 Renfrew (1990) 117-118.

14 Elvira (1988) 14; Cornell (1999) 52.

15 Peroni (1988) 30.

16 Eiroa (2010) 750-751.

17 Bendala (1988) 84, llega a hablar de «una conciencia reciente del importante papel jugado por los micénicos en la configuración de las culturas del Occidente europeo», sugiriendo que en este contexto de vínculos entre Micenas e Italia podrían situarse las raíces de ciertas tradiciones orales (luego literarias) como las del ciclo de Eneas y la fundación de Roma; Peroni (1988) 30; Grandazzi (2008) 437-444, el cual entiende que el término «micénico» a la hora de su utilización en este contexto histórico debe ser entendido en sentido amplio, incluyendo Creta, Chipre e incluso indígenas venidos del sur de la península itálica que ya hubieran sido influidos previamente por el contacto con pueblos helénicos.

18 Renfrew (1990) 55-60.

19 Los contactos con la cultura griega se mantuvieron a lo largo del tiempo. Las excavaciones realizadas en Roma, en la zona del Foro Boario, han sacado a la luz fragmentos de cerámica griega correspondientes al siglo VIII a.C.: Cornell (1999) 94; sobre el *portus Tiberinus*: F. Coarelli, en Momigliano, Schiavone (1988) 142-151. La experiencia de una semejanza cultural —evidente en el plano lingüístico— entre Roma y el mundo griego dio lugar a la tesis de la «helenidad» de Roma, Roma ciudad griega, sostenida por un sector de la historiografía antigua: entre autores como Heráclides Póntico, en el siglo IV a.C. y Dionisio de Alicarnaso en su *Historia Antigua de Roma*, escrita a finales del siglo I a.C., frente a la tesis de la Roma etrusca: D. Musti, en Momigliano, Schiavone (1988) 40-48.

20 Carandini (2006) 199; Martínez-Pinna (1999) 108; Wiseman (2008) 9.

21 Cornell (1999) 98.

22 R. Peroni, en Momigliano, Schiavone (1988) 7.

23 Tomamos la información de Eiroa (2010) 787-789.

24 Eiroa (2010) 907; para la cultura del Lacio y otros grupos italianos de la Edad del Hierro: 911-913.

25 Nuevas dataciones arqueológicas llevan a retrasar el comienzo de la cultura lacial al siglo XI a.C.: Grandazzi (2008) 373; 377 nt. 82; Forsythe (2005) 53-58.

26 La influencia de las culturas del Próximo Oriente se aprecia primero en Etruria; aparte de otras consideraciones esta influencia se vio claramente favorecida por el origen lidio de los primeros etruscos.

27 Pueden consultarse los puntos esenciales de este debate en: Martínez-Pinna (1999) 131-145, que concluye defendiendo que el proceso histórico que da lugar al nacimiento de la ciudad culmina a finales del siglo VII.

28 Una interpretación de las repercusiones antropológicas de estas misteriosas figurillas, como soporte alternativo al *corpus* del difunto, en: Ribas Alba (2012) 107-108; cfr. otra valoración, la presentada por M. Torelli, según el cual se trata de la representación de una divinidad femenina, quizás Ops: en Martínez-Pinna (1999) 110-111; una revisión de este problema en Grandazzi (2008) 383-395, el cual se inclina por ver en estas figurillas un símbolo del difunto.

29 Cornell (1999) 73; Martínez-Pinna (1999) 110.

30 Cornell (1999) 132-134.

31 Aunque esto no quiere decir que haya que excluir una presencia comercial y cultural fenicia en el Lacio, de la cual procedería, por ejemplo, el culto romano a Hércules: A. Momigliano, en Walbank, Astin, Frederiksen, Ogilvie (2006) 53.

32 Las citas textuales de estas leyes monárquicas derivarían de esta continuada tradición escrita: Fiori (1996) 18, el cual recoge los resultados de la investigación de Tondo.

33 Martínez-Pinna (1999) 111; para la arqueología de Alba Longa remitimos al análisis de Grandazzi (2008).

34 Cornell (1999) 97; Carandini (2006) 42; Grandazzi (2008) 600-675.

35 La prohibición de la entrada del caballo en el bosque sagrado de Diana Nemorensis es una reliquia de una época antiquísima: Marco Simón (1996) 116.

36 Grandazzi (2008a) 738-739; T. J. Cornell, en Walbank, Astin, Frederiksen, Ogilvie (2006) 273; el estudio del *rex nemorensis* —un rey-sacerdote— constituye el punto de partida de la magna obra de J. G. Frazer: Frazer (1976) 1-51.

37 Sherwin-White (1987) 9-15; Grandazzi (2008a) 619; Ribas Alba (2009) 66, 78 nt. 247; Livio 1,50,1: *Tenía ya Tarquinio un gran ascendiente entre los latinos más relevantes, cuando los citó para una reunión (concilium) un día determinado en el bosque sagrado de Ferentina*; 1,51,4-5; 6,10,7.

38 Capogrossi Colognesi (2014) 104-105.

39 Orestano (1968) 111-122.

40 Frazer (1976) 13-14; Frazer (1976a) 266-277; 379; Catalano (1990) 22-23; Grandazzi (2008a) 636-644; Turelli (2011) 49. Algunos sacerdocios son comunes también en Etruria, como es el caso de los augures.

41 Esta visión moderada de la influencia etrusca fue defendida vigorosa y acertadamente por De Francisci (1959) 97-98.

42 Martínez-Pinna (1999) 38; Carandini (2006) 150, utiliza la fórmula de una «concepción sacral latino-etrusca». En Roma la influencia etrusca se dejó sentir de modo especial más tarde, durante el siglo VI a.C., durante la fase de la llamada monarquía etrusca, la cual, sin embargo, no es la responsable de la fundación de la Ciudad: cfr. A. Bernardi, en Momigliano, Schiavone (1988) 193-200.

43 Frezza (1938) 367.

44 Una crítica de esta teoría en De Francisci (1959) 130-133.

45 Frezza (2000) 556-557; Sherwin-White (1987) 11-14.

46 Dragadze, en Renfrew (1990) 177.

47 Vid. un agudo análisis sobre estas teorías en: De Martino (1972) 6-10; en particular, sobre la tesis «estatal» de E. Meyer: Lowie (1962) 43-50; y sobre todo: Capogrossi Colognesi (1994) 120-122.

48 Grandazzi (2008a) 676; C. Ampolo, en Momigliano, Schiavone (1988) 167.

49 Cornell (1999) 99; a una época posterior se refiere un texto de Cincio Alimento recogido en Festo, *De verborum significatione*, s.v. *Praetor* (Lindsay, 276).

50 Capogrossi Colognesi (2014) 24.

51 Service (1990) 83-84: «Las sociedades tribales de mayor tamaño, todavía dentro de las sociedades igualitarias, tienen grupos de parentesco con nombres propios y algunos con territorio delimitado, de manera que, por decirlo de algún modo, están objetivados y constituyen una corporación que trasciende la parentela personal y los cambios en el conjunto de sus miembros producidos por el paso de las generaciones.

Normalmente, estos grupos son linajes de personas emparentadas patrilineal o matrilinealmente, y clanes (asociaciones de linajes emparentados). Pero incluso en este caso no resulta posible delimitar *la* sociedad. Diversos clanes pueden unirse con algún propósito común —ritual, festivo o de guerra— y al día siguiente desintegrarse en sus distintas partes constituyentes. Esta cualidad de subdivisión y reconstitución estructural en función de los acontecimientos está tan formalmente equilibrada en algunas sociedades que éstas han recibido la denominación estructural-funcional de sociedades segmentarias». Sobre el clan (la *gens*) como un grupo inclusivo frente al carácter exclusivo y cerrado del linaje: Fried (1967) 124-125.

52 Digamos más bien que éste debe ser considerado el significado primordial al que se añadieron algunos otros; para la etimología de *gens* y su relación con el griego *génos*: Benveniste (1983) 168-169; un estudio comparativo desde el punto de vista institucional entre *gens* y *génos* en: Smith (2006) 114-143. Frezza (2000) 568, subraya el uso «promiscuo» de las palabras *gens* y *familia* en latín.

53 Hay que admitir que no tenemos argumentos sólidos para concluir con certeza que los grupos de parentesco anteriores a la *civitas* fueran designados en época primitiva como *gentes*; pero el problema de la denominación es secundario. Lo realmente esencial es que el Derecho primitivo conoce la presencia universal de estos grupos anteriores al Estado.

54 Orestano (1967) 58-59 nt. 2, expresa sus dudas sobre la idoneidad de la categoría de ordenamiento jurídico a las unidades étnicas; sin embargo, el obstáculo de la inestabilidad que para el insigne romanista italiano excluiría la presencia de un ordenamiento, afecta sólo a la flexibilidad de las formas de gobierno, pero no a la identidad y organización del grupo, el cual permanece unido en su estructura gentilicia de tipo horizontal.

55 Carandini (2011) 8; (2006) 282-283; 328.

56 Hemos propuesto esta distinción en nuestra obra *Prehistoria del Derecho* (2015) 68-73.

57 Es preciso realizar esta precisión porque los Estados de Oriente Próximo y de Egipto surgen en el Calcolítico, es decir, antes de la Edad del Bronce: Eiroa (2010) 533-569.

58 Es cosa evidente que en la fase arcaica del Derecho se mantienen instituciones y principios del período anterior, a semejanza de lo que ocurre con las formas religiosas, las cuales conservan siempre rasgos de sus orígenes: Wagenvoort (1980) 247.

59 Pospíšil (1974) 190.

60 Romano (1986) 99. No podemos seguir a De Martino (1985) 10, cuando escribe que «en la época de los orígenes, Roma fue una pequeña aldea habitada por pastores de origen indoeuropeo, que estaban descubriendo la agricultura».

61 Ihering (2008); Sabbatini (2014).

62 Benveniste (1983) 246; Renfrew (1990) 208. Otros autores, como Lehmann —citado por Renfrew (1990) 74— llegan a concluir del examen del término *rex* y otros emparentados que, dada su ausencia en varias sociedades indoeuropeas —como la griega o la del inglés antiguo— podría postularse que la primitiva comunidad indoeuropea disponía de un sistema de parentesco muy desarrollado, pero no de una organización política de nivel superior.

63 Renfrew (1990) 204.

64 En contra de esta tesis, desde presupuestos fundados en las teorías de Morgan, la posición de Franciosi, que puede consultarse, por ejemplo, en Franciosi (2003) 26-33; 75-84, que ve en la *familia* monogámica el punto de llegada de una evolución desde la *gens*, fundada en el matrimonio colectivo.

65 La distinción entre estos dos tipos de grupos de parentesco extenso permite armonizar gran parte de las teorías presentadas sobre la naturaleza de la *gens*. Vid. el tratamiento del problema en Orestano (1967) 48-69.

66 En ese sentido Smith (2006) 144-156 acepta una división entre el concepto antropológico social de sociedad gentilicia y la realidad histórica antigua. En cuanto a su valoracion de la *gens* prehistórica se muestra escéptico sobre la posibilidad de reconstruir para la prehistoria italiana anterior al fenómeno urbano una realidad correspondiente con el concepto normalmente utilizado. Nos parece que el punto de partida del autor, el estudio de la evidencia de las necrópolis, se halla situado ya en un momento de transición hacia sociedades

jerarquizadas, y no contradice un punto de partida *igualitario*, propio de las sociedades basadas en el parentesco. Es decir, la evidencia arqueológica de las prácticas sepulcrales es compatible con la presencia de las *gentes* u otros grupos de parentesco. Por su parte, la estructura poblacional en comunidades de aldea sugiere de forma clara la división por segmentos basados en un principio de parentesco unilineal.

67 Los plebeyos *gentes non habent*: De Martino (1972) 77-79, donde pueden consultarse las fuentes sobre este (discutible) principio; Richard (1978) 182-183.

68 Smith (2006) 239-250.

69 Crítica que plantea Franciosi (2003) 150; sobre las tesis de Bonfante —las cuales matizamos en el texto— puede consultarse: Capogrossi Colognesi (1994) 165-246.

70 Frezza (2000) 562, dentro de su esencial contribución «La costituzine cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti», originariamente publicado en *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione I* (Milano 1947) 275-298.

71 De Francisci (1959) 181.

72 Progresivamente el entrecruzamiento entre los sistemas de parentesco se hizo más complejo: así, por ejemplo, en época muy posterior a la que estamos tratando el adoptado se hace no sólo *agnatus* sino también *cognatus* del padre adoptivo y de los *agnati* de éste: D. 1,7,23 (Paulo, 35 *ad edictum*).

73 Bettini (1988) 117; remitimos a esta obra para un análisis profundo de las funciones de estas cuatro figuras; también complementariamente: Bettini, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 253-272.

74 Uno de los sentidos de *familia* se aplica específicamente a la *gens*: D. 50,16,195,4 (Ulpiano, 46 *ad edictum*): *Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam) quasi a fonte quodam memoriae*: *asimismo, se llama familia de muchas personas, la que procede de la sangre de un último progenitor, como cuando decimos familia Julia, como de cierta fuente de la memoria*: Ribas Alba (2012) 92. En la definición del jurista Quinto Mucio Escévola recogida por Cicerón, *Topica* 29, los rasgos definitorios de los *gentiles* son: compartir el mismo *nomen*, haber nacido de padres ingenuos, no proceder de ancestros que hayan sufrido la esclavitud y no haber experimentado una *capitis deminutio*; vid. Smith (2006) 15.

75 White (1959) 137.

76 Frezza (2000) 573.

77 Presentación de la teoría en Richard (1978) 176-177, cuya formulación clásica se debe a Th. Mommsen; en nuestra opinión esta tesis vale exclusivamente para la época anterior a la fundación de la Ciudad.

78 Capogrossi Colognesi (2000) 29: Weber identifica el *fundus* con el derecho de cuota, *Hufenrecht*.

79 Un estudio clásico es el de Pospíšil (1974) 273-322, sobre la propiedad de la tierra entre los Kapauku, aunque en este caso el nivel no es propiamente gentilicio, sino de transición hacia el de jefatura: Service (1990) 106.

80 L. Capogrossi Colognesi, en Talamanca (1989) 15.

81 Premerstein (1900) cols. 23-55; De Martino (1972) 56-57; Richard (1978) 135-194; Smith (2006) 239-249.

82 Para la época más remota, el concepto de *fides* significa la cualidad superior de un sujeto que lo hace apto para recibir la *confianza* de otro: Fiori (2008) 468-469. En edad histórica la fórmula con la que se establece la relación patrono-cliente se desdobla en dos declaraciones; una de recepción por parte del patrono: *in fidem clientelamque recipere*: otra por parte del cliente: *in fidem clientelamque venire*: vid. Torelli, en Momigliano, Schiavone (1988) 143.

83 Capogrossi Colognesi (2000) 55, en el contexto de la presentación de la teoría de M. Weber; A. Drumond, en Walbank, Astin, Frederiksen, Ogilvie (2006) 160.

84 M. Weber concede gran importancia a este feudalismo, considerado «ciudadano» porque, según este punto de vista el régimen clientelar determinará la función socioeconómica de los patricios como aristocracia feudal:

Capogrossi Colognesi (2000) 260-279.

85 Capogrossi Colognesi (2014) 32.

86 White (1959) 102-107, sobre la tensión entre los principios de la endogamia y de la exogamina desde un punto de vista general; para el caso romano: Smith (2006) 30-32; cfr. Astolfi (2000) 46-77.

87 Frezza (1938) 404-406; (2000) 562.

88 En una primera época, dentro del ámbito de la sociedad gentilicia, ni siquiera puede decirse que existiera propiamente la propiedad familiar de la tierra: el modelo se asemejaba al de la cesión temporal.

89 Es vínculo es un fenómeno universal: para el caso del Derecho de los Ifugao, de la isla de Luzón, una sociedad agrícola pero de nivel muy elemental, fue estudiado magistralmente por R. F. Barton: Hoebel (1964) 100-126.

90 El régimen de los *sui heredes*, titulares de los derechos familiares ya *vivo patre*, herederos necesarios, pues acceden a la herencia sin acto de aceptación, es el obstáculo principal a la tesis de un primer testamento entendido como cesión de la soberanía familiar.

91 Varrón, *De lingua Latina* 5, 17, 92; 19, 95.

92 Benveniste (1988) 33-37; Romano (1986) 98.

93 Th. Mommsen mantuvo una opinión distinta: se inclinaba por situar en la *lex Iulia Papiria* del 430 a.C. la primera transformación de las multas en sumas dinerarias: Romano (1986) 109.

94 Santalucia (1998) 34; 44; A. Drummond, en Walbank, Astin, Frederiksen, Ogilvie (2006) 123; Ribas Alba, Serrano-Vicente (2012) 19-20.

95 Einzig (1966) 225-227.

96 *Aes* en latín significa tanto cobre como bronce.

97 *Servius rex primus signavit aes, antea rudi usos Ramae Timaeus tradit, signatum est nota pecudum, unde et pecunia appellata, maximus census CXX assium fuit illo rege, et ideo haec prima classis…*

98 De Martino (1985) 67-70; Romano (1986) 100-102.

99 Talamanca (1990) 433.

100 M. Godelier, en Werner, Bell (2004) 7.

101 M. Godelier, en Werner, Bell (2004) 16.

102 La relación entre la *coemptio* y el *Brautkauf* fue identificada por Kaser (1949) 318-319.

103 Una síntesis de las principales teorías propuestas sobre el sacrificio: Valeri (1985) 62-70; Grottanelli, Parise (1988); Fiori (1996) 10-24; Santi (2011) 124-125.

104 Fiori (1996) 114-125; (2008) 468, sobre la *fides deorum*, como uno de sus atributos.

105 Sciandrello (2011) 207-208, donde puede además puede consultarse la bibliografía sobre la permuta en Derecho romano.

106 Vid. también Gai. 3, 141; IJ. 3, 23, 2.

107 La naturaleza del *aes rude* o *infectum* requería en todo caso el uso de la balanza, *libra*.

108 Por ejemplo, en Kaser (1949) 308-321.

109 Kaser (1949) 313; Talamanca (1990) 542-543.

110 Cfr. Post (1884) 323.

111 Donde *legare* significa *legem dicere*: Santoro (1967) 302; Orestano (1967) 209-210.

112 Hoebel (1964) 105.

113 Orestano (1967) 189-202; Santoro (1967) 306.

114 Fugier (1963) 45-57; Dumézil (2000) 108-110.

115 Hoebel (1964) 257.

116 Vid. Cantoni (1963) 203-225.

117 Magdelain (1943) 81-82; Talamanca (1990) 560.

118 B. Santalucia, en Momigliano, Schiavone (1988) 428.

119 B. Santalucia, en Momigliano, Schiavone (1988) 428.

120 En la literatura antropológica se suele distinguir entre la guerra y las hostilidades (*feud*): este último caso, una «guerra de baja intensidad» es el que predomina en los conflictos *dentro* de un mismo grupo étnico.

121 Orestano (1967) 67.

122 Voci (1953) 226-229.

123 Santoro (1967) 601-603.

124 Ennio situó el nacimiento de Roma en el siglo XI a.C.; Timeo en el 814 a.C.; Cincio Alimento en el 728 a.C.: C. Ampolo, en Momigliano, Schiavone (1988) 156; Cornell (1999) 39; López Barja de Quiroga, Lomas Salmonte (2004) 27.

125 Ribas Alba (2009) 163.

126 En el ritual de la fundación se precisa excavar una fosa, en la que se «esconde» de manera simbólica, junto a otros elementos, tierra procedente de los diversos distritos en lo que se halla dividido el territorio cívico: Carandini (2011) 38.

127 Cicerón, *De republica* 2,31,53: *illa praeclara constitutio Romuli*; Ribas Alba (2009) 26.

128 Ribas Alba (2009) 144.

129 Frezza (2000) 551; De Martino (1972) 47-49; Carandini (2012) 19-25; cfr. Warde Fowler (1899) 265-267.

130 Frezza (2000) 562 nt. 1; Fried (1967) 126; Service (1990) 93-96.

131 Earle (1997).

132 Carandini (2006) 356.

133 Orestano (1967) 170.

134 Rüpke (2011) 24-37.

135 Remitimos a Cornell (1999) 71-107.

136 D. 1,2,2,2 (Pomponio, *libro singulari enchiridii*): vid. Voci (1985) 268-270.

137 Ribas Alba (2009) 64, con referencia a la función censal de los *Paganalia*.

138 Ribas Alba (2009) 150-155.

139 De Vaan (2008) 629: con términos derivados como «tribuno», «tributo», «atribuir», «retribuir», etc.: *tribunus*, *tributum*, *attribuere*, *retribuere*, de uso en el léxico del derecho público.

140 El rey Servio Tulio superpuso a esta distribución una nueva dividiendo a la Ciudad en cuatro tribus urbanas y, posiblemente, seis rústicas. La ampliación territorial hizo que progresivamente aumentara el número de estas últimas hasta llegar a un total (urbanas y rústicas) de 35 en el 241 a.C.: Ribas Alba (2009) 169. Sobre la interpretación de las tres tribus originarias como manifestación de la ideología tripartita indoeuropea, según la tesis de G. Dumézil: Woodard (2006) 30-32.

141 Carandini (2012) 92-93, que recoge las conclusiones de L. Capogrossi Colognesi.

142 Sobre este antagonismo entre el *ager privatus* y el *ager publicus* y sobre la supervivencia del *ager compascuus* destinado al uso colectivo para pastos del ganado: Weber (1982) 89-93.

143 Varrón, *De lingua Latina* 5,32,143; Livio 1,44,4; Catalano (1973) 479-485; Ribas Alba (2009a) 75-87.

144 El *imperium* «doméstico» estaba limitado por la *provocatio ad populum*, es decir, por el derecho del ciudadano a ser juzgado por la asamblea cuando el magistrado propusiera una pena capital o asimilada a ella. Pensamos que la *provocatio* nació y estuvo vigente en época monárquica —Cicerón, *De republica* 2,31,54; Livio 1,26,6-8—, pese a la autorizada opinión de Santalucia (1998) 23; Ribas Alba (2009a) 84-87.

145 Sólo en la ceremonia del triunfo se permite —ritualmente— el ejercicio del poder militar dentro de la Urbe.

146 Livio 3,20,7; Dionisio de Halicarnaso 8,87,6; Gelio, *Noctes Atticae* 3,2,11; 13,12,9.

147 Catalano (1973) 475.

148 Falcone (1996) 185, con indicación de las fuentes.

149 Arendt (1993) 201; De Vaan (2008) 30-31; *ager* significa territorio, pero sometido a la voluntad del hombre (a la soberanía del *populus*). Por otra parte, el verbo *agere*, aparte de su importante significación procesal, aparece en D. 50,16,19 (Ulpiano, 11 *ad edictum*) como un concepto génerico en el ámbito de las fuentes de las obligaciones, junto a los tipos específicos del *gestum* y del *contractum*. *Agere* como actividad del jurista, junto a *respondere* y *cavere*: Cicerón, *De oratore* 1,48,212. Subraya el aspecto del *agere* como actividad reglada, que debe sujetarse a un procedimiento ya establecido: Cannata (1997) 49 nt. 61.

150 El derecho augural distinguía cinco tipos de *ager*: *Romanus*, *Gabinus*, *peregrinus*, *hosticus*, *incertus*; sobre estas cuestiones: Catalano (1973) 491-506.

151 Palma (1988) 55-71.

152 Fiori (1996) 204-205; vid. Fustel de Coulanges (1984) 84.

153 Fiori (1996) 493-494: el examen de las circunstancias de cada caso daría lugar a un *decretum* pontifical. Para las relaciones jurídicas entre *domus* y *domicilium*: Licandro (2004) 149-172.

154 Para la síntesis que constituye este epígrafe me he servido del capítulo correspondiente en Ribas Alba (2009) 29-48. Allí se encontrará información sobre las diversas formas de denominación: *populus Romanus quirites* (la más antigua), *populus Romanus quiritium*, *Populus Senatusque Romanus*, *Senatus Populusque Romanus*. Por otra parte, *populus*, según el contexto, puede significar directamente «ejército» y «asamblea»: Catalano (1974) 155; cfr. De Vaan (2008) 480.

155 Ihering (1998) 140; 166; 347; 386; Catalano (1974) 50-55. La teoría orgánica del *corpus* se aplica evidentemente al *populus*: Ribas Alba (2012) 75; 80-81.

156 Broggini (1957) 40-41; De Vaan (2008) 509-510. Una de las manifestaciones jurídicas de esta petición de ayuda a los conciudadanos es la *endoploratio* recogida en la Ley de las XII Tablas: la víctima de un hurto nocturno o diurno con armas puede matar al ladrón si avisa con sus gritos; una *lex regia* anterior establecía que si el hijo maltrata físicamente al padre y éste grita pidiendo ayuda, *plorare*, el hijo debe ser consagrado a los dioses familiares: vid. Palma (1988) 89-90; Santalucia (1998) 12-13; Astolfi (2000) 8-9; Fernández Barreiro, Paricio (2011) 351. Por su parte, el *auxilium* prestado por los tribunos de la plebe ha de venir precedido de la petición oral de ayuda: *appellare, provocare ad tribunum.*

157 Al significado antropológico de la designación de los difuntos como «mayores» así como a las

consecuencias de la construcción cultural de este espacio ideal en el que los difuntos ocupan el lugar de delante ha dedicado unas páginas muy sugerentes Bettini (1988) 153-193.

158 Debemos entender que la Ley de las XII Tablas, de mediados del siglo V a.C. se halla constituida respecto al contenido —en su mayor parte, no enteramente— por una ordenación de las normas consuetudinarias anteriores, posibilitando así una clarificación de su conocimiento para todos los sectores de la población.

159 D. 1,3,32,1 (Juliano, 84 *digestorum*): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa non teneant, quam quos iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

160 D. 1,2,2,5 y 12 (Pomponio, *libro singulari enchiridii*); la bibliografía es amplísima; sería inútil intentar aquí siquiera un selección; podemos remitir a Guarino (2001) 136; Nörr (2012) 218.

161 Bretone (2011) 165.

162 Kaser (1971) 54; Guarino (2001) 283.

163 Ribas Alba, Martín-Serrano (2012) 60.

164 En época inmediatamente posterior a la Ley de las XII Tablas la jurisprudencia pontifical diseñó (por medio de la actividad que llamamos *interpretatio*) las figuras de la *adoptio* (adopción de un *alieni iuris*) y de la *emancipatio* (que libera al hijo de la patria potestad en vida del padre). Desde época muy anterior era posible la *adrogatio*: adopción de un *sui iuris* (de género masculino), la cual tenía lugar mediante decisión pública tomada en la asamblea por curias presidida por el pontífice máximo.

165 Sin embargo las tasas de mortalidad propias de la demografía antigua limitaban enormemente la extensión temporal de la patria potestad; se estima que un tercio de los hijos perdían a sus padres antes de llegar a la pubertad y otro tercio antes de cumplir la edad de veinticinco años: Saller (1994) 43-73. Esto explica la importancia práctica de la institución de la tutela: Saller (1994) 181-203. La tutela y la curatela surgen al desaparecer el *consortium* agnaticio: Voci (1996) 92.

166 No podemos entrar en los tipos, finalidad y efectos de la *usucapio pro herede*: una síntesis en Voci (1996) 588-589.

167 Voci (1996) 85: este *consortium* agnaticio, en el cual los hermanos mantienen en común el patrimonio hereditario, sobrevive hasta principios del siglo II a.C.

168 Las formas anteriores constituyen más bien una adopción cuyos efectos se difieren al momento de la muerte del adoptante.

169 Límites protegidos por la *querella inofficiosi testamenti*, por medio de la cual los parientes más cercanos del testador podían impugnar el testamento si pensaban que éste había vulnerado los deberes familiares, *officia pietatis*, mediante una desheredación injustificada, una preterición o una institución insuficiente.

170 D. 38,10,1 pr. (Ulpiano, 46 *ad edictum*).

171 Voci (1996) 569-570.

172 D. 38,17, sobre el senadoconsulto Tertuliano y el Orficiano; vid.Voci (1996) 599-601, acerca de la evolución posterior del derecho imperial en esta materia.

173 Momigliano (1996) 66.

174 Sobre los límites del derecho de propiedad, vid., por ejemplo, Kaser (1971) 125; Voci (1996) 238-244.

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

I. ANTROPOLOGÍAS IMPLÍCITAS Y ANTROPOLOGÍAS REFLEXIVAS

La materia de esta segunda parte exige algunas distinciones, quizá elementales, que faciliten en la medida de lo posible la lectura de su contenido. Por un lado hablamos de antropología; por otro, este concepto aparece relacionado con la categoría del derecho, en nuestro caso, con el derecho romano. ¿Qué queremos decir cuando planteamos el estudio de una antropología jurídica aplicada a la realidad histórica de la Roma antigua? ¿Qué vínculos concretos podemos establecer entre estas dos parcelas de la realidad social y del pensamiento: lo antropológico y lo jurídico? Son preguntas que invitan a una reflexión preliminar.

En toda sociedad existen una o varias concepciones del hombre. Cada concepción del hombre incluye un conjunto de ideas y creencias sobre lo específicamente humano, es decir, constituye una antropología. En las sociedades arcaicas esta antropología implícita, no reflexiva, no estudiada de forma consciente, tiende a manifestarse como una visión unitaria del hombre y de la sociedad, una antropología que reina sin competidores en la mentalidad de los miembros del grupo. Sin embargo, conforme avanza en el tiempo el desarrollo comunitario, pueden ir surgiendo diversas corrientes de pensamiento, cada una de ellas con rasgos propios. Llegados a ese momento, ya no existe una única antropología implícita, sino que la reflexión teórica habrá dado lugar a una pluralidad de antropologías, es decir, a una pluralidad de ideales sobre la naturaleza y el destino del ser humano. Es importante subrayar esta distinción entre lo implícito y lo reflexivo, entre lo aceptado como realidad incuestionada y lo construido sobre la base de la reflexión teórica, porque la pretensión de estas páginas consiste en intentar descubrir *la* antropología implícita romana tal como puede ser recuperada a través del estudio de su derecho.

Toda antropología arcaica suele ser unitaria, única para cada comunidad, pero no simple. Más bien ocurre todo lo contrario: en las primeras fases del desarrollo social esto que hemos dado en llamar antropología implícita aparece dotada de ricos matices que progresivamente tienden a perderse. La simplificación suele aparecer en un momento posterior. Precisamente uno de los principales errores de la ideología evolucionista aplicada sin precauciones ni ajustes al campo de los estudios sociales consiste en suponer erróneamente que la progresión social va linealmente desde lo simple a lo complejo. Por el contrario, en el mundo representativo de las culturas de «primera generación»[1] se da una exuberancia de formas mentales, proyectadas en su lengua, en sus creencias, en sus rituales y, en general, en la descripción tanto del medio natural como de las relaciones humanas. A una rudimentaria tecnología se antepone una palpable riqueza espiritual. Por su parte, el desarrollo tecnológico suele

llevar aparejado una fragmentación de las visiones del hombre y un empobrecimiento del mundo humano, «desencantado» por el uso de una racionalidad crecientemente centrada en los aspectos materiales de la existencia.

II. ¿QUÉ ES DERECHO?

Llamamos derecho al conjunto de normas que rigen comportamientos sociales, las cuales, en caso de incumplimiento, pueden imponerse coactivamente por medio de un proceso público. No todas las normas sociales entran dentro del círculo del derecho. Es indispensable que la norma en cuestión sea susceptible de aplicación coactiva. Asimismo, no toda coactividad hace jurídica a una norma: sólo la que deriva de una autoridad legítimamente constituida, por más que en muchos casos esa legitimidad sea puesta en cuestión, como ocurre en todos los fenómenos revolucionarios. Una revolución consiste en el cambio de una legitimidad jurídica por otra. Otras veces, la lucha política no termina con un vencedor claro. Puede ocurrir que los detentadores actuales del poder dominante permitan dentro de ciertos límites la supervivencia del régimen anterior. En todos esos casos una comunidad puede verse organizada por una pluralidad de órdenes normativos jurídicos, fundados en legitimidades diversas pero concurrentes.

Otro factor a tener en cuenta afecta a las relaciones entre comunidades inicialmente separadas. Mientras gozan de independencia entre ellas, cada una dispondrá de su propio derecho. En otras ocasiones una comunidad terminará por dominar a otra. En esos casos el derecho de la comunidad sometida se extinguirá y será sustituido por el orden normativo de la comunidad triunfadora. Hablamos entonces de asimilación. Sin embargo, otras veces, por razones de conveniencia, la comunidad dominante puede permitir dentro de ciertos límites la pervivencia del derecho de la comunidad sometida. Este último mecanismo suele darse en todas las organizaciones imperiales, tanto del mundo antiguo como moderno.

Por otra parte, el derecho no es un mecanismo exclusivo de la forma política que llamamos «Estado». Desde un punto de vista histórico, hay derecho allí donde existe cualquier tipo de grupo humano organizado. El Estado no agota ni muchísimo menos las formas de organización humana conocidas. Hay una diversidad de formas políticas pre-estatales; igualmente pueden identificarse también formaciones post-estatales tanto en el mundo antiguo como en la actualidad.

Estructuralmente, la aparición del Estado, a pesar de sus pretensiones de monopolio sobre la legitimidad jurídica, deja intacta la legitimidad de otras formas sociales que, consecuentemente, se autoorganizan, lo siguen haciendo de acuerdo con conjuntos de normas propias, las cuales gozan de una cierta coactividad, aunque esta última no sea sino la posibilidad de la exclusión del grupo aplicada a alguno de sus miembros, decretada por medio de un procedimiento que, desde la óptica estatal, no cabe sino calificar de «informal», pero que es tan real y —en su ámbito propio— tan efectivo como el que deriva del pronunciamiento de una sentencia judicial por parte de la autoridad estatal competente. Sólo cuando el Estado se reviste de una forma

totalitaria —así en la Alemania nazi o en las dictaduras comunistas— llega a producirse una aniquilación completa de estas otras formas jurídicas «menores». Recordemos, no obstante, que la tentación excluyente del Estado se halla presente siempre, camuflada bajo el disfraz de la solidaridad social y ayudada contemporáneamente por un dispositivo tecnológico tendente a suprimir cualquier espontaneidad no controlada por la autoridad administrativa[2]. Sin embargo, en las sociedades antiguas —y singularmente en la romana— contemplamos una multiplicidad de formas organizativas —políticas, familiares, asociativas, internacionales— que, aunque sometidas a la *maiestas* del *populus*, gozan de una cierta autonomía jurídica *reconocida* (no creada) por la propia organización política del Estado, organización que los romanos llamaban *res publica*.

III. DERECHO Y CIENCIA DEL DERECHO: LA SINGULARIDAD DE ROMA

Todo grupo humano organizado con cierta estabilidad tiene su propio derecho. Desde este punto de vista cabe afirmar que el derecho, como el lenguaje, constituye una dimensión esencial —y por ello universal— del mundo de los hombres. En la medida en que los grupos se superponen o interactúan entre ellos, es muy probable que todo ser humano —de una manera variable a lo largo de su existencia— se halle vinculado con varios conjuntos normativos, mediante una pertenencia fundada en distintas causas o títulos. Todo esto ocurre de una manera no reflexiva y, en todo caso, independientemente de la toma de conciencia sobre esta materia e, incluso, de la voluntad individual, al menos cuando nos referimos a grupos en los que cada uno ha quedado integrado por el nacimiento o la coacción.

Dadas estas premisas, es indudable que en la antigua Roma existieron diversos órdenes normativos a los que cabe llamar derecho. Y este dado no supone ninguna peculiaridad, sino la constatación de un esquema general verificable en todo tiempo y lugar. Hubo derecho romano desde que existió una sociedad que llamamos romana, es decir, aproximadamente desde mediados del siglo VIII a.C., aunque sus antecedentes históricos permiten que nos retrotraigamos a una fecha en torno al año 1000 a.C. Cuestión distinta sería que nos pronunciáramos sobre el verdadero final de este derecho, porque es cosa sabida que el derecho romano pervivió con una especie de segunda vida más allá de la caída de Roma y llega de una forma u otra hasta nuestros días, condicionando la estructura de muchos ordenamientos vigentes. Pero ése es otro problema sobre el que ahora no debemos detenernos.

La peculiaridad romana —la cual sella también un rasgo característico de las sociedades actuales que conforman Occidente— consiste en la presencia de una disciplina de estudios jurídicos, de una ciencia del derecho en sentido estricto, con objeto y método propios. Este fenómeno marca un rasgo diferencial y distintivo de la experiencia jurídica romana. No ya la presencia del derecho, *ius*, cualidad universal de toda sociedad, sino la configuración de una ciencia del derecho, que los romanos llamaron *iurisprudentia*. Si acudimos a la contraposición realizada más arriba entre una concepción del hombre implícita y otra reflexiva, es decir, entre esos dos tipos de

antropología que antes hemos procurado identificar, podemos decir que, de una manera análoga, la sociedad romana vivió un derecho implícito, al igual que cualquier otra sociedad, al que sumaron desde época muy antigua un derecho reflexivo, estudiado por un tipo humano llamado a convertirse en uno de los protagonistas de la historia occidental: el jurista. Este «segundo» derecho, entendido como disciplina teórica, no se desarrolló al margen de la vida jurídica, sino que nació de ella y al mismo tiempo la condicionó de manera radical, de modo que podemos decir que el derecho romano, tomada ahora la expresión en el sentido más amplio posible, fue —terminó siendo— un derecho de juristas[3], es decir, un derecho *cuidado*, *mediado*, *modelado* en su producción y aplicación, por la actividad jurisprudencial.

En el título primero del libro primero del *Digesto* —esta obra mayor de la historia jurisprudencial mandada compilar por el emperador Justiniano, publicada el 16 de diciembre del 533, dentro de un proyecto más amplio que conocemos como *Corpus iuris civilis*— encontramos perfectamente delimitados ambos conceptos. Leamos el principio del primer fragmento de la obra, tomado de las *Institutiones* de Ulpiano: *Conviene que el que haya de estudiar el derecho conozca primero de donde proviene el nombre de derecho. Se llama así por la justicia, porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y de lo equitativo*[4]. No debe extrañar que el Digesto, una recopilación de fragmentos de obras de juristas, fruto de una tradición jurisprudencial plurisecular que busca allí un último refugio, comience no con una definición del derecho como fenómeno social de tipo normativo, sino con una identificación del derecho con la actividad de los juristas. En la famosa definición de Juvencio Celso[5], hijo de otro jurista del mismo nombre, no se hace presente el derecho como orden normativo, sino el derecho estudiado por los juristas. El *ars* (arte y ciencia a la vez) presupone una reflexión, una toma de conciencia —que ya es *artificial*— frente al derecho considerado como fenómeno primario, pura manifestación social de cualquier comunidad organizada.

En las obras de los juristas, este derecho «primario» casi podríamos decir que se da por supuesto en cuanto a su identificación y no necesita —al menos desde la óptica romana— de ulteriores especificaciones. Muy significativamente el primer título del Digesto se cierra precisamente con una mención del significado de «derecho» como realidad social previa a su consideración jurisprudencial. Se trata de un fragmento tomado del libro primero de las *Instituciones* de Marciano: *Algunas veces también utilizamos la palabra «derecho» en su sentido de vínculo, como cuando decimos: «estoy vinculado por cognación o por afinidad»*[6]. De este modo, aunque de una manera inversa a la que exigiría un orden lógico, quedan planteados en el comienzo los dos significados básicos del concepto de derecho. Se califica como derecho al conjunto de las *necessitudines*, de las relaciones sociales entendidas como vínculos (jurídicos) y, en segundo lugar, el estudio y ordenación de estas relaciones por medio del método propio de los juristas de acuerdo con las reglas técnicas de su disciplina, *ars*.

IV. LA ANTROPOLOGÍA REALISTA DE LOS JURISTAS ROMANOS

La existencia de la *iurisprudentia*, de la ciencia del derecho, permite una fiable aproximación a la antropología romana. Frente a las apariencias, esta reconstrucción goza de ciertas ventajas respecto a las posibilidades que ofrece Grecia. En el caso griego, mucho más estudiado, también en los terrenos limítrofes entre la antropología y el derecho[7], la búsqueda de los principios generales de su antropología debe realizarse predominantemente por medio del análisis de la obra de sus filósofos. También a través de su literatura en diversos géneros, a veces muy próximos a una filosofía práctica[8]. No negamos que el filósofo, el rétor y el literato sean hijos de su tiempo y que inevitablemente reflejen unas concepciones que de manera más o menos inconsciente absorben principios del ambiente social en donde desarrollan su labor. Unas concepciones recuperables por el estudioso enfrentado a la ardua labor de rescatar en estos materiales una antropología de fondo. Sin embargo, la creatividad poética o filosófica no se halla condicionada de manera directa por la realidad social. Hay un margen imaginativo muy intenso, difícilmente mensurable, al que en muchas ocasiones se añade una clara voluntad de originalidad.

Por el contrario, la *iurisprudentia* romana parte de un escrupuloso respeto por los hechos de la realidad humana en su dimensión comunitaria. No puede ser de otra forma. El jurista vive inmerso en la *praxis*: desmenuza con los instrumentos de su saber los diversos planos en los que se desenvuelve en la práctica real el mundo de los hombres, incluyendo las relaciones de la comunidad con los dioses, consideradas atentamente por el *ius divinum*[9]. Recordemos que el método del jurisconsulto, *iuris consultus*, como indica su propio nombre, se basa en el instrumento del *responsum*[10]. El jurista —sacerdotal o laico—, interrogado ante un problema concreto, da un consejo técnico para ese caso; una respuesta que «descubre» el derecho aplicable a ese problema particular y que se sumará al repertorio de ejemplos, *exempla*, que integran la memoria colectiva de los juristas[11]. Esta práctica esencial del *respondere* conservó su vigencia desde los primeros tiempos de la jurisprudencia romana[12] hasta la época del Imperio, pese a los ajustes sucesivos exigidos por las transformaciones políticas y sociales y a las variaciones consiguientes en la posición del jurista, revestido con una *auctoritas* que finalmente le terminó siendo conferida por el poder estatal. Resulta especialmente importante señalar el papel desempeñado por el Colegio de los Pontífices en la primera configuración del derecho procesal romano, el llamado sistema de las *legis actiones*: no hubo en este ámbito un papel pasivo, reservado exclusivamente a la custodia de los formularios, sino que los pontífices tenían que adaptar a las necesidades de la vida la aplicación de los recursos procesales en cada caso[13].

Ni siquiera el impacto de la dialéctica y retórica griegas a finales de la época republicana modificó o desvirtuó en su sustancia la actividad del *respondere*, tan sólo contribuyó a depurar el método[14], clarificando su aplicación, aprovechando sobre todo los resultados de la ciencia griega, señaladamente de la tópica aristotélica[15], los cuales coincidían en gran parte de sus presupuestos formales con la forma de actuar

que la jurisprudencia romana utilizaba desde los primeros tiempos, desde los presupuestos de una tradición inicialmente independiente. No es el momento de analizar esta técnica de pensamiento «de problemas», extensamente tratada y discutida en la literatura especializada[16]. Lo que interesa al objeto de nuestra exposición es subrayar que esta forma básica de la técnica jurisprudencial romana, privilegiando el caso concreto frente al tratamiento sistemático, reforzó, esta vez por la vía del método, el realismo de sus contenidos y estrechó la distancia que siempre surge entre la teoría y la práctica.

Por los motivos antes apuntados cabe decir que la jurisprudencia romana contiene un saber que podemos calificar como antropológico, construido con criterios realistas, es decir, fundado en la estructura y en las categorías humanas tal como se mostraban en la sociedad de Roma. Digamos que el jurista romano trabajaba sobre el presupuesto ineludible de una antropología: ésta podría ser calificada como la materia prima de la elaboración jurisprudencial. Es obvio que el tratamiento jurisprudencial interactuaba con su objeto, de manera que la propia antropología sufrió la influencia del jurista; pero debe añadirse enseguida que esta influencia no pasó los límites de una formalización de las relaciones sociales, sin pretender un cambio sustancial de éstas. Es decir, no hubo una intencionalidad ideológica del pensamiento jurisprudencial, al menos no la hubo en lo que respecta a los fundamentos profundos de la concepción del ser humano y de su dimensión comunitaria. Otra cosa es el posicionamiento concreto de los juristas respecto a las corrientes políticas de cada momento y su defensa de los intereses de los grupos dirigentes, a cuyo círculo pertenecían.

Erraríamos el juicio si pensáramos que esta actitud realista, ligada férreamente a los condicionamientos circunstanciales del problema que en cada momento se presenta a la valoración del jurisconsulto, es incompatible con un estatuto científico. Por el contrario: la tópica, como búsqueda de las premisas adecuadas a cada caso, implica la existencia de una sabiduría acumulada a lo largo de los años, implica también la existencia de un conjunto de conceptos y principios admitidos por todos. Es de esta tradición, entendida como un tesoro que cada generación debe preservar, de donde se extraen, por medio de la *inventio* (descubrimiento) los ingredientes de la solución justa. Estamos, por tanto, ante una dimensión sapiencial de la jurisprudencia de la que fueron conscientes los mismos juristas. Lo demuestran de manera muy característica dos textos de Ulpiano situados en este primer título del Digesto en el que los compiladores reunieron una suerte de «parte general del derecho».

Volvamos de nuevo al primer fragmento, esta vez en su párrafo primero. Escribe Ulpiano: *Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas, sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente*[17]. Con estas pocas palabras el jurista recoge sintéticamente el arco de la fundamentación jurisprudencial. Desde los primeros tiempos, en los que la identidad entre el jurista y el sacerdote distaba de ser una

metáfora, hasta estos primeros decenios del siglo III d.C., en los que el jurista se ubica en el terreno de la filosofía, único territorio donde es posible situar y justificar —en la época de Ulpiano— una disciplina como búsqueda de la verdad de acuerdo con criterios racionales. Por añadidura, cabría detectar en el esquema utilizado por el jurista —filosofía aparente frente a filosofía verdadera— una reclamación del carácter «real», práctico, de la sabiduría jurisprudencial, encaminada a esas alturas del Imperio, a dar soporte técnico a una sociedad muy compleja, cuya supervivencia dependía en buena medida de una interpretación y aplicación correctas de la norma jurídica.

Un sentido semejante al del texto anterior podemos identificar en la definición ulpianea de jurisprudencia: *conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto*[18]. Hay en este caso una significativa adaptación de lo que podemos considerar una definición usual de la filosofía helenística, que encontramos, por ejemplo, en Filón de Alejandría y que aparece recogida en dos pasajes de Cicerón[19]. De esta forma Ulpiano traslada con cierta naturalidad al estudio del derecho el concepto propio de la filosofía. En Roma la jurisprudencia es verdadero conocimiento, ciencia (*cognitio*, *scientia*) de las realidades divinas y humanas. Encontramos el mismo esquema aplicado ya por Verrio Flaco a propósito del pontífice máximo: *iudex atque arbiter rerum divinarum humanarumque*[20]. En la sistematización ulpianea el *ius divinum* queda englobado dentro del *ius publicum*, el cual consiste *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus* (D. 1,1,1,2). Pero parece que en este punto debió alterar por razones políticas —Ulpiano, jurista del poder imperial — la distinción primordial, la que distinguía un *ius divinum* y un *ius humanum.* Ésta la observamos nítidamente en el trasfondo de un pasaje de las *Instituciones* de Gayo: *La primera división de las cosas distingue dos secciones, pues unas son de derecho divino, otras, de derecho humano* (Gai. 2,2).

Así pues, en el ámbito de la jurisprudencia es donde los romanos ejercitaron predominantemente esta actividad de reflexión que llamamos filosofía[21]. El carácter realista de esta reflexión, consecuencia tanto de su objeto como del método casuístico empleado, la convierten en un campo idóneo para inducir a partir de ella los datos esenciales de una antropología general. De esta forma cabe decir que la antropología romana es a la vez jurídica, social y filosófica.

V. EL INDIVIDUO Y EL GRUPO

Es un lugar común de los estudios sobre las sociedades arcaicas —Roma lo fue hasta al menos el siglo IV a.C.— la defensa con mayor o menor intensidad de este principio básico: el grupo es antes que el individuo. Si con este aserto se quieren subrayar los aspectos intensamente comunitarios de este tipo de sociedades, también la romana, para marcar un contraste con las concepciones modernas de signo marcadamente individualista[22], entonces no hay nada que objetar sobre la veracidad de este principio. Ahora bien, incidir sobre la importancia del grupo en la

determinación los aspectos identitarios y organizativos no debe llevar al extremo contrario: el de afirmar la irrelevancia del individuo, negando casi su existencia social. Este cómodo mecanismo interpretativo, tantas veces utilizado, aplicando a la realidad social un principio que va desde lo comunitario a lo individual, puede ser útil como criterio didáctico general, pero a condición de que no se olvide que la realidad estudiada es siempre mucho más compleja y no se deja aprehender por esquemas demasiado artificiales.

Con más exactitud debemos decir que en la Roma arcaica la identidad del individuo se halla condicionada —no determinada— por su pertenencia al grupo, pero sin que esta pertenencia llegue a anular su propia identidad ni, por tanto, excluya un ámbito de libertad individual, en contra de los que proponía Fustel de Coulanges[23] en *La Cité Antique*, de 1864. Además, tal pertenencia se articula en una multiplicidad de relaciones[24] de forma que, más que de grupo en singular, es necesario destacar que la posición del individuo se delimita por una vinculación con varios tipos de comunidades superpuestas, unas fundadas en el parentesco (*gens, familia communi iure, familia proprio iure*), otras en el territorio articulado políticamente (*populus*, curias, tribus) o en diversas especies de relación (de servidumbre, de vecindad, militar, asociativa, fundada en la *amicitia*, etc.). Hechas estas matizaciones, importantes para no caer en erróneas simplificaciones, el orden razonable de la exposición aconseja que nos ocupemos en primer lugar de la estructura del individuo, para pasar después a estudiar los tipos grupales en los que se inserta, bien entendido que en muchas ocasiones la exposición tendrá que hacer valer simultáneamente ambos puntos de vista, como ocurre especialmente con la idea de *caput*, en la que lo colectivo funciona como punto de referencia.

VI. *CAPUT, ANIMA, GENIUS*

Caput es el concepto con el que el derecho romano desde época arcaica califica al individuo en relación a su pertenencia al grupo, de forma que la salida voluntaria o forzosa se designaba como *capitis deminutio*, literalmente «disminución de la cabeza». Es desde la perspectiva del grupo «de salida» desde donde se contempla el fenómeno del cambio, el grupo[25] disminuye, pierde una cabeza, cuando alguien lo abandona. Más tarde la expresión adquiere un sentido más general y significa cualquier cambio en la situación jurídica del individuo, *status*[26], también cuando éste obtiene una mejora en su posición personal (por ejemplo, cuando es emancipado). Los juristas clásicos utilizarán una clasificación triple de la *capitis deminutio.* Ésta es máxima cuando se refiere a los cambios respecto a la libertad y servidumbre, *status libertatis*; media, si las modificaciones afectan a la ciudadanía, *status civitatis*; mínima, cuando el individuo modifica su posición familiar, *status familiae*.

El concepto técnico de *caput* parece haber sido utilizado primeramente en la esfera del derecho público, concretamente en la elaboración del censo de los ciudadanos, una tarea que —al igual que el calendario— es tan antigua como la fundación de la

ciudad (quizá incluso anterior) y que, por tanto, se realizaba desde la época del ordenamiento por curias, anterior al nacimiento de la asamblea por centurias en la época de Servio Tulio, en el siglo VI a.C.[27]. La expresión «pena capital», *poena capitis*, indicaba, desde época arcaica, no sólo la muerte del condenado sino también su expulsión de la comunidad en aplicación del régimen de la *sacertas* y, posteriormente, por aplicación del régimen de la *interdictio aqua et igni*, «prohibición del agua y del fuego», que llevaba consigo la pérdida de la ciudadanía, pero no de la libertad[28]. *Caput* terminará utilizándose, pues, según señala R. Fiori[29], como término que resume la existencia física y jurídica (*civitas libertasque*)[30] del individuo dentro del grupo.

En la mentalidad romana más arcaica, que distinguía dos elementos espirituales en cada ser humano, situados en distintas zonas del *corpus*, la cabeza era la sede del *anima*, del principio vital, que no se extingue con la muerte[31]. En la cabeza se sitúa el *genius* (*iuno* en las mujeres), de forma que se da una equivalencia entre *anima* y *genius.* El genio o alma del difunto recibe un culto semejante al de los dioses superiores. Esta mentalidad aparece muy bien descrita en la crítica que de ella hace Tertuliano en su *Apologeticum* 13, 7, donde las características del culto a los muertos dejan claro que se trata de seres divinos[32], al tiempo que se especifican de una manera particular cuando se trata del culto imperial, una variante a nivel estatal del culto familiar a los difuntos. Escribe el jurista transformado en teólogo cristiano: *¿Qué hacéis en su honor (de los dioses) que no tributéis también a vuestros muertos? Templos, como a ellos; aras, como a ellos; el mismo aspecto y los mismos atributos en las estatuas. Según la edad, los conocimientos, la actividad del muerto, así los del dios. ¿En qué se diferencia el banquete fúnebre, del festín de Júpiter; una copa de libaciones fúnebres, de las que sirven para las libaciones sacrificiales; un embalsamador, de un arúspice? Pues también el arúspice asiste a los muertos. Es natural que decretéis honores divinos a los emperadores muertos, puesto que se los tributáis en vida. Lo aceptarán vuestros dioses; más aún, se congratularán de que sus dueños se igualen a ellos* (trad. de C. Castillo). La naturaleza divina[33] del *genius-anima* es un rasgo característico de la mentalidad romana, regulado o tutelado por el derecho pontifical. En el culto familiar estos difuntos son denominados *lares*, (*divi*) *manes* o *divi parentum* (*divi parentes*)[34]. El hecho de que la religión[35] doméstica los trate como un conjunto no quiere decir que no se fuera consciente de su individualidad tras la muerte: el difunto honrado por sus descendientes es *deus parens*[36]. De hecho, la costumbre de la *nobilitas* patricio-plebeya de utilizar en el culto y, especialmente, en la *pompa funebris* las máscaras individuales de los antepasados, *imagines maiorum*, práctica que debe considerarse un resto de una costumbre arcaica realizada anteriormente con medios mucho más toscos, indica esta necesidad de referir el culto, en la medida de lo posible, a cada individuo concreto. Lo mismo ocurre con las prácticas de enterramiento, como indica la epigrafía funeraria[37]. El paso de las generaciones y el inevitable olvido de sus integrantes explica que la referencia en el culto termine siendo a los difuntos, así, con un carácter

genérico expresado en el plural *manes*.

VII. *ANIMUS, CORPUS*

En la zona del pecho se ubicaba originariamente el *animus*[38]; a él corresponden la conciencia, el conocimiento, la intencionalidad, las emociones; también la *culpa* y el *scelus* en el sentido primigenio de estos conceptos, muy próximos al de *peccatum*. Es característica la expresión «conciencia de culpa», *conscientia culpae*, y otras derivadas[39].

Entre los textos que pueden ser citados como testimonio de la dicotomía entre *anima* y *animus*, recogemos éste de Nonio, *De compendiosa doctrina* 426, 25: *animus y anima se distinguen en esto: animus es aquello por lo que sabemos; anima, aquello por lo que vivimos.* Pero ya antes del siglo I a.C. se produjo la fusión conceptual de ambos elementos, de modo que llegan a utilizarse casi siempre como sinónimos durante el resto de la época clásica. Cicerón nos dice que los romanos utilizan ambos términos para describir la misma realidad[40]. De modo que se llega a la estructura dual característica del ser humano: un elemento material, perecedero, el *corpus*; y un elemento espiritual, perdurable, el *animus* (o *anima*): *somos hombres, constamos de un ánimo y de un cuerpo*[41]. Sin embargo, la identidad del yo individual reside en el *animus*[42]. Constituye un rasgo común en el pensamiento arcaico la desvalorización del cuerpo humano, sujeto a la corrupción. En una aparente paradoja, el concepto de *corpus* se reserva en la jurisprudencia romana para denominar a las llamadas modernamente personas jurídicas de tipo asociativo: ellas sí que gozan de un cuerpo tendencialmente inmortal por la continua renovación de sus componentes[43].

La utilización jurídica del concepto de *animus* (o expresiones equivalentes[44], tal como el participio de presente *sciens*[45], *mens* o, en este contexto, *conscientia*[46]) resulta ser una constante de la jurisprudencia romana[47] y no, como era costumbre afirmar hasta hace algún tiempo, el resultado de una evolución postclásica finalizada en época justinianea. Las fuentes hablan del *animus* de delinquir, de hurtar (*furandi*), de injuriar (*iniuriandi*), de constituir una obligación[48], de gestionar negocios ajenos (*negotia aliena gerendi*), de novar una obligación (*novandi*), de donar (*donandi*), de abandonar una cosa (*derelinquendi*)[49], incluso del hábito de los animales extraviados de volver al lugar habitual (*revertendi*). El *animus* aparece también en la doctrina sobre el error[50]. En la reflexión jurisprudencial sobre el *domicilium*[51], particularmente en el tratamiento de esta materia en Celso. Dejamos aparte los variados supuestos de su uso en el derecho de familia y hereditario (por ejemplo, el *animus* en la *pro herede gestio*[52]), que alargarían innecesariamente la exposición. Asimismo, el propio concepto de *causa*[53] en el negocio jurídico, pieza esencial del vocabulario técnico de los juristas, dado que recoge la que con Aristóteles llamamos causa final, absorbe dentro de un esquema objetivo y típico la idea de finalidad que,

en la aplicación concreta de cada negocio, coincide con el *animus*, el cual produce, por decirlo de alguna manera, la encarnación concreta de la *causa* del tipo negocial, cada vez que es utilizado en la práctica.

La contraposición *corpus – animus* ocupa un lugar central en la teoría clásica[54] de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión[55]. Por su parte, la idea de *corpus* se contrapone en algunos pasajes al concepto de derecho, *ius*[56], sin duda en paralelo con el esquema *res corporales – res incorporales* (estas últimas se refieren a las nociones del entendimiento[57]). Así pues, tienen una naturaleza jurídica —son nociones jurídicas— y no fáctica, la *hereditas* y la *bonorum possessio*[58]. Participa de esta consideración jurídica y no corporal la *possessio* tal como es protegida por el *interdictum uti possidetis*, de acuerdo con la opinión del jurista Elio Galo (principios del siglo I a.C.) recogida por Festo[59], según la cual, la *possessio* no se integra entre aquellas cosas *quae tangi possunt*, cosas que se pueden tocar, es decir, entre las *res corporales*. Asimismo, el *corpus* parece configurarse como una realidad separada en el régimen de la noxalidad, pero pronto descubrimos que la venganza pesa sobre el culpable únicamente mientras vive, *quamdiu vivit*, de forma que como escribe F. de Visscher, es en realidad el *anima* lo que se ofrece al ofendido[60].

Corpus se contrapone a *patrimonium* en el curso del desarrollo de la ejecución procesal de la sentencia[61]. El momento culminante que marca un antes y un después en esta materia es la aprobación de la *lex Poetelia Papiria*, probablemente del 326 a.C. La norma, saludada por Livio como un nuevo comienzo de la libertad, *aliud initium libertatis*, introduce el principio de la responsabilidad patrimonial y no personal. Con ella queda abolida la figura del *nexum*, en la que se llevaba a cabo una autopignoración del deudor como garantía del préstamo de consumo, con inclusión de los intereses[62]. Establece que el *corpus* del deudor no sea ya *obnoxius*, es decir, *obligatus*; y que la responsabilidad afecte a sus bienes, *bona debitoris*[63]. Desde la perspectiva de nuestros estudios podríamos señalar que a partir de este momento, finales del siglo IV a.C., la responsabilidad en el ámbito del derecho privado comienza[64] a trasladarse desde el *corpus* a un elemento concebido como prolongación de éste, pero también como su sustitutivo: los bienes que integran el patrimonio. Finalmente, como un asunto relacionado con lo anterior, cabría decir que el concepto clásico de obligación excluye la sujeción directa del *corpus* del deudor y la sustituye por una *actividad* debida (mucho después llamada prestación) de *dare*, *facere* o *praestare*[65].

En el derecho de asociaciones romano el reconocimiento de la existencia de la asociación, que es tanto como afirmar su capacidad jurídica, se describe por medio de una expresión característica: *corpus habere* —D. 3,4,pr.-1 (Gayo, *ad edictum provinciale*)[66]—. Este «tener cuerpo»[67] implica, por un parte, el mencionado reconocimiento de una existencia jurídica y, por otro, la equiparación con el ser humano y la remisión implícita a un dualismo en este caso aplicado a una entidad diversa del hombre. Al *corpus* el derecho añade un elemento espiritual identificado con la voluntad de sus integrantes y, específicamente, por los órganos rectores de la

entidad. En el caso del *corpus* de la *civitas* la contraposición puede establecerse entre aquél y las *leges*, las cuales actúan como *mens*, *animus*, *consilium*, *sententia* de la Ciudad, dado que son la expresión de su voluntad[68].

VIII. *HOMINES, HUMANITAS, IUS GENTIUM*

Extrañamente, según la manera moderna de pensar, el mundo humano en la Roma de la primera época incluía también a los dioses. Es sólo una forma de expresarlo. También podríamos decir que el mundo de los dioses y el de los hombres (incluyendo a esos hombres-dioses que son los difuntos) se percibía como un *continuum*, como un cosmos ordenado por el principio de jerarquía (*maiestas*), pero también por el de semejanza e intercomunicación (*communitas*). De esta forma, *ius divinum* y *ius humanum*, cosas de derecho divino y cosas de derecho humano. La jurisprudencia como conocimiento de las cosas divinas y humanas. Éstas y otras fórmulas semejantes[69] pueden parecernos a distancia de siglos expresiones vacías, huecas y absolutamente faltas de consecuencias prácticas. Sin embargo, esta comunidad entre los dioses y los hombres constituye el primer elemento a tener en cuenta en la comprensión del punto de partida ideológico e institucional de la sociedad romana. Pasados más de quinientos años desde la fundación de la Ciudad, en torno al 200 a.C., el pensamiento romano comenzará a revestir estas concepciones primordiales con ropajes filosóficos, extraídos fundamentalmente de la doctrina estoica, aunque la reflexión —como casi siempre— proceda de Platón[70]. Para comprender este estado de cosas desde los condicionamientos de nuestras categorías mentales podemos utilizar la expresión «pensamiento teológico-jurídico» u otra similar. Se trata, en todo caso, de tener bien presente que lo que para nosotros queda constituido como dos ámbitos autónomos y casi antitéticos, para ellos se representa como una realidad unitaria.

No resulta extraño, por tanto, que el concepto de ser humano, *homo* (*hemo*), desde el punto de vista de su raíz etimológica, se construya como una oposición entre lo terrestre, precisamente el hombre, y el ámbito de lo celeste, es decir, de los dioses[71]; al tiempo que sea subrayado, en el caso de los hombres, su parentesco etimológico y real con *humus*, la tierra[72].

Desde la perspectiva antropológico-jurídica romana lo verdaderamente característico de este concepto romano de *homo* es su extensión universal. Esta nota de la universalidad es un rasgo diferencial respecto a otras sociedades históricas. Herederos de Roma, estamos de nuevo ante uno de esos elementos de nuestro legado cultural que la fuerza de la costumbre nos ha hecho terminar contemplando con la más absoluta superficialidad e indiferencia, cuando se trata en realidad de un elemento distintivo de Occidente, cuyas raíces romanas —desde la época arcaica de Roma— se evidencian tan pronto como nos sumergimos un poco en la historia de esta noción. Hay que añadir, por otro lado, que *homo* se configura originariamente como un concepto jurídico-técnico. La conjunción de ambos factores, el rasgo de la

universalidad y su textura jurídica, que no excluye sino que dignifica el factor puramente «natural»[73], configuran una categoría esencial en la forma romana de ver el mundo que es, no lo olvidemos, la de la civilización occidental. Roma aporta un ideal marcado por el rechazo de lo étnico y basado en la participación en la idea de *civitas*, de ciudadanía, la cual supone un vínculo jurídico inmune a los riesgos de la aplicación de criterios de biología humana en el diseño sociopolítico.

Homo como categoría jurídica engloba tanto a los hombres como a las mujeres. Así constatamos su aplicación en la Ley de las XII Tablas[74] y otras normas de la época más antigua (con una especial claridad en el *fragmentum Atestinum*[75]), de forma que Gayo puede concluir rotundamente que *no se duda de que la palabra «hombre» comprende tanto la mujer como el varón*, D. 50,16,152 (Gayo, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*). Igualmente se aplica al concebido no nacido, el cual, aunque desde el punto de vista físico se califica como una porción de la mujer —no sin apreciar ya entonces su existencia autónoma[76]— sin embargo, es sujeto al que se le aplican normas jurídicas: el derecho protege *al hijo concebido como si ya estuviera en el mundo de los hombres*[77]. El pretor arbitró medidas para defender sus expectativas hereditarias[78]. Asimismo, *homo* se aplica de forma generalizada a los siervos, hasta el punto de que este uso ha llevado a algunos autores a la confusión de pensar que *homo* como término jurídico significa exclusivamente «esclavo».

Finalmente, el concepto de *homo* se refiere a los extranjeros, *peregrini*. La garantía de que estamos ante un uso jurídico arcaico y no simplemente ante un empleo de la palabra en el habla vulgar la ofrece el derecho fecial, es decir, aquel sector del derecho sacerdotal —Colegio de los Feciales[79]— que desde la época más antigua se ocupaba de formalizar las relaciones internacionales de Roma con otras comunidades. Dentro del complejo ritual de la declaración de guerra, concretamente en el momento clave de la *indictio belli*, el *pater patratus* pronuncia la fórmula que conocemos por Livio (1,32,13)[80]: *Dado que los pueblos de los antiguos latinos y los hombres de los antiguos latinos (*hominesque *Prisci Latini) hicieron o cometieron delito contra el pueblo romano de los quírites; dado que el pueblo romano de los quírites decidió que hubiera guerra con los antiguos latinos y que el senado del pueblo romano de los quírites dio su parecer, acordó y tomó la decisión de que se hiciera la guerra a los antiguos latinos, por esa razón yo y el pueblo romano declaro y hago la guerra* (en singular: *indico facioque*) *a los pueblos de los antiguos latinos y a los hombres de los antiguos latinos (*hominibusque *Prisci Latini).* Como en otras ocasiones, debemos al trabajo diligente de Livio la preservación de esta preciosa fórmula arcaica. No es momento de entrar en el análisis del texto ni, menos aún, en los requisitos formales previstos por el derecho fecial para la declaración de guerra. Deberíamos poner nuestra atención únicamente en una peculiaridad a primera vista intrascendente pero que, considerada con ojos de jurista, revela un dato muy significativo: el hecho de que se invoque no sólo al pueblo contra el que se lleva a cabo la acción ritual, sino que a esta mención se añada explícitamente la de todos sus integrantes, *homines*, que quedan así reconocidos en su existencia jurídica. De manera semejante, en el caso de Roma, la descripción técnica de la comunidad

política se lleva a cabo por medio de un concepto genérico, *populus*, pero a éste se añade igualmente el conjunto de sus integrantes, *de los quírites, de los ciudadanos*.

Estos antecedentes explican que sobre la concreta y arcaica noción de *homo* se construya el concepto abstracto de *humanitas* y que ésta sea una categoría genuinamente jurídica romana[81]. Dispone de una consistencia que, como ocurre con muchas categorías del pensamiento romano, pudo fortalecerse mediante la absorción desde el siglo II a.C. de ideales griegos[82] —en este caso la *filantropía* y la *paideia*—, pero sin que esta influencia implique negar el punto de partida y la esencia de la noción. *Humanitas* es sustancialmente la cualidad de lo humano: el término no es puramente descriptivo, sino que reconoce un mínimo de dignidad y atribuye ese reconocimiento mediante instrumentos jurídicos concretos, muchas veces innovados en función de las circunstancias. Su fuerza reside en el fundamento jurídico del concepto, en su capacidad para la integración, para la convivencia[83]. En la *humanitas* se expresa la tendencia romana hacia lo universal encarnada en un esfuerzo sostenido para dotar al mundo de los hombres de una organización lo suficientemente flexible como para ser capaz de abrazar en un proyecto común todas las diferencias y hacerlo no desde una perspectiva utópica, sino realista.

Aunque el reconocimiento universal y efectivo de lo humano se manifiesta en campos muy variados[84], hay uno sobre el que su incidencia es reveladora: el del derecho de gentes, *ius gentium*, un concepto sobre el que demasiadas veces se ha subrayado la influencia de la filosofía helenística siendo como es una creación estrictamente romana y parte de su propio *ius civile* en sentido amplio[85]. Tal vez el hecho de que el *ius gentium* aparezca tanto en el exordio de las *Instituciones* de Gayo como en el primer título del Digesto[86] integrando una especie de pórtico teórico al tratamiento institucional, tendencialmente unificado con el *ius naturale*[87], haya favorecido esta consideración más filosófica que plenamente jurídica, y trasladado el centro de gravedad del análisis fuera de lo puramente jurídico, hacia su periferia. En su origen, el *ius gentium* era una categoría puramente romana que sólo por una vía reflexiva se asimilaba a un *ius naturale* teorizado por la filosofía.

Escribe Gayo en un pasaje recogido en D. 1,1,9, tantas veces citado: *Todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres, usan en parte su derecho peculiar, en parte el común a todos los hombres (*communi omnium hominum*). Pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es de la misma ciudad. En cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres (*inter omnes homines*), es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los grupos humanos.*

Si llevamos a cabo una sucinta comparación con la fórmula de la declaración de guerra recogida por Livio, descubrimos que existe una cierta continuidad a lo largo del tiempo. Es la misma mentalidad la que se expresa en ambos textos. En las dos ocasiones se yuxtaponen las categorías jurídicas de *populus* y de *homo* de una forma que a primera vista puede parecer confusa. Sin embargo, sabemos que esta simbiosis entre la organización política comunitaria (el *populus* o las *gentes*) y el ser humano

considerado tanto en su especificidad como en su universalidad (*homo*) resulta ser la manera característica con la que Roma interpreta y construye el mundo de los hombres. Como apuntábamos más arriba, la tensión entre lo comunitario y lo individual, que en las sociedades arcaicas y antiguas (también en Grecia) suele inclinarse hacia un claro predominio del primero de estos factores, encontró en Roma un equilibrio fundado en el reconocimiento del ser humano independientemente de su pertenencia al grupo.

Con el instrumento del *ius gentium* el derecho romano fue capaz de romper el carácter centrípeto y exclusivista propio de los ordenamientos jurídicos arcaicos. En Roma la expansión territorial y las relaciones económicas con otras sociedades fueron acompañadas y empujadas por una adaptación simultánea del propio derecho. Lo extraordinario de esta transformación radicó en que con ella Roma no renunció a sus principios jurídicos ni a la alta calidad de la reflexión jurisprudencial. No hubo un abandono del derecho privado para copiar las instituciones propias de una especie de *koiné* jurídica mediterránea (idea ésta de un derecho común mediterráneo ya de por sí absolutamente problemática). Más bien hubo una consciente depuración del derecho romano que lo aproximó «desde dentro», apelando a categorías como la *fides* y la *conventio*, a las exigencias de las sociedades con las que Roma iba entrando en contacto progresivamente.

Fue el mismo derecho romano el que gracias a la reflexión de sus juristas se universalizó, haciendo de esta tendencia a lo universal el quicio de su identidad propia y la causa última de su éxito en la historia. Si esto fue posible, se debió a la fuerza de la *humanitas* como principio organizativo. La jurisprudencia afrontó las necesidades de cambio con un espíritu abierto, sin demasiados prejuicios, con la elasticidad que encontramos también en otras facetas de Roma, como, por ejemplo, en sus soluciones en el ámbito de la organización territorial[88] o en la asimilación de una pluralidad de formas literarias y culturales. La aplicabilidad de las instituciones de *ius gentium* a los extranjeros no debe ser juzgada como la consecuencia de una dicotomía entre lo interno y lo externo, como dos partes independientes, sino como el triunfo de un sentido inclusivo del derecho, tendencialmente aplicable a todos los hombres (extranjeros o no), presente tanto en el edicto del pretor urbano como en el del pretor peregrino, fundado en la *ratio naturalis*, es decir, en los presupuestos de la *humanitas* como noción abierta a todos los seres humanos[89].

IX. *MATRIMONIUM* I: SU FUNCIÓN GENÉTICA EN LA SOCIEDAD ROMANA

El parentesco por agnación tiene por fuente la *patria potestas*[90] y ésta se origina —como regla general[91]— mediante la concepción[92] del hijo o hija dentro del matrimonio contraído según los requisitos establecidos por el derecho. Escribe Celso en el libro 29 *digestorum*: *Cuando se contraen nupcias legítimas los hijos siguen al padre; el concebido fuera de ellas sigue a la madre*[93]. Todavía más claro, pese a su extensión, es este pasaje de Modestino en el que didácticamente se especifican los

dos tipos de parentesco y la función del matrimonio cuando se trata del parentesco de derecho civil (agnación): *Entre los romanos el parentesco se entiende en dos sentidos: pues hay un parentesco de derecho civil y otro natural. Cuando concurren ambos derechos se contrae parentesco natural y civil a la vez. Se entiende por parentesco natural y no civil el que deriva de las mujeres, cuando una mujer tiene hijos ilegítimos. El parentesco civil o legítimo sin derecho natural consiste en la adopción. Participa el parentesco de ambos derechos cuando deriva de un matrimonio legítimo. El parentesco natural se llama simplemente así, y el civil, aunque también se llama perfectamente de esta manera, se llama con más propiedad agnación, que es el que viene por línea de varón*[94].

Dentro de la concepción romana el matrimonio ocupa un lugar central en la estructura social. Funda la familia, constituye el presupuesto de la *patria potestas* y, con ella, del parentesco civil o agnaticio. Las nupcias aseguran la continuidad ordenada[95] de la familia, pero también del *populus Romanus*. Es el semillero de la *res publica* (Cicerón, *De officiis* 1, 17, 54) y, por ello, objeto de una especial atención por parte del censor[96]. El propio emperador Augusto, en su cometido de renovación de la sociedad romana, prestó una atención preferente a las cuestiones matrimoniales en su programa legislativo[97]. Este aspecto de la procreación de los hijos aparece como la finalidad esencial, al menos desde el punto de vista público[98].

X. *MATRIMONIUM* II: ¿DE LA FORMA AL CONSENSO?

El régimen del matrimonio arcaico (no el primitivo), como todas las instituciones de la época, quizás en este caso de un modo peculiarmente intenso, al menos para la clase patricia, se fundaba en presupuestos que hoy llamaríamos religiosos y que en Roma aparecen bajo la regulación de *ius sacrum* o derecho pontifical[99]. Asimismo, es necesario hacer notar que en los primeros siglos la mujer casada ingresaba jurídicamente en la *gens* y familia del marido. Originariamente la ceremonia nupcial y el negocio jurídico que producía la incorporación de la mujer en el grupo agnaticio marital (*conventium in manum*) formaban una unidad. El acto se llamaba *confarreatio,* por el ofrecimiento ritual de una torta de espelta (*panis farreus*). Se llevaba a cabo ante el pontífice máximo, el *flamen Dialis* y diez testigos. No conocemos al detalle sus requisitos pero es cosa cierta que la forma poseía originariamente efectos constitutivos[100], es decir, la *confarreatio* era un negocio jurídico formal.

El formalismo[101] constituye, como se sabe, uno de los rasgos típicos de todo ordenamiento en su fase arcaica. El formalismo no es un fenómeno originario. Se impone sólo cuando las sociedades igualitarias ingresan en un sistema de jefaturas, las cuales, por su parte, se fundan en una teología política que termina por impregnar a todo el ordenamiento. Este formalismo arcaico tiene su fiel reflejo en el derecho matrimonial. Junto a la *confarreatio* otras formas de *conventio in manum* —el *usus* y la *coemptio*[102] completan las modalidades de la *conventio in manum*—. En éstas se

produce una disociación entre el negocio jurídico matrimonial y el mecanismo a través del cual la mujer ingresa en la familia del marido. Aun así, la celebración del matrimonio siguió conservando su naturaleza formal, aunque las fuentes no nos expliquen con claridad cuál era esta forma esencial. Conocemos ya en época más avanzada y con efectos en esos momentos puramente declarativos o probatorios (no constitutivos) requisitos como la toma de los auspicios, la realización de un sacrificio, la *deductio in domum mariti* (entrada ritual en el domicilio conyugal), el ofrecimiento del agua y del fuego, el pronunciamiento por la mujer de la conocida fórmula *ubi tu Gaius ego Gaia* y otros requisitos[103], pero no sabemos cuáles de ellos pertenecen a la estructura jurídica originaria del negocio jurídico matrimonial y cuáles poseen un valor puramente ceremonial, sin efectos jurídicos.

A partir del siglo II a.C.[104], probablemente antes, decae la *conventio in manum*, un hecho que objetivamente mejora la condición jurídica de la mujer[105]. Paralelamente el requisito de la forma constitutiva da paso a una nueva concepción en virtud de la cual el matrimonio no depende para su existencia de un ceremonial predeterminado por el derecho sino exclusivamente del consentimiento manifestado adecuadamente por los cónyuges y mantenido en el tiempo. Como escribe E. Cantarella: el matrimonio dependía a partir de este momento histórico del hecho de que dos personas con capacidad para ello (*conubium*) iniciaran una convivencia acompañada de la intención de ser marido y mujer (*maritalis affectio*). Este esquema consensual no es un fenómeno aislado que afecte sólo al negocio jurídico matrimonial. Forma parte de una evolución de largo alcance en la que Roma fue abandonando el formalismo originario, sustituyéndolo de manera predominante por un derecho en el que los efectos de los actos se hacían depender del consentimiento. Así, en esta misma época se configuran como contratos *consensuales*, fundados en la *fides bona*, figuras como el mandato, la sociedad, la compraventa y los diversos tipos de arrendamientos. En particular se hace evidente una cierta semejanza entre el matrimonio y el contrato de *societas*, en el cual la *affectio* (*affectio societatis*) implica también un consenso continuado en el tiempo, cuya desaparición acarrea la disolución de la relación jurídica (*dissensu solvi societatem*). Al igual que el nuevo matrimonio sustituye al antiguo negocio regido por el principio de la forma constitutiva, la *societas* ocupa el lugar del arcaico y formal *consortium*, constituido por medio de una acción ante la autoridad jurisdiccional (Gai. 3, 154b)[106].

El consentimiento matrimonial[107] se manifestaba por un comportamiento reconocible socialmente que aseguraba la existencia y la dignidad de la unión; especialmente, dada su situación más débil en el mundo del derecho, la dignidad de la mujer[108]. Los romanos llamaban a esto *honor matrimonii*[109]. La institución de la dote, una donación especial que se hace al marido con la finalidad patrimonial de contribuir a las cargas del matrimonio, cumple además esta importantísima función simbólica de dar visibilidad social a las nupcias[110].

XI. *MATRIMONIUM* III: ESTABILIDAD Y DIVORCIO

También en este punto se cumple la ley histórico-jurídica que ya conocemos, la de la pugna entre la familia y el Estado. En la época más arcaica, cuando las estructuras del *populus Romanus* son aún débiles y el grupo familiar ocupa una posición esencial en la vida social, económica y política, el matrimonio aparece revestido de una intensa estabilidad. Según una *lex regia* atribuida a Rómulo el marido no podía repudiar a la mujer sino en virtud de una justa causa: de otro modo era castigado con la pérdida de la mitad de su patrimonio, consagrado a Ceres[111]. El repudio de la mujer era objeto de vigilancia por los censores y requería, en todo caso, el concurso del *consiliun domesticum*[112]. Otras fuentes indican que las nupcias en la forma de la *confarreatio* eran indisolubles[113] y que en Roma durante mucho tiempo ningún matrimonio se disolvió: se recordaba el nombre del primero, el de Carvilio Ruga, a finales del siglo III a.C.[114].

El triunfo del Estado —acompañado del éxito de la ideología estatal— provoca un debilitamiento progresivo del matrimonio, dado que las funciones familiares, vitales en otro tiempo, han ido cayendo del lado de las competencias públicas, de modo que la mayor o menor solidez del grupo familiar empezaba a ser vista como un asunto puramente privado. La *civitas* ha reducido el papel de la *agnatio*. En todo caso, desde finales de la República, el divorcio se convierte en un fenómeno habitual, facilitado por la estructura consensual del matrimonio, la cual simplificaba la ruptura del vínculo[115] por ambas o una de las partes sin necesidad de realizar ningún tipo de acto jurídico específico. La difusión del cristianismo y la adopción de éste como religión oficial desde finales el siglo IV d.C., produjo una nueva restricción de las posibilidades de divorcio. En todo caso, la *affectio maritalis*, consentimiento extendido en el tiempo, fue sustituida por el consentimiento inicial como elemento clave[116]. ¿Hubo un debilitamiento del Estado a partir del siglo IV d.C.? Las apariencias podrían apuntar hacia una respuesta negativa, dado, por ejemplo, el peso de la fiscalidad y el control estatal de la economía. No obstante, pensamos que también en este caso se cumple la «ley» que venimos comentando. Roma no se recuperó de la crisis del siglo III d.C. Las medidas legislativas tomadas a partir del siglo IV d.C., expresan una voluntad de recuperación por parte del poder público, pero fue en vano. Las fuentes literarias y la arqueología hablan claramente de una vuelta a la economía natural (es decir, familiar) y de un predominio del medio rural sobre el urbano. Esto quiere decir que debemos contar con un fortalecimiento de la institución familiar, reforzada ahora por la moral cristiana, que alcanzará un momento de auge en la Alta Edad Media, en la que el parentesco impone otra vez su predominio al territorio como criterio de organización social.

La decadencia del modelo arcaico de familia en la sociedad romana es, pues, la causa última de la inestabilidad del matrimonio a partir del siglo III a.C. La definición de un discípulo de Ulpiano, Herennio Modestino, muerto después del 239 d.C.[117], recogida en el Digesto, constituía para el tiempo en que fue formulada algo así como la presentación de un modelo ideal; sin embargo, su contenido responde al esquema jurídico vigente, real, en la época arcaica: *las nupcias son la unión de un hombre y de*

una mujer, el consorcio de toda la vida, la comunidad de derecho divino y humano[118]. Este modelo original, el de la unión de un hombre y una mujer (monogamia) para siempre (indisolubilidad) es el que será retomado por el cristianismo y formalizado posteriormente por medio del derecho canónico.

XII. VIVOS Y DIFUNTOS. *PIETAS*. LAS TRANSFORMACIONES DE LA *HEREDITAS*

Hemos hablado del modelo arcaico de familia. ¿Qué rasgos podemos señalar como más relevantes? Algunos de ellos ya han quedado apuntados en apartados anteriores: el criterio de la agnación (parentesco unilateral por línea masculina); la necesidad estructural de estabilidad; el carácter vitalicio y disciplinario de la *patria potestas*; la función económica (la familia como unidad de producción y no sólo de consumo); la *conventio in manum*, que introducía a la mujer casada en la familia del marido rompiendo los vínculos con la familia de origen; el matrimonio, como institución regulada por el derecho pontifical. A todos ellos hemos de sumar el rasgo más definitorio y, al mismo tiempo, diferencial respecto al modelo sucesivo de familia, el que se impuso en Roma a partir del siglo III a.C. y que podemos describir casi lapidariamente del siguiente modo: la familia era una comunidad de vivos y difuntos. De ahí la importancia del culto a los muertos, *sacra familiaria*. Esta característica que con óptica moderna —a nuestros efectos lo moderno, al menos en Occidente, empieza en torno al siglo III a.C. y continúa hasta la actualidad— suele quedar relegada como una especie de rasgo folclórico, encierra, sin embargo, el núcleo del concepto de comunidad familiar en su sentido originario.

El autor que mejor ha sabido describir esta dimensión simultáneamente transitoria y perenne de la familia originaria ha sido N. D. Fustel de Coulanges en su obra más conocida, *La ciudad antigua*, cuya primera edición apareció publicada en 1864. Escribe el autor que cerca de los miembros vivos de la familia reposan los restos de varias generaciones de antepasados[119]: sus tumbas resultan ser una segunda mansión de la sede familiar, *domus aeterna*. La muerte no ha separado a los difuntos, que son ahora *maiores*. «Lo que une a los miembros de la familia antigua, ese algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella la familia forma un cuerpo en esta vida y en la otra»[120]. Efectivamente, con gran probabilidad la familia arcaica era considerada por el derecho como un *corpus*, una entidad unificada y atemporal en la que los nuevos miembros van tomando el lugar de los difuntos y forman con ellos una comunidad[121].

El culto familiar[122], *sacra familiaria*, consiste básicamente —ocurre en todas las sociedades primitivas y arcaicas[123]— en un culto a los muertos, desplegado en un conjunto de prácticas rituales realizadas a lo largo del año. La continuidad familiar queda supeditada a la realización de estas ceremonias, de forma que el mecanismo jurídico —regulado por los pontífices (Cicerón, *De legibus* 2, 22, 55)— centra su

atención en que se lleve a cabo rectamente esta actividad entendida como esencial[124]. Por eso durante mucho tiempo no puede entenderse que pueda haber otros herederos distintos de los miembros de la familia (*heredes sui*). Por eso también las primeras formas testamentarias —el *testamentum calatis comitiis* y una variante del mismo, el *testamentum in procintu*[125]— no son sino formas de adopción *post mortem* en las que se accede a la condición de heredero mediante la filiación legítima adoptiva.

Los herederos suceden al causante en su función, en su posición familiar, más que en su patrimonio, el cual era concebido como un patrimonio familiar, comunitario, no individual, ya compartido como venimos repitiendo en vida del *paterfamilias*[126]. Hay que entender que la aplicación del primer testamento en sentido estricto —*testamentum per aes et libram*— tenía por objeto, más que romper los lazos familiares, modular esta sucesión familiar en cada caso concreto[127], por ejemplo, por medio de la exheredación de un hijo debido a su comportamiento, salvaguardando siempre los deberes que impone la *pietas* en el ámbito familiar. Esta virtud esencial de la *pietas*[128] —cercana a *fides*— se ejerce tanto respecto a los vivos como hacia los difuntos, *dii parentes*[129], *maiores* y, por tanto, titulares de un cierto tipo de *maiestas*[130]. Respecto a los vivos, la *pietas* posee el carácter de la reciprocidad: es una virtud de los hijos respecto a los padres (así el modelo de Eneas respecto a su padre Anquises tan repetido en la literatura y arte romanos), pero también de los padres respecto a los hijos[131] (según se observa, por ejemplo, en la *querella inofficiosi testamenti*, fundada en el *officium pietatis*). Así pues, el *consortium* familiar no reunía sólo al *paterfamilias* y a sus *alieni iuris* (sometidos a su potestad), sino que en él participaban también las generaciones anteriores. La agnación no se interrumpe con la muerte, los *manes* no son sino los agnados[132] que han padecido la muerte y tras ella continúan viviendo, aunque de otra forma. Las exigencias del culto a los antepasados se plasman en el detenimiento con el que el derecho pontifical trataba el régimen de los sepulcros, *ius sepulchri*. El tipo original, el llamado después sepulcro familiar para distinguirlo del posterior sepulcro hereditario, respondía al tipo originario de sucesión antes comentado: a él tenían derecho los miembros de la familia por el hecho de serlo, independientemente de las vicisitudes de la cualidad de heredero[133].

Según se comprueba, estamos ante un modo de ver las cosas muy lejano del nuestro. El caso es que esta misma sensación de estupor fue sentida por las generaciones romanas que vivieron tras las modificaciones sustanciales que la Urbe experimentó desde el siglo IV a.C.[134], de forma que cuando escriben los juristas tardoclásicos, en torno al 200 d.C., todo aquel mundo de las familias casi autárquicas, del parentesco agnaticio, de los *sacra*, de la función «religiosa» del heredero, y otros puntos semejantes, eran ya juzgados como una reliquia del pasado. Nos cuenta Cicerón en el *De legibus* 2, 18-20, que el Colegio de los Pontífices tuvo que afrontar el problema —desde mediados del siglo III a.C.— planteado por la dificultad de determinar en muchos casos a quién había que atribuir la responsabilidad de los *sacra*, considerados cada vez más como una carga económica prescindible[135]. Las

soluciones propuestas por los decretos pontificios no hacen sino certificar el hundimiento de la concepción arcaica de la familia. La *hereditas* se había patrimonializado. El componente de la *continuatio* de la familia entendida como una entidad atemporal había dado paso a un esquema distinto, más parecido al de la mentalidad moderna, en la que el heredero ve en la herencia primordialmente un valor económico y no una responsabilidad fundada en la *pietas*. Unido a lo anterior, también la posición del *paterfamilias* modificó su naturaleza jurídica. En la primera época arcaica predominaba aún una percepción comunitaria de la familia y el padre actuaba como un gestor temporal de un *corpus* idealmente atemporal. Pero el auge del poder estatal alteró la función patriarcal y concentró en el *paterfamilias* la titularidad de unos derechos que previamente habían sido atribuidos a la familia como corporación. En este sentido podemos decir que el Estado produjo un cierto tipo de individualismo limitado a la figura del padre de familia y alteró para siempre el primer equilibrio familiar fundado en la dialéctica *potestas – pietas*. En el fondo ésta fue otra vía de «ataque» hacia el entramado de la estructura familiar de signo comunitario. El resultado de la imposición de este individualismo selectivo fomentado por la ideología estatista llevó consigo una distorsión de la naturaleza jurídica de la familia arcaica. Los herederos dejaron de ser los continuadores de la personalidad del causante (según el modelo de la sucesión) y se transformaron en los receptores de unos derechos y obligaciones desligados de un verdadero vínculo familiar[136].

Esta concepción religioso-jurídica de la familia primitiva y arcaica vivió una significativa recuperación —por completo artificial pero políticamente decisiva— en la época del Imperio. La ideología oficial de este régimen político trasladó al príncipe la condición de *pater*[137], buscando así una adhesión emocional despolitizada bien estudiada en éste y en otros muchos casos por la sociología del poder. A partir del mismo Augusto en el 2 a.C. (con el precedente de Julio César), los emperadores solían aceptar el título de *pater patriae*. Antes incluso, en vida de Julio César, el Senado empezó a admitir un culto al emperador —a su *genius*, a su *numen*— quizás más restringido en el ámbito italiano pero floreciente sobre todo en la parte oriental del Imperio. Se configuró con tales medidas una «familia imperial sagrada» —casi nunca en sentido biológico sino más bien basada en la adopción e incluso en la pura ficción por intereses políticos— en la que el emperador actual asumía los *sacra* de los emperadores anteriores (divinizados tras la *consecratio* decidida después de su muerte por la asamblea senatorial). El culto imperial, por otra parte, jugó un papel muy importante en la vertebración del mundo provincial romano. Ahora bien, al apropiarse de este rasgo distintivo del grupo familiar arcaico, el culto imperial representa de algún modo la prueba de la victoria del Estado sobre la familia, al menos, en los tres primeros siglos del Imperio.

XIII. LAS SOMBRAS DE LA DESIGUALDAD. LA SERVIDUMBRE

Cuando se escribe una obra de estas características se corre el riesgo de incurrir en una apología ingenua de las realidades tratadas, disimulando o ignorando los aspectos oscuros que puedan resultar más problemáticos. Este tipo de planteamientos invalidan la utilidad del estudio y siembran dudas incluso sobre aquellas afirmaciones que no se apartan un ápice de la verdad.

La concepción romana del hombre ha de ser estudiada no por su hipotética perfección de acuerdo con criterios morales y jurídicos del siglo XXI, sino porque nuestra propia antropología se encuentra condicionada por la concepción romana, de la cual procede en sus principios generales pese al tiempo transcurrido[138]. Estudiamos la antropología romana como un ejercicio de autocomprensión, como una forma de llegar hasta los estratos de nuestra identidad más profunda. Los dos grandes vehículos por los que se transmite una antropología social (social en el sentido de que responde a criterios descriptivos, objetivos, y no al modelo teórico de algún pensador) se encuentran constituidos por la lengua y el derecho. Pues bien, ambos elementos, el latín y el derecho romano, ejercen aún una influencia decisiva en la mentalidad y estructuras de las sociedades occidentales. Creo que cualquier persona culta admite sin problema la afirmación anterior, de modo que evitamos extendernos sobre ella. Por lo demás, la influencia citada opera por sí misma, es un dato de la realidad social, a pesar de que en los últimos tiempos no se sea muy consciente de tales influjos, según se observa tristemente en muchos estudios de historia jurídica, antropológicos y sociológicos que parecen pensar que nuestra historia cultural ha empezado hace sólo algunos decenios.

Frente al dogma del igualitarismo impuesto por el Estado post-revolucionario moderno, el mundo antiguo *urbano* vivió cómodamente instalado sobre la idea de desigualdad, desplegada en el ámbito familiar, social y político. La desigualdad se expresaba en una gradación de la *dignitas* asignada a cada individuo en función de su posición (*gradus dignitatis*). Puede hablarse de la existencia de un verdadero *status dignitatis* como marcador de la ubicación jerárquica de cada miembro de la sociedad[139], el cual implica un conjunto predeterminado de deberes, *officia*, y de derechos; y un trato diferenciado en la valoración de muchas actividades jurídicas[140] Ciertamente en la época fundacional de la *civitas* el ordenamiento curiado se basaba en un criterio igualitario de participación política[141]. Cada ciudadano aportaba un voto, pero ya entonces las mujeres se hallaban excluidas de la participación en la asamblea y de toda función pública. Por otra parte, el grupo de los clientes suponía ya desde época precívica, una primera quiebra al principio de igualdad. Además, entre los varones plenamente ciudadanos, la organización militar imponía desde el principio un orden de mando y una distinción entre infantería y caballería, esta última reservada a los sectores económicamente más favorecidos. Por su parte, la creación del Senado asignaba a sus miembros un prestigio superior al del resto de los

ciudadanos. Con los límites señalados, la participación igualitaria se mantuvo en la asamblea por tribus y en una variante de ésta, los concilios de la plebe. Sin embargo, desde el siglo VI a.C., por iniciativa del rey Servio Tulio, el ordenamiento centuriado, distribuyó a la población según el censo y, conforme a esta clasificación, organizó el ejército, el tributo y el peso del voto en la asamblea, *comitia centuriata*, la más importante de todas, en la que, junto a otras competencias legislativas y judiciales, se elegían los máximos magistrados de la república, los cónsules, y tras ellos los pretores. Asimismo, la división de la población en patricios y plebeyos, una dualidad no originaria sino provocada por la fundación de la Ciudad y el pretendido monopolio sobre los cargos públicos ejercido por un conjunto de familias (Livio 1, 8, 7: *los senadores recibieron este nombre de padres por los cargos desempeñados y el de patricios sus descendientes*), introdujo un factor de inestabilidad y un movimiento hacia la equiparación de los derechos[142].

Obviamente de entre todas las instituciones en las que se encarna la desigualdad, la esclavitud ocupa el primer lugar. El derecho establecía como *summa divisio* del derecho de personas la que divide a los hombres en libres y esclavos, D. 1,5,3 (Gayo, 1 *institutionum*). Los juristas romanos aceptaban la servidumbre como una figura de derecho de gentes: D. 1,5,4 (Florentino, 9 *institutionum*). No había inconveniente en recordar que según el derecho natural todos los hombres son iguales: D. 50,17,32 (Ulpiano, 43 *ad Sabinum*)[143]. Este último reconocimiento puede parecer una afirmación vacía de contenido y casi sarcástica, pero tiene, al menos, una virtualidad: en el mundo romano la esclavitud no es el resultado práctico de una teoría racista. Se halla admitida porque se considera un fenómeno natural-social que se impone fatalmente a la voluntad de los hombres. Se trata de un mal que puede afectar a cualquier ser humano, derivado en última instancia de los conflictos bélicos (esclavo es el enemigo vencido y su descendencia) y se considera como un infortunio de la vida. Un conjunto de mecanismos jurídicos tiende a dulcificar —en muy limitada medida— los efectos de la esclavitud: el *postliminium*, el *favor libertatis*, la adquisición de la ciudadanía como consecuencia automática del acto de liberación[144], *manumissio*, y la frecuencia de ésta en la sociedad romana; también algunas intervenciones del derecho imperial[145].

Aunque la servidumbre está presente en todas las épocas de la historia romana (también en el Bajo Imperio junto al colonato), el imperialismo de la última fase republicana, el cual mantiene su impulso durante los tres primeros siglos del Imperio, creó una situación específica, haciendo de la economía romana de esos siglos un sistema productivo basado en la esclavitud. Una esclavitud que soporta no sólo el peso de las tareas manuales en la agricultura, minería, obras públicas o labores análogas, sino que dirige el proceso económico en sus aspectos técnicos y de planificación. No hay inconveniente en hablar por ello de una economía esclavista la cual tuvo, entre otros efectos, el de retardar considerablemente los avances tecnológicos, no ya en Roma, sino también en la posterior evolución de la sociedad occidental.

XIV. DESVALORIZACIÓN DEL TRABAJO. LA ÉTICA ARISTOCRÁTICA DEL *OTIUM*

El predominio y extensión del régimen esclavista[146] determinó una distinción entre las «artes serviles» y las «artes liberales» estudiada por Cicerón en el *De officiis*. Provocó también una notoria desvalorización del trabajo[147]. Incluso en el caso de una persona libre, el trabajo como tal, *operae*, la actividad medida en el tiempo y objeto de una retribución, era estimada casi como un signo de esclavitud, una suerte de servidumbre temporal. La asimilación de la relación de trabajo a un tipo de contrato de arrendamiento, el arrendamiento de servicios, *locatio-conductio operarum*, da cuenta suficiente de este sentido negativo con que se juzgaba la tarea profesional remunerada. En ello tuvo que ver también el trasfondo de una sociedad en la que una parte considerable de la actividad económica extrafamiliar se llevaba a cabo desde época primitiva y arcaica mediante los procedimientos gratuitos[148] de la reciprocidad[149]. Según H. Arendt[150] el motivo de la distinción entre lo servil y lo liberal es de índole política: las tareas que requieren *prudentia* son liberales, virtud del hombre de Estado y de las profesiones entendidas de utilidad pública; los oficios, por el contrario, aunque necesarios para la vida, son «sórdidos» e inapropiados para el ciudadano, que debe volcar su actividad en la esfera pública.

En este sentido, resulta admirable constatar la evolución que sufrió en esta materia la mentalidad romana. El éxito económico de la clase dirigente (*nobilitas*) ya desde finales del siglo IV a.C., dio lugar a una ética aristocrática del *otium*[151] en la cual incluso las actividades antaño prestigiosas en sí mismas, como la agricultura y la profesión militar, quedaron desprovistas de la debida estimación, salvo en las tareas directivas y, por tanto, con una cierta pero real dimensión «política». Precisemos, no obstante, que la agricultura (entendida en el sentido de la gestión del propietario y no como labor manual) y el gran comercio entraban dentro de las actividades liberales, lo que constituye una peculiaridad romana[152] (Cicerón, *De officiis* 1, 42, 151) manifestada en las obras *de agricultura* de personajes como Catón, Varrón o Columela. Por su parte, la materia militar, *res militaris*, fue objeto de una preocupación y literatura específicas, que de una u otra forma incluía su dimensión jurídica[153].

Para la Ciudad de los primeros tiempos el cultivo de la tierra con las propias manos y la participación en las campañas militares (según el censo) eran motivo de orgullo y constituían rasgos distintivos de los deberes cívicos. Aunque en época de Tito Livio la mano de obra esclava había sustituido en gran parte al antiguo agricultor y un ejército profesional había hecho lo mismo con la antigua legión de ciudadanos, todavía se recordaba con nostalgia la historia de Quincio Cincinato nombrado dictador en el 458 a.C. que vale la pena recordar por su valor simbólico: Cincinato, *única esperanza del imperio del pueblo romano, cultivaba al otro lado del Tíber, justo enfrente del lugar donde ahora están las atarazanas, un campo de cuatro yugadas (una hectárea), llamado en la actualidad Prado de Quincio. Allí estaba cavando un hoyo, hincando con todas sus fuerzas la azada o bien arando; lo cierto*

—de eso no hay duda— es que estaba atareado en una faena agrícola. Una delegación, después del intercambio de saludos, le rogó que para bien suyo y de la república, vistiese la toga para escuchar las instrucciones del Senado. Sorprendido, pregunta varias veces: «¿Ocurre algo grave?». Y manda a su esposa Racilia que traiga enseguida la toga de su choza. Tan pronto como se acercó vestido con ella después de limpiarse el polvo y el sudor, los legados lo saludan como dictador felicitándolo. Quincio tomó el mando del ejército y resolvió el problema bélico —y algún otro— en dieciséis días, abdicando después de la dictadura (magistratura extraordinaria que podía durar un máximo de seis meses), para volver a sus tareas agrícolas: Livio 3, 26, 8-10; 29, 7).

XV. PATRIARCADO

La desigualdad jurídica afecta específicamente a la mujer. En Roma, como en todas las sociedades antiguas conocidas (más allá de la leyenda[154] y de los errores inducidos por la existencia en alguna de ellas de un sistema de parentesco unilateral por línea femenina), rige un principio según el cual el poder se concentra en los hombres, ya sea en el mundo de la familia[155] —desde la *gens* a la familia nuclear[156] —, ya sea en el ámbito de la *res publica*[157]. Roma era una sociedad patriarcal. Reconociendo este principio, escribe Papiniano en el libro 31 de sus *quaestiones*: *En muchos extremos de nuestro derecho es peor la condición de las mujeres que la de los varones*, D. 1,5,9. Un signo especialmente patente de su posición subordinada es la existencia de un tipo de tutela diseñada exclusivamente para la mujer, *tutela mulieris*, que se le aplica desde el momento en que accede a la situación de *sui iuris*[158], y que tiene carácter perpetuo. Ni siquiera el matrimonio produce su extinción.

La desigual posición de la mujer en el mundo arcaico no responde a una intención discriminatoria, sino a una división racional de las funciones sociales, dadas las circunstancias extremas en que viven estas sociedades. En este tipo de comunidades la posibilidad de la desaparición física del grupo es sentida como la primera preocupación. Se trata de un riesgo real. La guerra constituye una actividad constante en la que la comunidad se juega su supervivencia. La desigualdad física entre hombres y mujeres trae consigo una especie de «monopolio de la violencia» asignado a los varones de manera estable. La guerra, por otra parte, genera —en el mejor de los casos— una alta mortalidad masculina. Asimismo, la maternidad se halla rodeada de peligros tanto para la vida de la parturienta como del neonato. Se ha escrito que el parto es el campo de combate de la mujer. La esperanza de vida y la correspondiente necesidad social de una alta tasa de fertilidad explican que la función social de las mujeres se centre en su dimensión maternal. La mitología, por su parte, reconstruye simbólicamente el papel de la madre y de la generación, asimilado a la fuerza vital de la tierra[159].

Estas circunstancias ayudan a explicar que la asamblea ciudadana sea sólo de

hombres: su función esencial consiste en constituir la organización del ejército y en servir a la toma de decisiones que conciernen al ámbito de la defensa. De esta originaria identidad entre ejército y asamblea, *comitia*[160], procede toda la historia posterior de la subordinación de la mujer en el mundo del derecho. La mejora posterior de las condiciones económicas, la exclusión de la guerra como actividad en la que se juega en sentido literal la vida del grupo, hicieron que se empezaran a plantear por parte de los juristas algunas dudas sobre la racionalidad de la posición de la mujer. Ello ocurrió a finales de la República. El matrimonio —ya casi siempre sin *conventio in manum*— establecía un régimen de separación de bienes. El deber de restitución de la dote preservaba la posición económica de la mujer. Su tutela fue convirtiéndose en una institución sin peso efectivo. De modo que las mujeres *sui iuris*, con patrimonio suficiente, podían participar en la vida económica con un gran margen de independencia. Pero en la esfera del derecho público permaneció su exclusión: seguía entendiéndose que el derecho, como la guerra, era una responsabilidad masculina, y que la mujer debía centrarse en sus deberes matrimoniales (la significación etimológica de *matrimonium* es altamente significativa).

En todo caso, el conjunto de estas restricciones —percibidas desde dentro como medidas protectoras— no afectan al reconocimiento de la mujer como persona y aun como ciudadana (no se plantea su exclusión del *status civitatis*)[161] ni permiten hablar de ella socialmente como un ser inferior. Nos guste o no, la ideología del sistema subrayaba más bien el carácter defensivo de todas estas limitaciones. Conviene subrayar, además, que la existencia en Roma de un *ius privatum* altamente desarrollado (a diferencia del derecho griego[162]) tuvo como una de sus consecuencias que la mujer, aunque inequívocamente subordinada al hombre, viera sus derechos y obligaciones cuidadosamente delimitados por la norma jurídica y en esa medida cabe hablar de un respaldo a su dignidad desde la época de las *leges regiae*, una de las cuales se refiere a las consecuencias del repudio injustificado[163]. También en este punto que estamos tratando el régimen del matrimonio romano monógamo y estable, *consortium omnis vitae*, fundado en el consentimiento de los cónyuges (revestido formalmente o no) merece una especial mención, porque indica que el vínculo se establecía con pleno respeto a la dignidad de ambas partes, fundada en el *honor matrimonii*.

XVI. *AMICITIA*[164] Y *FIDES*

Los intercambios que en las sociedades «modernas» solemos llamar económicos, articulados por medio del contrato, tienen en las comunidades primitivas y arcaicas una fisonomía muy diferente[165]. En primer lugar, el grupo de parentesco, inicialmente la *gens* y la familia, y después sólo esta última, actuaba como una unidad de producción autosuficiente, lo que excluía la fluidez de las relaciones comerciales tal como se entienden en épocas posteriores. Ello no quiere decir que no exista desde

los primeros tiempos el mercado y el comercio (incluso el comercio a larga escala)[166], pero sí que esta actividad carecía de una función estructural para la supervivencia cotidiana de los individuos. Asimismo, en el caso romano la guerra debe considerarse un factor económico de primer orden. La expansión territorial a que dio lugar produjo, ya desde comienzos del siglo IV a.C., una lacerante desigualdad social dada la apropiación de las tierras (jurídicamente públicas, *ager publicus*) por el grupo dirigente[167]. Por otro lado, la propia extensión que terminaría alcanzando el territorio sometido (en variadas formas jurídicas) a la soberanía romana causó la crisis del régimen constitucional republicano. Los mecanismos políticos de una ciudad-Estado se mostraban incapaces de gestionar un imperio.

Desde los primeros tiempos gran parte de las relaciones interfamiliares se hallaban presididas por el principio de reciprocidad y mutua cooperación. En esta materia, como ya hemos visto que ocurría con la naturaleza originaria de la herencia, el elemento del beneficio patrimonial, aunque existente, no poseía el papel central que tendrá más tarde, dado que ahora estamos en una economía de subsistencia donde prima la cooperación. Estos vínculos extrafamiliares recíprocos se fundamentaban en la idea de amistad, *amicitia*, concepto que debe entenderse en sentido amplio pero técnico —una de las formas de vinculación intersubjetiva recíproca (*De amicitia* 22, 85; *De officiis* 1, 17, 56: *ultro et citro*)[168] dentro del género de la *necessitudo*[169]—, noción que no corresponde exactamente al significado que habitualmente damos al término fuera de este contexto histórico, entre otros motivos porque la *amicitia* romana es un concepto que se halla dentro del ámbito jurídico y político[170]; no es puramente social o ético.

Para la época en la cual escriben los autores de los que podemos extraer la concepción romana sobre esta materia, el problema ya ha sido objeto de reflexión filosófica y no se presenta en estado puro, sino mediado por categorías éticas: fundamentalmente por la idea de deber, *officium*, que se superpone —en este caso sin alterarla en su sustancia— a la realidad originaria. De este modo Cicerón[171], en varios lugares de su obra, se hace eco de la función esencial que desempeña la *amicitia* en la cohesión de la sociedad, una amistad marcada por la idea de la *benevolentia* (*De amicitia* 4, 19; 22, 82) y de la *fides*, la recíproca lealtad[172], valorada según criterios objetivados (*fides bona*).

Benevolentia y *fides* han de considerarse criterios que cualifican bajo aspectos diferentes (interno y externo) un mismo vínculo interpersonal. La amistad requiere como requisito constitutivo que su ejercicio se lleve a cabo fielmente, con lealtad al compromiso asumido, es decir, aplicando la virtud de la *fides*: si ésta desaparece, se extingue también la primera (*Pro Roscio Amerino* 39, 112). Igualmente la *amicitia*, y éste es un rasgo que aúna la concepción originaria con la filosófica, exige la nota de la gratuidad. Cicerón indica que el que se ama a sí mismo no lo hace con objeto de obtener una *merx* (un beneficio material); así ha de ser la relación con el amigo, considerado como otro yo, *alter idem* (*De amicitia* 21, 80).

XVII. MANDATO Y *STIPULATIO*

Las raíces antropológicas del vínculo social de la *amicitia*, de la reciprocidad[173] y de la gratuidad iluminan el importante papel jurídico que tuvo en Roma el (contrato de) mandato y la gestión de negocios. Por medio del contrato de mandato una parte, el mandante, encarga a la otra, mandatario, que realice una determinada actividad jurídica o puramente fáctica. Cuando la actividad se realiza de forma espontánea, sin encargo explícito, se habla de gestión de negocios, *negotiorum gestio*. Si en la vida social romana de época arcaica hubiera llegado a reinar con exclusividad un principio de reciprocidad basada en la *amicitia* —excluidos por vía de hipótesis el formalismo arcaico de la *sponsio* o *stipulatio* y las relaciones entre desiguales— el mandato habría constituido el elemento jurídico rector del derecho de obligaciones, vehículo de una cadena de intercambios gratuitos de beneficios. Habría canalizado el dinamismo de la donación, figura jurídica *primera* en todos los sentidos.

La fundamentación del mandato en el deber gratuito de amistad, *officium amicitiae*, aparece en este pasaje de Paulo: *El mandato es nulo si no es gratuito, pues trae su origen del oficio y de la amistad; y esto es incompatible con la remuneración; así si interviene una cantidad monetaria el asunto se parece más al (contrato de) arrendamiento*[174]. Por su parte, Cicerón, en un pasaje que trata esta materia (*Pro Roscio Amerino* 38, 111), nos informa de que la relación jurídica de mandato procedía de la época arcaica; y de que el incumplimiento del deber del mandatario constituía una infracción jurídica a la que alude con la expresión *summum dedecus*[175], próxima a la responsabilidad por hurto —como lo era la del depositario infiel[176]—.

Es la exclusión de la remuneración de la *actividad* del mandatario[177] (y del gestor de negocios ajenos), el hecho de tratarse de una actividad no exigible por sí misma, realizada en interés de otro, lo que aproxima estas figuras al ámbito de la donación, entendida como finalidad. Ello es compatible con el hecho de que el mandante o la persona en cuyo interés se realiza la gestión, *dominus negotii*, quede obligada por los gastos o perjuicios asumidos por el mandatario o gestor. Esta obligación por los gastos y perjuicios deja intacto el núcleo de la *actividad gratuita* del mandatario. Puede ocurrir incluso que el mandatario o gestor asuman también el gasto, normalmente por razones de piedad, en estos casos concurre cumulativamente un específico *animus donandi*[178] que intensifica la gratuidad y se superpone, por decirlo de algún modo, al carácter gratuito de fondo. Así pues, en la actuación del mandatario o del gestor habrá, según los casos, un grado más o menos intenso de gratuidad y, en consecuencia, una mayor o menor aproximación al modelo de la donación[179]. Este planteamiento gradual puede observarse en el siguiente pasaje del Digesto, relativo a un supuesto particular de gestión de negocios protegido por la *actio funeraria*, la cual puede ejercitar quien de forma espontánea[180] hubiera efectuado gastos en un funeral y quiera recuperarlos: *Pero a veces el que soportó los gastos de un entierro no recupera lo gastado, si lo hizo con ánimo de piedad y no para recobrar el gasto que hizo, y así lo dispuso por rescripto nuestro emperador (Antonino Caracala). Por*

consiguiente, se habrá de estimar y examinar por un árbitro con qué intención se haya hecho el gasto, si fue para gestionar un negocio del difunto, del heredero o de la misma humanidad, o bien rindiendo tributo a la misericordia, a la piedad o al afecto. Pero puede ponerse también un límite a la misericordia, de forma que el que lo enterró haya sido misericordioso en enterrarlo para que no yaciese insepulto, pero no hasta el extremo de enterrarlo a su costa; si esto constara al juez, no debe absolver al demandado, pues ¿quién entierra el cadáver de un extraño si no es con intención piadosa? Será conveniente, por tanto, que declare con qué intención hace el entierro, para que después no sufra complicaciones, D. 11,7,14,7 (Ulpiano, 25 *ad edictum*).

Volvamos a la senda principal de la argumentación. Cuando la relación de las partes no se encontraba fundada en la existencia de la *amicitia* y, en todo caso, cuando alguien, por razones de seguridad jurídica, prefería constituir la relación obligatoria fuera de los parámetros de aquélla o procurando su refuerzo, el derecho arcaico disponía de la *sponsio* (después llamada *stipulatio*), en virtud de la cual una persona respondía a la pregunta del futuro acreedor prometiendo la prestación: se creaba así un vínculo jurídico estricto basado en la promesa estipulatoria (*Spondesne mihi dari centum? Spondeo*). La sistematización jurisprudencial posterior situará a la *stipulatio* entre los contratos formales, dado que la pregunta y la respuesta han de pronunciarse utilizando unas palabras predeterminadas por el ordenamiento. En sus inicios, anteriores en todo caso a la noción de contrato, la *stipulatio* constituye una figura *sui generis*, paradigma de todas las *obligationes verbis contractae*, que en la Ley de las XII Tablas se manifiesta ya en una forma evolucionada[181]. En su fase primigenia la *stipulatio*, entonces llamada *sponsio*, tenía un significado religioso que la aproxima al juramento[182]. También al *votum*, promesa unilateral dirigida a una divinidad[183]. Del juramento[184], por su parte, quedan huellas evidentes en el derecho romano arcaico y posterior. Podemos recordar, tan sólo por vía de ejemplo, el *sacramentum*, mecanismo que daba lugar al pronunciamiento judicial en la primera de las acciones de la ley y, en un ámbito mucho más limitado, pero muy significativo, el juramento, *iusiurandum*, que el siervo hacía a su dueño antes de la manumisión, obligándose a prestarle servicios, *operae*, tras ser liberado[185].

XVIII. RELACIONES «CONTRACTUALES» NO BASADAS EN LA IGUALDAD

La mención de la promesa estipulatoria (*sponsio*, *stipulatio*) nos sitúa en el camino correcto para la comprensión de otras formas de vinculación ajenas al fundamento de la *amicitia*. Ésta exige una relación entre iguales: *amicitia similes iungit* (Séneca, *De beneficiis* 2, 21, 2). Quedan excluidas, por tanto, las relaciones potestativas típicas del ámbito familiar (aunque en las fuentes quedan rastros, como sabemos, de una concepción familiar corporativa menos jerarquizada, con un poder no concentrado absolutamente en el *paterfamilias*)[186], presididas por la idea de *pietas*. Se apartan también las relaciones entre el *populus Romanus* (representado por el magistrado) y

el ciudadano, presididas por la *maiestas*, noción que contiene ya en su raíz el elemento esencial de la desigualdad.

Así pues, cuando en las relaciones socioeconómicas se hace preciso el establecimiento de un vínculo entre partes desiguales, el derecho debe ofrecer mecanismos diversos a los fundados en la idea de amistad recíproca, aunque persista la idea de gratuidad, propia todavía —al menos como modelo y base de partida— de la mentalidad arcaica. La mejor forma de comprender este fenómeno dual[187] consiste en acudir al paralelismo que se establece entre instituciones que cubren una misma finalidad económica, una desde la igualdad (*amicitia*), otra desde la desigualdad. Presentaremos, sin pretensiones de exhaustividad en ningún caso, dos series de ejemplos.

Hasta finales del siglo IV a.C. el préstamo de consumo, *mutuum*, ha existido conjuntamente con el *nexum*, figuras opuestas en todos los sentidos[188]. El *mutuum* es el préstamo que se realiza entre amigos. Presupone la igualdad social y jurídica del mutuante (el que da el dinero u otra cosa fungible[189]) y el mutuario, el que lo recibe. La libre iniciativa del mutuo se manifiesta en su carácter no formal sino real: se perfecciona por la dación, *datio*, de la cosa (*datio* que produce la transmisión de la propiedad de la cosa). Es esencialmente gratuito: no produce intereses. Para que éstos sean debidos se requiere —muy significativamente (véase el apartado anterior)— añadir un negocio jurídico formal unilateral, la *stipulatio*.

Cuando el préstamo de consumo es solicitado por alguien situado fuera del círculo de la amistad del prestamista, es decir, cuando el futuro prestatario pide una suma de dinero (u otra cosa fungible) pero se halla en una posición de desigualdad social y económica, se recurre al *nexum*. Éste es un acto jurídico formal, adaptación de la *mancipatio*. En este caso el deudor se obliga al pago de intereses, frecuentemente muy elevados. Además, el sometido al *nexum* realiza una autopignoración de su propio cuerpo e, incumplida la restitución de la cantidad y de los intereses, sufre una ejecución personal (*manus iniectio*) sin necesidad de intervención de la autoridad jurisdiccional. La lamentable condición de los *nexi* generó un movimiento social de rechazo que culminó[190], como sabemos, con la abolición de la figura mediante la *lex Poetelia Papiria* en el 326 a.C.

Este mismo paralelismo se observa en las figuras del comodato y del precario. Empecemos por el comodato. Estamos ante otro tipo de préstamo diverso del mutuo. En este caso se suele hablar de préstamo de uso. Dicen las *Instituciones de Justiniano* 3, 14, 2, en su parte final: *Se entiende que una cosa ha sido dada en comodato si, no habiéndose aceptado o establecido ninguna retribución (*nulla mercede accepta vel constituta*) se te dio la cosa para usarla; de otro modo, mediando retribución, se estima que se te arrendó el uso de la cosa; pues el comodato debe ser gratuito (*gratuitum enim debet esse commodatum*).*

La entrega de la cosa, *traditio*, convierte al comodatario no en propietario, ni siquiera en poseedor, sino en mero detentador de la cosa. Lo que nos interesa destacar ahora es el carácter gratuito del contrato, propio de las relaciones de amistad, rasgo que lo aproxima al mutuo, al depósito y, por supuesto al mandato, matriz genética de

todas las relaciones de reciprocidad gratuita. Para el préstamo de uso, un texto de Paulo resulta especialmente expresivo. D. 13,6,17,3 (Paulo, 29 *ad edictum*): *Como el acto de comodar es cosa de voluntad y de deber moral más que de necesidad (*voluntatis et officii magis quam necessitatis*), el fin y límites del comodato los señala el que concede el beneficio; pero después de haberlo hecho, es decir, después de haber comodado no sólo el deber moral (*officium*) sino también la obligación (obligatio) del dar y recibir impide que señale entonces el fin con efecto retroactivo y quitar así intempestivamente el uso de la cosa comodada […]*[191]. En la mención del dar y recibir, *inter dandum et accipiendum*, reside la clave del elemento que andamos buscando: el comodato es voluntario (procede de la *voluntas* y no de la *necessitas*), pero con una voluntariedad no absoluta, porque las relaciones sociales imponen un deber (*officium*) que en cada caso tendrá que ser valorado por el comodante, el cual no desconoce que el mecanismo último que rige la cohesión social consiste en las prestaciones recíprocas, en un dar y recibir, entre los miembros de la comunidad.

Al igual que le ocurre al mutuo con el *nexum*, también el comodato conoció una figura paralela que, en este caso, tuvo una vida mucho más larga: el *precarium*. El precario es una institución antiquísima, procede con gran probabilidad del mundo de los grupos gentilicios anteriores a la fundación de la Ciudad y al nacimiento de la propiedad de la tierra tal como se conocerá más tarde. El precarista recibe como beneficio[192] una parcela de tierra[193], de forma gratuita pero libremente revocable por el concedente. A diferencia del comodato[194], el precario implica una relación de desigualdad, como resulta de la propia etimología (el término procede de *prex*, petición: D. 43,26,1 pr. [Ulpiano, 1 *institutionum*]), integrada dentro de los vínculos que componen la relación entre el patrono y el cliente, uno de los paradigmas de la relación de dependencia[195] (previa posiblemente incluso a la esclavitud)[196]. La antigüedad de la institución, anterior como decimos a la fundación de la Ciudad, explica que la constitución del precario, a diferencia del *nexum*, no requiera de ningún requisito formal.

XIX. LOS PERFILES DE LA DONACIÓN COMO FINALIDAD: *MUTUUM, MUNUS* Y *DONUM*. DONACIÓN Y GRATUIDAD

El concepto de donación y sus relaciones con la gratuidad exigen un comentario separado, para clarificar algunos aspectos que ya han sido apuntados de forma más o menos explícita más arriba. En este trabajo intentamos reconstruir la mentalidad romana sobre el hombre y el derecho, centrando nuestra atención en la época arcaica. El punto de partida debe retroceder aún más en el tiempo cuando se trata de valorar el peso histórico-jurídico de la donación. Conviene recordar que en el mundo primitivo (preservado dentro de ciertos límites en el círculo familiar de épocas posteriores) el mecanismo de intercambios conoce sólo la figura de la donación. A medida que retrocedemos en el tiempo se van desdibujando las diferencias entre lo gratuito y lo oneroso. Tampoco tiene sentido distinguir entre lo lucrativo y lo gratuito[197], al menos

para las épocas primitiva y arcaica, dado que, por una parte, falta la conciencia del beneficio económico singularizado en un solo acto y, por otra, todo acto gratuito incluye un componente lucrativo. Así, por ejemplo, en el mutuo: ciertamente se debe restituir otro tanto de la misma especie y calidad, pero con ahorro de los intereses (que originariamente no se añaden porque estamos situados en un contexto de relaciones de amistad). Lo mismo cabe decir del comodato y del depósito. Aquí, como en otros puntos tratados en esta obra, se hace difícil penetrar en la mentalidad que sirve de sustento a esta forma de ver las cosas. La donación preserva su carácter gratuito y, al mismo tiempo, se halla integrada en un sistema presidido por la reciprocidad[198]. Se espera de cada individuo o grupo que realice o acepte cada donación cuando se dan las circunstancias adecuadas.

Como en otras ocasiones, el significado de las palabras ofrece una guía bastante segura también en esta materia. Las diversas formas de la gratuidad recíproca han dejado su huella en el léxico jurídico romano. Sólo inicialmente puede sorprender que en este ámbito incluyamos en primer lugar el concepto de *mutuum*. Ciertamente, el mutuo terminará su evolución jurídica como préstamo de consumo, situado entre los contratos reales. Pero el término en sí mismo indica que inicialmente servía para designar una dación insertada en una estructura de reciprocidad generalizada[199]. Era, por tanto, una forma de donación. Precisamente, los rasgos propios del mutuo, es decir, la ausencia de intereses y el hecho de que se constituya por la dación de la cosa y tenga, por tanto, carácter unilateral, muestran el comienzo de esta trayectoria jurídica como acto gratuito puro, es decir, como donación, que sólo posteriormente dará lugar a una *obligatio* estricta de restitución, restringiendo así la extensión primigenia de la gratuidad.

El mejor testimonio de esta primitiva relación del mutuo con la donación —en la forma de *munus*— nos lo ofrece Varrón, en *De lingua Latina* 5, 179: *Si se ha dado algo que debe ser devuelto, tiene el nombre de* mutuum *[…]. Y* munus*, porque quienes se hayan relacionados por una intención mutua (*mutuo animo*) se dan (cosas) para cumplir un deber (*officium*).* El deber de reciprocidad ha quedado condensado, individualizado, en el contrato de mutuo, pero subsiste con su carácter inicial, es decir, como donación que se hace como consecuencia y en espera de otro acto independiente recíproco, en el *donun.*

La definición de Verrio Flaco, contenida en el *De verborum significatione*, s.v. *Munus* (Lindsay, 125), permite detectar y confirmar el hilo conductor entre el mutuo, el *munus*, y la donación en sentido estricto: *munus* es una categoría fundada en la idea de deber recíproco u *officium*: *munus significa officium*[200], el *donum que se da con la finalidad de cumplir un deber (officii causa)*, fundado en la recepción pasada o futura de otro beneficio[201]. La evolución semántico-jurídica de *munus* (que no podemos seguir en esta obra) se desplegará sobre todo en el campo del derecho público[202], donde designa la actividad pública que el ciudadano «debe» a la comunidad[203]. En este ámbito *munus* termina por recuperar (de una manera intensiva) el aspecto obligacional, de forma que cuando se debe describir una función cívica no debida se utiliza el término *honor*.

La diferencia entre *munus* y *donum*[204] queda recogida en este pasaje de D. 50,16,194 (Ulpiano, 43 *ad edictum*): *Entre* donum *y* munus *se da la misma diferencia que entre el género y la especie, pues, como afirma Labeón,* donum, *que viene de donar, es el género y* munus *es la especie de una donación con causa, como la que se hace con ocasión de un nacimiento o de un matrimonio.* Igualmente explícito es D. 50,16,214 (Marciano, 1 *publicorum iudiciorum*), texto donde se percibe la evolución completa del concepto: Munus *es propiamente el que debemos hacer por ley, costumbre o el imperio del que tiene la potestad de mandar. Donaciones son las que prestan sin necesidad jurídica sino, por deber (*officium*) y espontáneamente; si no se prestan no hay censura. Si se prestan, implican generalmente la alabanza […].*

Observemos que el jurista utiliza para perfilar la donación no debida el concepto de *officium* y la exclusión de la *necessitas* entendida como obligación jurídica debida en sentido estricto. Recordemos que la misma contraposición entre *necessitas* y *officium* se utiliza a propósito del comodato: *voluntatis et officii magis quam necessitatis est comodare,* se lee en D. 13,6,17,3 (Paulo, 21 *ad edictum*)[205]. Esta similitud ayuda a confirmar la tendencial identidad que se dio originariamente entre los (contratos) gratuitos y la finalidad de la donación.

El predominio de la forma estatal y el desarrollo económico trajeron consigo una progresiva contracción de la gratuidad, relegada a los servicios entre amigos y clientelares, entendidos ahora como un régimen excepcional dentro de las relaciones económicas, presididas habitualmente por el carácter oneroso de la vinculación, según ocurre paradigmáticamente en la compraventa. Al mismo tiempo, como supo ver Michel, se produjo una consciente individualización de cada intercambio, que empieza a ser valorado en su unicidad y no como eslabón de una cadena más amplia de relaciones, dentro de un ciclo temporal amplio. A estos efectos, nos parece exagerado hablar de la «invención» del acto jurídico[206], porque ello querría decir que el régimen anterior se hallaba fuera del derecho y no es así: se trataba simplemente de otro tipo de sistema jurídico. Pero sí es cierto que el nacimiento del contrato en sentido moderno exige una ruptura con el predominio de la reciprocidad gratuita generalizada. Desaparecida la inocencia primera, la finalidad de la donación perdió su protagonismo anterior, casi su sentido, y empezó a ser vista con desconfianza[207]. En todo caso, estos antecedentes histórico-jurídicos explican que la donación del derecho clásico romano no consista en un negocio jurídico específico[208], sino que sea considerada una *causa*, una finalidad, la cual puede concretarse a través de una multiplicidad abierta de posibilidades, siempre que produzcan en cada caso un incremento patrimonial en la esfera del donatario.

Una huella muy significativa del sistema de reciprocidad gratuita[209] de las primeras épocas (primitiva y arcaica) subsiste en la sanción de infamia[210], consecuencia de la actuación de los censores[211] y que acompaña también a la condena en ciertas acciones penales y en las que se refieren a los contratos de buena fe (incluyendo la tutela). Esta «pena accesoria» pudo muy bien haber ocupado un lugar central en el mecanismo sancionatorio en una época donde el peso de las relaciones sociales, del buen nombre, constituía un factor esencial de cohesión. En

cierta medida la infamia o ignominia constituye en el campo de las relaciones privadas lo que la *sacertas* —exclusión absoluta de la comunidad— representa para los supuestos más graves, los que atentan contra los principios del orden constitucional.

Merece una mención expresa la dote (*dos*, *res uxoria*). En este caso estamos ante una figura del derecho arcaico que debe ser valorada, por tanto, dentro del régimen de la reciprocidad gratuita, como un tipo específico de donación indicada, no estrictamente debida, por razones de *pietas*[212]. Cualquier interpretación de la dote que intente explicarla como un acto pura y exclusivamente patrimonial conduce al error. Recuérdese también que en su primera fase histórica la dote coexiste con la *conventio in manum*; de manera que la hija recibe por adelantado su porción hereditaria, aunque formalmente se haga propiedad del marido hasta la disolución del matrimonio. Lo relevante es destacar que la donación dotal, aparte de su función económica, supone prioritariamente un reconocimiento debido al vínculo matrimonial (*honor matrimonii*), el cual, no une sólo a los cónyuges, sino también a dos grupos familiares. Dados estos presupuestos, el deber de restitución de la dote se halla tutelado por la *actio rei uxoriae* (en ausencia de promesa estipulatoria). Estamos ante una acción introducida en el siglo II a.C., civil y de buena fe, con una *intentio* cuyo tenor delata un origen más antiguo que el de otras acciones de este grupo: *quod melius aequius erit*, es decir, *lo que se considere mejor y más justo*[213].

Finalmente, y ya dentro de un planteamiento general, es preciso recordar que la medida de la reciprocidad gratuita podía sufrir desajustes, cuando el flujo de donaciones no encontraba un equilibrio razonable y una persona veía empobrecido su patrimonio de forma injustificada. Resulta evidente que estos riesgos eran en gran parte insalvables y suponían el principal defecto de todo el sistema. Sin embargo, dejando aparte la actuación del censor en esta materia, existe al menos una institución específica diseñada para procurar la contención de los casos más graves. Nos referimos a la prodigalidad. Ésta, según norma habitual, modificó su función a medida que el derecho romano pasó de un régimen fundado en la reciprocidad gratuita a otro basado en el intercambio singularizado de tipo oneroso. Sobre el carácter arcaico de las limitaciones impuestas a quien «dilapida» el patrimonio familiar no cabe ninguna duda, dado la presencia de la institución en la Ley de las XII Tablas —recogiendo un preexistente régimen consuetudinario[214]— norma que atribuye al pariente más próximo por agnación o a los *gentiles* la administración de quien se comporta de manera irracional (asimilación con el *curator furiosi*) en relación con sus bienes.

XX. *ACTIO FIDUCIAE*

La fiducia constituye una de las claves de la evolución que estamos tratando, porque en ella concurren dos elementos que sólo a primera vista parecen contrapuestos: el tratarse de un negocio jurídico formal (en el aspecto de la

transmisión de la propiedad del bien), rasgo propio de su carácter arcaico[215], por una parte; y, por otra, la presencia de la *fides*, ligada a la *amicitia*, encarnada en un *pactum* y en la *actio* correspondiente. Con la *fiducia* el fiduciante transfiere por medio de *mancipatio* o de *in iure cessio* [216] la propiedad de una cosa a otra persona llamada fiduciario; este fiduciario se obliga por medio de un pacto, *pactum fiduciae*, a restituir la propiedad al fiduciante o a un tercero[217]. La *fiducia* se realizaba con fines de ofrecer una garantía (*fiducia cum creditore*) o en interés exclusivo del fiduciante[218] que, en un ordenamiento que no conoce como regla general la representación, transfiere la cosa a alguien de confianza para que la administre y la protega (por ejemplo, en el caso de ausencia del primero), *fiducia cum amico* (Gai. 2, 60). En particular esta segunda forma[219] de la *fiducia* no se aparta demasiado del ámbito del mandato, habida cuenta de que el fiduciante acude al fiduciario para que éste realice una *actividad* en interés del primero: la de salvaguardar el patrimonio de aquél en unas circunstancias extraordinarias y, llegado el momento acordado, proceda a la restitución, una restitución recogida en el *pactum* y fundada, por lo tanto, en la *fides*.

La muy antigua *actio fiduciae*, modelo para todas las acciones de buena fe[220], puede haber constituido el nexo entre las relaciones de *amicitia-fides* procedentes de la época arcaica y este importante grupo de acciones[221] recogidas en el edicto del pretor y fundamento del moderno derecho de obligaciones. Recogidas en el edicto pero no originada en la jurisdicción pretoria. En palabras de J. Paricio[222]: «A mi entender, y al igual que, con razones no siempre coincidentes, esgrimen algunos autores, la *actio fiduciae* no pudo ser sino *in ius*, lo cual, como hemos visto, no obliga a pensar en una protección originaria a través de alguna de las *legis actiones*. Esta acción, la más antigua de las de buena fe, la que serviría de modelo a las demás —como gráficamente afirma A. d'Ors—, no pudo tener un origen pretorio; hunde sus raíces en el ámbito consuetudinario del *mos maiorum* y su fundamento se encuentra en la *fides*. Su fórmula procesal tan particular debe provenir de antiguos arbitrajes privados, y en su configuración no pudieron quedar al margen los juristas. Cuando fue recogida en el Edicto lo fue con base a su *ius ac potestas*, y ni el pretor ni los juristas debieron verla nunca como surgida de la jurisdicción pretoria».

Según es bien sabido, en la fórmula[223] de la *actio fiduciae* se encontraban las palabras: *como se debe actuar entre hombres de bien y sin fraude, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* (Cicerón, *De officiis* 3, 17, 70)[224]. Debemos reparar especialmente en la expresión *inter bonos*, puesto que ella se encierra gran parte de su significación, la cual nos interesa destacar. La preposición *inter* alude claramente a la reciprocidad esencial de las relaciones de amistad; al aspecto externo, relacional, propio de la *amicitia*. El adjetivo sustantivado *bonos*, por su parte, recuerda la presencia del elemento interno de la *benevolentia*.

En la senda abierta por la fiducia, el nacimiento de los contratos de buena fe se enmarca dentro de una evolución más general del derecho. Corresponden a una etapa que busca superar los rigores del formalismo arcaico y hacer sustentar los efectos del

negocio jurídico en el consentimiento recíproco. Al igual que ocurriera con el matrimonio, también estos contratos protegidos por acciones *ex fide bona*, apelan a la *voluntas* del individuo relegando la forma a un nivel exclusivamente probatorio. Sin embargo, en las acciones de buena fe se recogen, convenientemente modificados, elementos procedentes del mundo primitivo y arcaico (*amicitia*, *fides*, reciprocidad) que encontraron así una «vida más allá de la muerte», ahora dentro de las exigencias de un sistema presidido por el predominio de los negocios jurídicos de carácter oneroso. Por lo demás, la influencia de la idea de *amicitia* iba todavía a dar lugar a un ámbito nuevo en el campo no de las obligaciones, sino del derecho hereditario: nos referimos a los fideicomisos, cuya tutela procesal debió esperar a la época de Augusto[225].

XXI. RELACIONES DE VECINDAD Y VIDA ASOCIATIVA

El nacimiento y la consolidación de la forma política que llamamos ciudad-Estado, en nuestro caso la *Urbs Roma*, trae consigo que el criterio organizativo basado en el territorio (*ager*, *territorium*) se superponga y predomine frente al del parentesco, factor éste —como sabemos— de cohesión básico de las sociedades pre-estatales. Ahora bien, el vínculo territorial, observado más de cerca, se despliega en una dualidad de ámbitos: la *civitas* y la *vicinitas*. La primera de estas nociones indica propiamente la cualidad de ciudadano y por extensión la idea misma de ciudad. La estructura constitucional de la *civitas* reposa sobre la ordenación del territorio en unidades menores[226]: la curia, la tribu[227], la región[228] (hablando de la ciudad de Roma)[229] y, a partir del siglo III a.C., fuera del territorio ciudadano, pero sometido a su soberanía, los diversos tipos de provincias.

Sin embargo, junto a este vínculo estrictamente político de la *civitas*, la vida comunitaria extrafamiliar produce unos vínculos de solidaridad social de carácter igualitario[230] con efectos, sobre todo, en el ámbito del derecho privado y su consiguiente reflejo en la vida religiosa comunitaria[231]: el de la vecindad (*vicinitas*), fundado en la proximidad de los domicilios y de los predios (*fundus*). Pese a que *amicitia* y *vicinitas* pueden concurrir en la relación entre dos personas y de hecho así sucede en múltiples ocasiones (*amicitia propter vicinitatem*), la vecindad genera un tipo específico de vínculos jurídicos regidos, como principio general, por la idea de deber recíproco, *officium* (Cicerón, *Pro Sestio* 4, 10; *De officiis* 1, 18, 59).

En la esfera del derecho privado los deberes fundados en la vecindad producen, en diversas formas, un conjunto de límites al derecho de propiedad privada de la tierra[232]. Apuntaremos brevemente algunos de estos límites con el único propósito de ejemplificar de manera concreta la efectiva limitación que la vecindad generaba sobre el contenido del derecho. En realidad, muchas acciones —y otros instrumentos como los interdictos— tutelan variados conflictos derivados de la vecindad. Como mecanismos específicos podemos citar los siguientes. El propietario puede exigir en ciertas situaciones un tipo especial de promesa estipulatoria (*cautio damni infecti*):

por medio de ella podrá exigir responsabilidad si se produce daño en un inmueble rústico o urbano. El daño puede provenir del estado de un edificio o solar vecino, también de las obras que puedan afectar al inmueble que se quiere proteger (*vitium aedium, loci, operis*[233]). En segundo lugar, citaremos la denuncia de obra nueva (*operis novi nuntiatio*): con este acto extrajudicial el titular de una servidumbre puede obtener la paralización de una obra en el fundo sirviente; posteriormente, pero en época clásica, este mecanismo se amplió a otros supuestos semejantes[234]. En tercer lugar, la *actio aquae pluviae arcendae* (Ley de las XII Tablas, 7, 8), que puede interponer el propietario de una finca inferior frente al de una finca superior que haya alterado el curso normal del agua de lluvia provocando así daños. En cuarto lugar, la Ley de las XII Tablas 7, 9-10, establecía que el propietario puede talar dentro de ciertos límites los árboles del fundo vecino que penetren en el propio; también puede pasar a la finca contigua para recoger los frutos de los árboles propios: interdictos *de arboribus caedendis* y *de glande legenda*[235]. Finalmente cabe recordar la acción de deslinde, *actio finium regundorum*[236]. Desde la época arcaica existió en Roma una normativa (consuetudinaria o legal) que podemos denominar urbanística, la cual imponía limitaciones al contenido de la propiedad inmobiliaria. La preservación del interés general podía llevar a la expropiación[237].

Las relaciones entre fincas contiguas podían articularse de manera voluntaria por medio de la constitución de servidumbres, que gravan a un fundo «sirviente» a favor del «dominante» y permanecen en el tiempo aunque se modifique la titularidad del derecho de propiedad de las fincas implicadas (*perpetua causa servitutis*). Los tipos más antiguos son las servidumbres rústicas de paso (*iter, actus, via*) y de acueducto; en su primera configuración jurídica no venían consideradas como derechos reales en cosa ajena, sino como una especie de prolongación del dominio propio. Junto a otras servidumbres rústicas se añade la clase de las servidumbres urbanas, la cual, a su vez, se despliega en varios tipos, entre los que podemos citar, por vía de ejemplo, el derecho a impedir que el vecino eleve la edificación actual (*ius altius non tollendi*) o la protección del derecho de vistas (*ius nec prospectui vel luminibus officiatur*).

Nos alejaría irremediablemente de la finalidad de esta obra entrar en el estudio siquiera introductorio de todas estas figuras, cada una ellas —como siempre ocurre en derecho romano— con una larguísima serie de estudios a sus espaldas. Siendo fieles al objetivo aquí trazado, interesa destacar que la consideración de todas ellas nos sitúa ante una mentalidad de signo comunitario, muy alejada del mito de la propiedad romana entendida como paradigma del individualismo, mito tan grato a los investigadores de signo «germanista»[238] y que tanto éxito ha tenido en la historiografía. Quizá la concentración del estudio del ordenamiento romano, centrándolo en el ámbito privado, con olvido de la normativa pública, haya podido favorecer este desenfoque en la observación de una realidad en la que, como en otros ámbitos, se constata un admirable equilibrio entre la libertad privada y los intereses públicos.

La validez del juicio anterior encuentra un apoyo en los datos que ofrece la muy rica vida asociativa romana[239] (*collegium* es la palabra latina para «asociación»). Ya

desde la época anterior a la fundación de la Ciudad oímos hablar de asociaciones de guerreros[240], *sodalitates*, que posteriormente derivarán, en una forma ya fosilizada, hacia un tipo de asociación de fuerte componente religioso: así, por ejemplo, el colegio de los Salios[241], a los que el rey Numa, entre otras concesiones, *les dio como distintivo una túnica bordada y, sobre la túnica, una coraza de bronce en el pecho; les encargó llevar los escudos caídos del cielo llamados ancilia y de recorrer la ciudad cantando himnos en medio de saltos y danzas sagradas* (Livio, 1, 20, 4). Debemos suponer que los colegios sacerdotales instituidos en el período de la monarquía tuvieron sus antecedentes en época anterior (de hecho conocemos colegios semejantes en varias ciudades del Lacio): su existencia preparó de alguna manera el surgimiento de la Urbe, ella misma una asociación política y religiosa. Por su parte, la vida económica de Roma, también desde los años de los reyes, en los sectores artesanales y de comercio, se organizó en torno a colegios «profesionales», que la tradición atribuye a Numa y que, en todo caso, son reconocidos ya, con carácter general, por la Ley de las XII Tablas: D. 47,22,4 (Gayo, 4 *ad legem duodecim tabularum*): *Son cofrades los que pertenecen a una misma asociación, que los griegos llaman hetaireia. La ley les permite establecer los pactos que quieran, con tal de no infringir la ley pública*[242]. Las asociaciones tuvieron desde entonces un florecimiento muy amplio, cubrieron múltiples fines, entre los que merecen ser destacados los funerarios (compatibles con otros) y, en el período de crisis de la República, las organizaciones con objetivos electorales.

XXII. LA VOLUNTAD COMO FACULTAD AUTÓNOMA Y PROPIA DEL SER HUMANO: INTENCIONALIDAD Y CULPA

La antropología jurídica romana, quizá a causa del hábito metodológico de los juristas, acostumbrados a estudiar las relaciones sociales desde el punto de vista de cada caso particular valorado normativamente con los parámetros del derecho, otorgó el protagonismo último de la acción humana a una facultad que el pensamiento griego no había individualizado con perfiles propios: la voluntad[243]. La filosofía griega adoptó desde muy pronto (los casos más ilustrativos son los de Parménides y Platón) una visión centrada en la esencia, descubierta por el *logos*, con poco espacio para la consideración de los supuestos individuales, siempre entendidos —incluso para Aristóteles— como ejemplificación de una *esencia* o de una *forma* universal. Grecia no pudo salir del círculo del intelectualismo moral[244]. Roma, por el contrario, se inclinó por una filosofía de la *acción* (del verbo *agere*[245], categoría fundamental de su mentalidad). Ahora bien, situados ya en este ámbito existencial (por oposición al de la esencia), el motor de la acción humana no puede ser otro que la voluntad, que se manifiesta hacia el exterior como energía espontánea del yo, es decir, como libertad. Frente a la *praxis* griega[246], la *actio* romana hace posible una verdadera historia y también, y esto es lo que ahora nos interesa, una verdadera responsabilidad[247] atribuida al ser humano en su acción libre. Teniendo en cuenta estas consideraciones,

se puede afirmar que la jurisprudencia romana construyó, tal vez sin ser muy consciente de ello, una original y nueva antropología de la voluntad[248], contribuyendo así a colmar un vacío del pensamiento griego[249] y lo hizo apoyándose en elementos propios de la tradición romana desde los tiempos arcaicos[250].

El punto de partida de la valoración de la voluntad como elemento autónomo se halla situado en el derecho sacro y, por tanto, fue obra de los pontífices, en la delimitación de lo que mucho más tarde se denominará *responsabilidad* penal. El testimonio más antiguo del que podemos disponer es la referencia a una ley regia atribuida a Numa respecto al homicidio[251]: *en las leyes de Numa está previsto que si alguien ha quitado la vida a un hombre* imprudens, *ofrezca en una asamblea un carnero a los parientes agnaticios por la cabeza del difunto*, Servio Gramático, *In Vergilii Bucolica* 4, 43. En el término *imprudens*, que debemos traducir como hace C. A. Cannata, por *involuntariamente*[252] se concentra la valoración jurídica de la muerte[253]. Contrario a *imprudens* resulta ser el término *sciens*, a sabiendas: *Si alguien dio muerte a un hombre libre con dolo*[254] *y a sabiendas,* sciens, *sea «paricida»* (*paricida*, es decir, ejecutado según el ritual de la pena del saco de cuero, *poenae cullei*: los culpables de «paricidio» (no todavía «parricidio»)[255] eran sometidos a una ejecución muy especial: tenían que ser golpeados con vergas *sanguineae*, encerrados en el interior de un saco junto a un perro, un gallo, una víbora y un mono; luego eran arrojados al mar: La extraña función de estos animales consistiría en atacar también al ejecutado en su vida ultraterrrena, empezando por la propia destrucción del cuerpo, receptáculo del *anima*.

Un aspecto relacionado con lo anterior, pero conceptualmente diferente, pues no afecta al criterio de responsabilidad aplicado al causante del daño, concierne a la determinación de quiénes podían ejercitar la venganza[256], lo que con terminología técnica se llama legitimación activa. Este aspecto colectivo y solidario de la responsabilidad en el mundo primitivo y arcaico fue estudiado magistralmente por F. De Visscher en su obra *Le Régimen Romain de la Noxalité. De la Vengeance Collective a la Responsabilité Individuelle*. En el caso del homicidio, tratándose de un delito que puede considerarse prototípico de todo el derecho penal, es lógico que su persecución en época precívica, concerniera al círculo de parentesco (familia o *gens*) y que el grupo del ofensor, para escapar a la responsabilidad colectiva, lo entregara a los parientes de la víctima, *deditio*, evitando así una situación de hostilidades. De este estado de cosas queda la mención de los agnados como receptores del sacrificio en caso de homicidio involuntario. Sólo progresivamente —aquí como en otros supuestos delictivos— la autoridad centralizada de la Ciudad recibiría la competencia plena sobre el homicidio, al principio se limitaría a controlar la ejecución de la pena.

En este caso del homicidio involuntario, el sacrificio del ariete en una *contio* específica convocada a tal efecto, no remite a un período de responsabilidad penal objetiva en el que lo único valorado fuera el resultado de muerte. Más bien la explicación debe apoyarse en motivos derivados de la impureza[257] que toda muerte humana acarrea para la comunidad, sea familiar[258] o cívica: estamos ante un

sacrificio expiatorio, destinado a reequilibrar la relación con la divinidad, *pax deorum*. El *piaculum* (sacrificio expiatorio), en éste como en otros casos[259], produce la desaparición de la impureza, *expiatio*, y, con ello, el restablecimiento de la *pax deorum*[260]. Este esquema diferenciador entre un acto expiable o inexpiable lo encontramos aplicado al derecho pontifical todavía por Quinto Mucio Escévola a comienzos del siglo I a.C.[261]; también en Cicerón: *De legibus* 2, 15, 37.

Hasta donde alcanzan nuestras fuentes, parece que el término *sciens*, «a sabiendas», debe considerarse originario. En todo caso, si no la palabra, al menos sí el concepto. En una de las fórmulas más antiguas que nos es dado conocer, el juramento por Júpiter *Lapis*, el más santo de todos los juramentos (Gelio 1, 21,4), en el cual se invoca a Júpiter *Feretrius*, Dios superior de la Roma preetrusca[262], venerado sin imagen antropomórfica, simbolizado por la piedra, guardián de los juramentos y de los tratados formalizados por el Colegio de los Feciales, aparece el término *sciens* como elemento que marca la voluntariedad[263]. Asimismo, la norma de la Ley de las XII Tablas que sancionaba penalmente al incendiario distinguía también entre la acción intencional y el caso fortuito, entre *sciens* y *casus*[264].

Así pues, el derecho arcaico operaba en el terreno de la responsabilidad penal con un par de conceptos: el de la intencionalidad (*sciens, dolus, prudens*) y el de la no intencionalidad (*casus*). No obstante, la incidencia de las consideraciones sacrales fundadas en la noción de impureza producía el efecto de una aparente responsabilidad objetiva que pudo mucho más tarde ser reutilizada por la jurisprudencia para aplicarla en ciertos supuestos al ámbito de la responsabilidad contractual. Queremos decir que ambos planos, aunque concurrentes, producen efectos distintos y deben por ello ser diferenciados: el estrictamente sacral (religioso, si se quiere) opera con la noción de impureza, la cual exige por sí misma (independientemente de la causa)[265] un acto reparador: *piaculum*. Por su parte, la necesidad social del castigo para preservar el orden exige distinguir un acto imputable a su autor de otro no intencional. Así en el caso más o menos legendario de Horacio, acusado de *perduellio*, por matar a su hermana, la cual se lamentaba como se sabe de la muerte de uno de los Curiacios, el reo es absuelto (vertiente penal), pero el homicidio tenía que ser expiado en su aspecto de generador de impureza, para lo cual Livio menciona la muy discutida figura del *tigillum sororium*: *El padre, después de llevar a cabo unos sacrificios expiatorios que, en adelante, constituyen una tradición de la familia de los Horacios, atravesó un tronco en la calzada e hizo pasar por debajo al joven, con la cabeza cubierta, como si fuera bajo un yugo* (Livio 1, 26, 13)[266].

El concepto de impureza, de por sí ajeno al criterio de la responsabilidad (aunque un supuesto particular puede dar lugar también a ella) se encuentra cubierto por varias palabras latinas cuyo significado originario parece ser el de «mancha»: *scelus, culpa, peccatum* (para referirnos sólo a las más importantes). El *scelus*, desencadenante de la *religio* (tesis de De Visscher), dispone de un concepto casi idéntico en el griego *amartema*, aunque esto no signifique, como quiere el autor belga, que quepa hablar de delitos objetivos o de responsabilidad objetiva[267], de

acuerdo con la reflexión apuntada en el párrafo anterior. La *culpa* implica originariamente este mismo significado de impureza. *Culpa* tiene un sentido material, como se observa en expresiones del tipo *se contaminare culpa* o *culpa haeret.* Este significado se aplica también a *peccatum*, término quizás posterior que pronto aparece identificado con la noción de *culpa*[268]. Se constata también una asimilación entre *peccatum* y *noxa*[269].

Dado que es muy probable que la reflexión jurisprudencial cristalizara primero en el ámbito de la determinación de la impureza del *ius sacrum* (*scelus, culpa* y palabras similares), la hipótesis de un tránsito desde este ámbito de derecho sacral al campo del derecho penal (y de aquí al derecho de obligaciones) pudiera considerarse plausible. En la esfera del derecho penal arcaico, como venimos sosteniendo, existía una contraposición originaria entre la intencionalidad o la falta de ella. Es sintomático que un jurista ya tardío como Tertuliano[270] pueda seguir utilizando *culpa* como sinónimo de dolo, tal vez porque en su primera utilización técnica culpa y dolo se empleaban indistintamente, para denotar la idea simple de intencionalidad, sin ulteriores valoraciones.

Una vez realizado su ingreso en el ámbito del derecho penal, la noción de *culpa* se reubicó entre los polos de la pura intencionalidad (ahora designada específicamente con *dolus*) y el de la exclusión de responsabilidad (*casus*). La doctrina mayoritaria acepta que el inicio de esta reelaboración de la categoría de culpa fue realizada por los juristas a propósito del delito de *damnum iniuria datum* introducido por una *lex Aquilia* de principios[271] o mediados[272] del siglo III a.C. Culpa indica a partir de entonces un comportamiento reprochable, por acción u omisión, fundado no en la consciente intencionalidad del daño sino en la negligencia, una noción que nunca puede ser del todo precisada[273]. La jurisprudencia romana lograba así una gradualidad a la hora de valorar el comportamiento sometido a examen, para valorar si fue realizado *iniuria*, es decir, *contra ius*. Este instrumental jurídico fue el que trajo como consecuencia última un pormenorizado examen de la *voluntas* estudiado como elemento autónomo frente a la razón y, con ello, hizo posible una antropología de la voluntad en Roma.

Quinto Mucio Escévola, el Pontífice, pudo ofrecer a principios del siglo I a.C. un criterio general de culpa: *es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, o se avisó en un momento en que no podía evitarse el peligro […]*, D. 9,2,31 (Paulo, 10 *ad Sabinum*)[274]. La equiparación de la culpa a la falta de diligencia (*neglegentia*) favorecía la gradualidad antes apuntada. El criterio normal de responsabilidad se situaba en la *culpa levis*: la falta de diligencia del hombre medio, la diligencia del buen padre de familia (*diligentia boni patris familias*). Un carácter excepcional tenían: la *culpa lata, magna neglegentia*, equiparada al dolo[275]; la *culpa levissima*, contraria a la *diligentia diligentissimi patris familias*; y la *culpa in concreto*, la falta de la diligencia que se utiliza en los propios asuntos (*diligentia quam debitor in suis rebus adhibere solet*)[276].

XXIII. *DILIGENTIA* Y *OFFICIUM*

Producida la aproximación de la culpa a la diligencia en la época final de la República, la primera de estas categorías, la culpa, sufrió un proceso de tipificación y moralización[277]. Ello es así porque la diligencia resulta ser una categoría ética, pero de una ética estrictamente social: consiste en un criterio de comportamiento fundado en la idea de deber, *officium*. El individuo tiene que acomodar su conducta a un canon preestablecido, encarnado en las diversas modalidades que la vida social propone para la actuación del «hombre bueno», del *bonus vir*[278], Cremades no duda en defender a estos efectos de «una suerte de responsabilidad objetiva que se basa, no en la existencia de una tipicidad o punibilidad antecedentes, sino en la existencia de un nexo causal objetivo entre la acción u omisión y daño».

De esta forma, el propio desarrollo jurídico romano, influido parcialmente por la filosofía griega, supo llegar en esta materia de la culpa a un equilibrio admirable. El riesgo de la admisión generalizada del criterio de la culpa radicaba en que podía provocar una subjetivización desmesurada del mecanismo de responsabilidad. Poner en primer plano el mundo interior del sujeto puede resultar muy atractivo para la teoría moral, pero es incompatible con la seguridad jurídica y la eficacia práctica de las instituciones. Por ello, la utilización del *officium* y la aproximación entre la culpa y la *diligentia* deben considerarse como una especie de antídoto frente a los peligros del subjetivismo jurídico.

XXIV. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD: EL ERROR

La introducción de la culpa en el ámbito del derecho de obligaciones y su tendencial aproximación a la *diligentia* corren paralelas a la construcción de una «teoría» del error[279] por parte de los juristas[280]. Éstos, de acuerdo con su método habitual, se ocupan de un conjunto de casos reconducibles a los tipos de los llamados mucho más tarde error impropio y error propio. El primero de ellos, el error obstativo o impropio, consiste en la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad interna y su declaración. Este tipo de error se tiene en cuenta sobre todo en los negocios *mortis causa*[281], dado que contienen una sola declaración de voluntad, y por aplicación del principio del *favor testamenti* (protección de la voluntad testamentaria). En los negocios *inter vivos* sus efectos son mucho más limitados. El otro tipo de error es el llamado error propio: el que afecta a los motivos que han impulsado a una persona a realizar un negocio. El papel constitutivo que el derecho arcaico había dado a la forma en alguna de sus figuras esenciales (por ejemplo, la *mancipatio* o la *stipulatio*) y la consideración de la *fides* como lealtad a la palabra dada dificultaron la consideración del error, pero, a partir de los momentos en los que el *consensus* empezó a cobrar un protagonismo esencial la posibilidad de tener en cuenta el error se hizo patente.

En la relevancia jurídica del error pudo jugar un papel esencial la recepción del pensamiento griego por parte de los juristas de finales de la República. Ello pudo ser

así porque el error en cierto sentido nos devuelve al clima del intelectualismo ético griego, que parte del principio de que el mal moral procede de una equivocada intelección. Desde Platón el hombre justo es aquel en el que prevalece el principio racional del alma (*logistikon*) frente a lo irracional[282] (la voluntad, como quedó antes señalado no es considerada como una facultad específica). Aristóteles y los estoicos defienden que cuando el ser humano se equivoca es por causa de una falsa creencia, y por eso una enseñanza correcta es clave en el desarrollo ético del individuo[283]. En el comienzo del libro III de la *Ética a Nicómaco* se establece una distinción entre lo voluntario y lo involuntario, pero se trata de una distinción no excesivamente matizada: un acto voluntario (*ekousion*) es aquel en el que el principio del movimiento imprimido a los miembros instrumentales está en el mismo que los ejecuta. Lo involuntario es lo que se hace *por fuerza o por ignorancia*[284].

El tratamiento jurídico del error propio en los juristas permite distinguir dos grandes tipos de supuestos. El primero se refiere al error en los presupuestos del negocio: por ejemplo, cuando en una estipulación se me promete una cosa que ya es de mi propiedad, dato que yo ignoro: el negocio es nulo (Gai. 3, 99). Sobre este punto un texto del Digesto establece el criterio general, D. 50,17,76 (Papiniano, 24 *quaestionum*): *Lo que depende de la voluntad no puede en absoluto hacerse sin un conocimiento verdadero y cierto*[285].

El segundo grupo de supuestos reconocible en las fuentes se refiere al error en la cualidades esenciales (*substantia*) de las personas o de las cosas[286]. Aquí se produce una aproximación al tratamiento dado al error impropio: cuando se da una falsa identificación se produce la nulidad. Si el error afecta no a las cualidades esenciales sino a la identidad individual de la cosa, se habla de *error in corpore*. Un ejemplo muy ilustrativo en D. 18,1,9 pr. (Ulpiano, 28 *ad Sabinum*): *Es manifiesto que en las compras y en las ventas debe interceder el consentimiento. Por lo demás, si se disiente en la compra misma, ya en el precio ya en otra cosa, la compra es imperfecta. Así pues, si yo creo que compro el fundo Corneliano y tú crees que me has vendido el Semproniano, como disentimos en el cuerpo, la compra es nula.*

XXV. EL MIEDO (*METUS*) COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

El derecho arcaico no contemplaba la posibilidad de anular un negocio celebrado por miedo o temor. Sólo la fuerza física actual (*vis*) era tenida en cuenta. Un principio ético en el que se refleja una cierta concepción épica de la existencia establecía que, cuando el sujeto actuaba, aunque fuera coaccionado, se trataba de un acto voluntario. El mismo Aristóteles al afrontar este problema declaraba que se trata de acciones mixtas porque en ellas se mezcla lo voluntario con lo involuntario (*Ética a Nicómaco* 3, 1110a). Los juristas romanos sostienen una posición aún más firme que, aunque puede entenderse influida por el estoicismo, radica más bien en la moral cívica propia de una sociedad de ciudadanos-soldados. Se lee en D. 4,2,21,5 (Paulo, 11 *ad edictum*): *Si acepté una herencia coaccionado por la intimidación, opino que me*

hago heredero, porque aunque si hubiese sido libre no hubiese querido hacerlo, sin embargo, aunque coaccionado, quise; pero el pretor debe concederme el remedio de la restitución, para que se me dé la facultad de abstenerme[287]. Sin embargo, como ha quedado adelantado por la propia lectura del pasaje, el derecho pretorio, sin atacar la validez (inicial) del acto, concede un conjunto de remedios para obtener una limitación de los efectos y una reparación del daño: la *actio quod metus causa*, la *restitutio in integrum propter metum* y la *exceptio metus*.

XXVI. EL ENGAÑO (*DOLUS*) COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

Una incidencia mucho más relevante tuvo el *dolus*, definido por Labeón como *toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta encaminada a hacer caer a otro en un engaño*, D. 4,3,1,2 (Ulpiano, 11 *ad edictum*). El *concepto* de dolo (quizá antes del triunfo del término e, incluso, de unas definiciones más o menos logradas) se hallaba presente en el derecho penal desde la época más antigua, conforme a lo que ya fue más arriba observado. Por lo que respecta a su inclusión en materia de responsabilidad contractual (entendida la mención del contrato en sentido amplio), debemos tener en cuenta que una actividad intencionalmente engañosa resulta ser evidentemente contraria a los actos contraídos *ex fide bona*. Hay que entender que, en este sentido, el *dolus malus*, contrapuesto a las exigencias de la *fides* tiene que ser tan antiguo como ésta en el mundo del derecho y, por supuesto, anterior a la construcción técnica de los llamados contratos de buena fe, *ex fide bona*, aunque sea en el régimen de éstos, donde una consideración detenida sobre la bondad o maldad de la conducta negocial, ocupe el lugar más destacado. Por su parte, el derecho pretorio ofreció desde el último siglo republicano un conjunto de remedios procesales: la *actio de dolo*, la *exceptio de dolo*[288]; parece que no existió una *restitutio in integrum ob dolum*[289].

XXVI. *VOLUNTAS* Y *NECESSITAS*: CICERÓN Y LOS JURISTAS

Con el precedente de la admirable —aunque insuficiente— defensa de la voluntad y de la libertad en el *De rerum natura* de Lucrecio (*ca.* 94 – *ca.* 55 a.C.) [290], debemos esperar a Cicerón (106 – 43 a.C.) para encontrar una auténtica filosofía de la voluntad como elemento diferenciador del ser humano considerado no genéricamente sino en su individualidad. Sus reflexiones sobre la materia se contienen fundamentalmente en *Tusculanae disputationes*, *De fato*, *Topica* y *De officiis*. En el tratamiento general del problema, sobre todo en su planteamiento inicial, se observa una influencia de la corriente estoica, pese a que el autor, en la exposición de su propia doctrina expresada en *De fato*, se funda en las tesis de Carnéades y, en general, de la Nueva Academia[291]. De todas formas, como señalaremos inmediatamente, por debajo de la formulación filosófica, Cícerón funda su estudio de la materia en la tradición del pensamiento romano, que da por supuesta.

En el *De fato*, obra que sólo nos ha llegado de forma incompleta, la parte disponible presenta, sin embargo, una teoría coherente acerca de los problemas de la causalidad, del destino y de la voluntad libre[292]. La aceptación del destino —*heimarmene* (*causarum series sempiterna: serie imperecedera de causas*)— como indica A. Escobar, fue compatible con el hecho de que la corriente estoica procurara preservar un ámbito para la libre actuación humana. Ése fue el intento de Crisipo[293], autor de un *Peri heimarmenes*, cuya doctrina recoge Cicerón. El filósofo estoico plantea una defensa de la libertad en contra del determinismo absoluto atribuido a su escuela. El argumento determinista es presentado así: «*Si todo ocurre a consecuencia del destino, todo ocurre a consecuencia de una causa antecedente; y si el apetito ocurre así, también aquello que sigue al apetito, luego también los asentimientos; mas, si la causa del apetito no reside en nosotros, no está a nuestro arbitrio ni siquiera el propio apetito; si esto es así, ni siquiera aquellas cosas que se producen a consecuencia del apetito dependen de nosotros; luego ni los asentimientos ni las acciones están a nuestro arbitrio. De lo que se desprende que ni las alabanzas son justas, ni los vituperios, ni las recompensas, ni los castigos*». *Como esto es erróneo, piensan que resulta probable la conclusión de que no todo lo que ocurre lo hace a consecuencia del destino* (*De fato* 17, 40). En realidad, este planteamiento jurídico[294], la mención de los honores y los castigos, como prueba o indicio del acto voluntario, ya estaba en Aristóteles, *Ética a Nicómaco* 3, 1109b. Así pues, Cicerón siguiendo una doctrina aristotélica recogida y reformulada por Crisipo *postula más que prueba* la existencia de la voluntad y de la libertad humanas, dada la evidencia de la moralidad y la responsabilidad.

Cicerón nos dice que Crisipo distinguía dos tipos de causas. Unas son absolutas y principales (necesarias y suficientes). Otras coadyuvantes y secundarias (necesarias pero no suficientes)[295]. El destino afecta a la acción humana en el plano de las causas secundarias, pero el asentimiento (o consentimiento), causa principal de la acción, depende del sujeto, está en su arbitrio, *De fato,* 19, 43. Crisipo señalaba que en toda acción humana debemos distinguir entre el estímulo externo y la respuesta mental. La respuesta, el asentimiento previo a la acción, *está en nuestro poder.* Sin embargo, la doctrina de las dos causas no se explica con demasiada claridad[296] en *De fato*, quizá por la fragmentariedad del texto, o por la oscuridad del propio planteamiento original de Crisipo. En todo caso, parece claramente insuficiente para dar cuenta de una voluntad verdaderamente libre y no sólo consciente de la cadena de causas en la que se integra. Cabría decir que la *boulesis* (*voluntas*) en Crisipo cae también bajo la ley de causalidad necesaria. Ocurre que determinadas operaciones mentales son conscientes, deliberadas, y en este rasgo consiste la noción de «libertad» que puede disfrutar el hombre. Esto mismo puede expresarse diciendo que la única libertad consiste en la aceptación consciente de las causas[297], una formulación grata al estoicismo posterior.

Sea como fuere, ocurre que resulta más explícita la postura del mismo Cicerón, que —sobre la doctrina de Carnéades superpuesta a la de Crisipo— distingue entre causas externas e internas, situando al acto voluntario, *motus voluntarius*, entre las

segundas: *Por tanto, abusamos de una común manera de hablar cuando decimos eso de que alguien quiere algo —o no lo quiere— sin causa, porque decimos eso de sin causa en lugar de decir sin una causa externa antecedente, no sin causa alguna […]. No hay que buscar una causa externa para los movimientos voluntarios del espíritu, porque el propio movimiento voluntario alberga dentro de sí tal naturaleza —la de estar bajo nuestra potestad y obedecernos—, y no es algo que carezca de causa, porque la causa de esta circunstancia es su propia naturaleza* (*De fato*, 11, 24-25).

Por otra parte, en su *Topica* (15-17), una obra escrita unos meses después que el *De fato*, inspirada aquélla en Antíoco de Ascalón[298], Cicerón vuelve sobre este mismo problema, pero ahora utilizando claramente la teoría estoica de la causalidad. Existen dos tipos de causas. La causa material es necesaria pero no suficiente: entre ellas se cuentan el lugar, el tiempo, la materia. El *fatum* o destino, *heimarmene*, de los estoicos está fundado en este tipo causal. Por el contrario, la voluntad humana es del tipo de las causas eficientes, activas. Ahora bien, concurriendo con el criterio anterior se añade éste: las causas pueden ser constantes (así en la naturaleza y el arte) o no serlo. Dentro de estas últimas algunas son evidentes, otras se esconden. Entre las primeras se cuentan el apetito y el juicio, *appetitionem animi iudiciumque*; las que se encuentran sometidas a la fortuna forman el segundo grupo.

El interés de esta distinción radica en que Cicerón la sitúa con especial énfasis en la propia interioridad del ser humano. Pensamos que este aspecto de la interioridad del alma es el nexo que une sustancialmente el tratamiento de *Topica* con el que se ha realizado en *De fato*. A veces actuamos en función de una causa ignorada, escondida: entonces el comportamiento es consecuencia de la *necessitas*. Así ocurre en las perturbaciones del ánimo y en las ocasiones en que se produce un resultado no querido. Cicerón, a modo de ejemplo, se refiere en este punto a la norma que ya conocemos sobre el homicidio involuntario (*si telum manu fugit magis quam iecit*), como ejemplo de un acto sujeto más a la necesidad que al *motus voluntarius*. La acción voluntaria requiere intencionalidad consciente: *voluntaria, quae consilio*. Por lo demás, siguiendo la huella de Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, el autor romano indica que en algunos casos la acción humana procede de ambos tipos de causas.

Cicerón recoge la tradición griega de su filosofía moral sobre la *boulesis*, apetito racional, traduciendo este concepto clave por el latino de *voluntas*[299] (*Tusculanae disputationes* 4, 6, 12-13)[300]. El concepto de *voluntas* no es moralmente neutro. No lo era ya en Crisipo el de *boulesis*, donde se contrapone al apetito irracional. Con la noción de *voluntas* Cicerón procura aunar la reflexión griega antecedente —sobre todo estoica, también epicúrea, pero siempre de raíz aristotélica[301]— y la tradición romana de la *virtus*, concepto religioso propio de ciertas cosas o personas[302] que exigen una actitud de respeto y de obediencia. La *voluntas* designa un deseo racional, contrapuesto a otros impulsos (*libido*, *cupiditas*). La *voluntas*, en su ejercicio, introduce un elemento de constancia y prudencia (*constanter prudenterque*[303]) que delata la tonalidad moral de la categoría, dado que el punto de partida para el apetito humano, también para el guiado por la razón —como afirmó en *Topica*— es precisamente la ausencia de la constancia. Significativamente este rasgo de una

voluntas, que debe ser constante, firme, modelada por el ejercicio vital, se recoge en la famosa definición de la justicia de Ulpiano: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: *justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho*: D. 1,1,10 pr. (Ulpiano, 1 *regularum*).

Si realizamos una valoración de la contribución ciceroniana hasta aquí analizada, concluimos que encontramos formulado un fundamento específico para el *motus voluntarius* humano, mediante la adaptación de la doctrina causal de Crisipo matizada por la aceptación de la crítica de Carnéades, el cual postulaba una voluntad causa de sí misma, espontánea[304]. En nuestra opinión la postura ciceroniana sobre la voluntad libre, que expresa la doctrina romana tradicional, se basa como fundamento último en la naturaleza no sólo racional (*logos*), sino espiritual del alma humana, semejante a la de los dioses[305], inmortal y constitutiva de la propia identidad[306]. Como en otras ocasiones, un aparente déficit de reflexión filosófica es simplemente la consecuencia de que el criterio esencial se da por sentado y se encuentra en otra parte. Cabría decir que el fundamento que Cicerón da al argumento de la efectiva existencia de la voluntad libre en un mundo material regido por la causalidad necesaria es el mismo que recoge de la filosofía platónica (*Fedro* 245), para probar la inmortalidad del alma, prespuesto de todo el derecho pontifical[307]. Se afima que el alma, *animus*, es inmortal porque se mueve por sí mismo: *cum pateat igitur aeternum id esse, quod se ipsum moveat; pues resulta evidente que es eterno lo que se mueve por sí mismo*. De esta forma, cuando en *Tusculanae disputationes* 1, 22, 52, escribe que la actividad humana, *agere*, procede del *animus*, implícitamente está afirmando que este *agere* es una actividad procedente de una voluntad independiente de causas externas, es decir, libre, porque lo es metafísicamente hablando el mismo *animus* considerado como una naturaleza divina, *humanus animus divinus est* (1, 26, 65).

Conforme a lo que estamos observando, el itinerario de Cicerón no coincide con el de la filosofía griega, que sirve más a su formulación que a su contenido. El concepto que en Grecia se forma a través de la reflexión filosófica, *boulesis*, encuentra en Roma una noción semejante pero no idéntica, porque la *voluntas* incorpora más bien una tradición teológica, perfilada por el derecho pontifical, y augural, construida sobre la idea de la voluntad de los dioses y, por semejanza, la del hombre. A estos efectos el concepto de *numen*, que significa voluntad de un dios[308], la cual debe ser indagada y obedecida, parece hallarse en la base del concepto romano de *voluntas*. La tendencia romana a la divinización de las virtudes divinas debe ser interpretada en este contexto que privilegia la acción[309]. Una versión secularizada de la voluntad divina es la que se atribuye al pueblo cuando decide en una asamblea deliberante, *comitia*: el acto de voluntad es un *iussum populi*[310]. El magistrado recibe de la asamblea un poder, *potestas* o *imperium*, que ha de ser acatado. Igualmente en la familia el *pater* es titular de una *potestas* que exige un acto de obediencia. En el fundamento de la *voluntas* hay, pues una teología. Primero una teología sacral y después una teología política. Finalmente una idea de *voluntas* absolutamente secularizada por parte de la jurisprudencia clásica centrada en el estudio del derecho privado. El reconocimiento de la energía, *vis*, de la voluntad privilegia el momento de

la decisión —ya sea orden o acatamiento— más que el de la previa deliberación racional, aunque la presupone. La *voluntas* de algún modo perfecciona a la *ratio* y hace posible la acción humana.

En su teoría de las cuatro personas, presentada en el libro primero del *De officiis* (1, 30-32), muy posiblemente inspirada en el filósofo estoico Panecio[311], Cicerón presenta un concepto complejo de la personalidad entendida como la cualidad del actor moral en la sociedad, la cual resulta de la superposición de cuatro elementos, cada uno de los cuales moldea al individuo al tiempo que le atribuye un conjunto de deberes, *officia*. La primera persona es común: consiste en que todos los seres humanos participan de la razón. La segunda, singulariza al individuo por las peculiaridades de su *corpus* y de su *animus*. La tercera, deriva de las circunstancias y del tiempo en que nos ha tocado vivir. La cuarta, la que ahora nos interesa destacar, se refiere a la *voluntas* individual: la suma de las decisiones que toma el ser humano termina por modelar su propia identidad. Muy gráficamente el esquema ciceroniano empieza por la *ratio*, elemento constitutivo de la naturaleza humana y termina en la *voluntas* individual. Con ella cada ser humano se termina de modelar a sí mismo. Frente a la determinación que imponen, cada una a su manera, las tres primeras personas, es la última, consecuencia de la *voluntas* individual la que *perfecciona* la identidad psicológica y social de cada uno.

Éste es el planteamiento implícito en el pensamiento jurídico romano, con su tendencia a privilegiar el momento de la acción humana, el *agere*, estudiado con detenimiento en sus aspectos normativos por la jurisprudencia anterior y posterior a la obra de Cicerón. Los juristas son especialistas en la *voluntas* como una facultad del alma, como una fuerza, una *virtus* relacionada, pero diferenciada de la razón. Interpretan el orden social como un conjunto de voluntades entrelazadas, ya sea en el ámbito del derecho público como en el privado. Resulta muy sugerente observar el deslizamiento semántico de algunos términos relevantes en la obra de la jurisprudencia. Palabras tales como *iudicium*[312], *consilium*, *arbitrium*, *conscientia*, incluso *mens* y, sobre todo *animus*[313], pasan de significar prioritariamente el elemento racional a ser utilizadas habitualmente casi como sinónimos estrictos de *voluntas*.

Los ámbitos jurídicos de la *necessitas* y de la *voluntas* (y los conceptos correlativos del *ius* y del *officium*)[314] pueden aparecer alguna vez como contrapuestos, mutuamente excluyentes[315]. Así ocurre, por ejemplo, en la clasificación jurídica de los cuerpos. Séneca, *epistula* 102, 6, al ocuparse de los *corpora ex distantibus*, con un planteamiento estrictamente jurídico (y no puramente lingüístico), señala que en ellos la cohesión viene dada bien por el derecho, bien por el oficio: *iure aut officio cohaerent.* El propio Séneca en *De beneficiis* 3, 7, 1, subrayando la gratuidad del *beneficium* indica que su devolución dejaría de ser una cuestión moral fundada en lo *honestum*, si fuera necesaria: *desinint esse honesta, si necessaria est*[316].

Efectivamente, según nos recuerda G. Falcone, la *obligatio* como relación jurídica implica la necesidad del pago: *necessaria solutio*[317]. La famosa definición contenida

en las *Instituciones de Justiniano* 3,13 pr., que el autor italiano prueba ser de filiación gayana, *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, subraya igualmente esta *necessitas*, como rasgo propio de lo jurídico, de lo exigible por medio de una *actio*.

Ahora bien, la relación entre el *officium* y el *ius*, entre la *voluntas* y la *necessitas*, no es siempre de oposición, sino que ambos elementos pueden concurrir tanto en la constitución como en la vida posterior de una relación jurídica. A veces, el *officium* se sitúa fuera del derecho, como ocurre en las relaciones sometidas exclusivamente a condicionamientos sociales fundados en la moral, en la opinión pública o en cualesquiera otros. Sin embargo, en muchas ocasiones el *officium* es el factor que impele a la constitución de la relación jurídica y, en esos casos, tiene no sólo una finalidad incoativa, sino que da contenido a las obligaciones de las partes. Ello ocurre, por ejemplo, en una institución de heredero que, de hacerse, debe respetar el *officium pietatis*; de forma que si no se cumple, dará lugar al ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*. También, de forma muy característica, en las relaciones contractuales basadas en la gratuidad (pero también en todas las protegidas por una *actio ex fide bona*). En aquéllas se encarna un *beneficium* fundado en la *amicitia*. Un texto de Paulo, ya citado, D. 13,6,17,3 (Paulo, 28 *ad edictum*), en el tratamiento del comodato, distingue por un lado la *voluntas* y el *officium* y, por otro, la *necessitas*, para decir que dar una cosa en comodato es *voluntatis et officii magis quam necessitatem: es más cosa de la voluntad y del oficio que de la necesidad*. Ahora bien, dada la cosa en comodato, surge una *obligatio* para el comodante. Igualmente contraer un mandato es una cuestión de *voluntas*, pero una vez contraído, el mandatario debe cumplirlo por necesidad. En las relaciones contractuales no gratuitas, dada sin embargo la reciprocidad esencial de las mismas, el *officium* de cada parte dará lugar a una medida de la responsabilidad ponderada *a posteriori* por el juez o árbitro. En todos estos casos el *officium*, más allá de su virtualidad incoativa, penetra en el mundo del derecho y modela también desde dentro la estructura de la relación jurídica.

---

1 La aplicación de este rasgo, «primera generación», a la cultura romana plantea diversos problemas. Se utiliza la expresión en el sentido de que estudiamos la experiencia histórico-jurídica romana partiendo desde sus orígenes, que nos muestran una estructura social arcaica, la cual se desarrolla progresivamente hasta una forma estatal muy compleja. Nuestro estudio se centra en las características genéticas de la sociedad romana, lo cual implica privilegiar la fase primera, arcaica, de este desarrollo, aunque nuestras fuentes de conocimiento sean muy posteriores y hayan sido influidas por varias corrientes culturales y filosóficas. Por otra parte, resulta obvio recordar que Roma no es una cultura de primera generación desde el punto de vista de la historia universal. Además, en la historia romana desde el inicio se ha superado ya una fase que pueda denominarse primitiva en sentido estricto.

2 Vid. Valditara (2007) 130-135.

3 Paricio, Fernández-Barreiro (2010) 40-43.

4 D. 1,1,1 pr.: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

5 Paricio, Fernández-Barreiro (2010) 23; 114.

6 D. 1,1,12: *Nonnumquam ius etiam pro necessitudine dicimus veluti 'est mihi ius cognationis vel adfinitatis'*. Sobre el significado del término *necessitudo* como «vínculo» o «relación interpersonal», frecuentemente mal traducido de modo reductivo como «parentesco»: Catalano (2001) 102-108; Cosi (2002) 8-32; vid., por ejemplo, la *lex Acilia repetundarum* líneas 20-24.

7 A estos efectos constituyen una aportación muy relevante los numerosos estudios de L. Gernet, en especial su *Anthropologie de la Grèce antique* (Paris 1968), sobre la que ha llamado la atención Bretone (2004) 193-206.

8 Escribe Schiavone (2005) 91, que en Atenas la retórica ocupa el puesto que en Roma ostenta la jurisprudencia.

9 La necesidad de recuperar desde el punto de vista de la moderna investigación este sector del derecho romano ha sido recientemente puesta de manifiesto por O. Tellegen-Couperus en la obra editada por esta autora, *Law and Religion in the Roman Republic* (Leiden, Boston 2012) 1-8.

10 Schiavone (1987) 9; Bretone (1992) 161.

11 El valor del caso concreto después estudiado como *exemplum* supuso un punto de contacto metodológico de la jurisprudencia romana con la filosofía estoica —Nussbaum (2003) 422— y explica, junto a otros varios factores la predilección —no absoluta— por el estoicismo de los juristas romanos.

12 Para el *decretum* y el *responsum* en el Colegio de los Augures puede consultarse: Linderski (1986) 2154; sobre el *respondere* de los miembros del Colegio de los Pontífices: Marquardt (1957) 318; Cannata (1997) 47-50.

13 En este sentido, como señala De Visscher (1947) 344-348, el pretor y los juristas laicos de la fase posterior, la que coincide con el derecho procesal formulario, no han hecho sino reemprender un camino ya iniciado por los pontífices.

14 Quinto Mucio Escévola Pontífice, siguiendo sobre todo la trayectoria intelectual de su padre Publio, fue consciente de la necesidad de preservar la tradición jurídica romana de forma que la utilización del método dialéctico no produjera una irreparable pérdida de identidad jurisprudencial; de alguna forma el derecho pontifical sirvió de contrapeso frente a la potencial influencia disgregadora de la ciencia helenística: Ribas Alba (2012) 228-229.

15 Viehweg (1986).

16 Vid., por ejemplo, Alexy (1989) 39-47.

17 D. 1,1,1,1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet; iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*; información sobre la crítica del texto en Schiavone (2005) 488 nt. 1; un comentario del pasaje: 370-374.

18 D. 1,1,10,2: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Ulpiano, 1 *regularum*).

19 Cicerón, *Tusculanae disputationes* 5,3,7; *De officiis* 2,2,5-6; Gersh (1986) 74; Dillon (1996) 141.

20 Festo, s.v. *Ordo sacerdotum* (Lindsay, 200).

21 Vid. Ihering (1998) 580.

22 La preeminencia del grupo se afirma con particular intensidad en el derecho penal arcaico: De Visscher (1947) 27.

23 Fustel de Coulanges (1984) 237; al realizar un estudio unitario de Grecia y Roma, la obra —genial en muchos de sus aspectos— no llega a captar la especificidad romana respecto al mundo griego; vid. Ribas Alba (2009a) 65.

24 Lévy-Bruhl (1985) 54-55.

25 El punto de vista originario era el de la familia: Valditara (2007) 62.

26 D. 4,5,1: *Capitis minutio est status permutatio* (Gayo, 4 *ad edictum provinciale*); IJ. 1,16 pr.; D. 4,5,11: *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus libertatem, civitatem, familiam* (Paulo, 2 *ad Sabinum*); Melillo (2006) 16-30; Siimets-Gross, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 217-249.

27 Ribas Alba (2009) 64; (2012) 52.

28 Santalucia (1998) 88.

29 Fiori (1996) 61.

30 IJ. 1,16,4, que niega al *servus* el *caput*, entendido ahora como concepto abstracto; Wagenvoort (1947) 24; De Visscher (1947) 148; Kaser (1971) 271 nt. 3; la muerte de un individuo implica la pérdida de un *caput*: Servio Gramático, *In Vergilii Bucolica* 4,43.

31 Onians (1988) 109; 122; el *anima* latina y la *psyche* griega son conceptos idénticos; semejante a ambos es el concepto hebreo de *nefesh.*

32 Cicerón, *Tusculanae disputationes* 1,26,65.

33 Cicerón, *De legibus* 2,22,55; Apuleyo, *De deo Socratis* 15: *(Genius) is deus qui est animus suus cuique, quamquam sit immortalis, tamen quodammodo cum homine gignitur*; vid. Otto (1910) cols. 1161-1162.

34 Dumézil (2000) 370-374; Rose (1926) 149-149; Ribas Alba (2012) 48-49; 105-120, sobre la utilización de otros términos como *oscilla*, *larvae* y *lemures*, relativos al alma de los difuntos.

35 En relación con las variadas significaciones del término *religio* (vid. M. Humm, en Tellegen-Couperus [2012] 57-58) podemos recordar que en la clasificación jurídica de las cosas, las *res religiosae* (Gai. 2,6) son precisamente aquellas en las que se ha producido la inhumación del cadáver o el depósito de las cenizas: Ribas Alba (2012) 37.

36 Rose (1926) 149.

37 Cfr. Rose (1926) 154.

38 Onians (1988) 168-173.

39 Los testimonios correspondientes a la ubicación espacial de la *culpa* y, particularmente, a su relación con la *conscientia*, pueden consultarse en Wilhelm-Hooijberg (1954) 38-39.

40 Cicerón, *Tusculanae disputationes* 1,9,19. Desde el punto de vista etimológico *anima* procede de *animus*: De Vaan (2008) 43.

41 Cicerón, *De finibus* 4,10,25.

42 Puede valer como ejemplo de este modo de pensar la cita siguiente de Cicerón, *Tusculanae disputationes* 1,22,52: *Nam corpus quidem quasi vas est aut aliquod animi receptaculum: ab animo tuo quidquid agitur, id agitur a te: porque el cuerpo es como si fuera un vaso o como un receptáculo para el ánimo: cada acto de tu ánimo es un acto tuyo.*

43 D. 5,1,76 (Alfeno, 6 *digestorum*): Mantovani, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 3-47.

44 Kaser (1971) 236.

45 Nos ocuparemos posteriormente de esta expresión; vid., por ejemplo, D. 42,8,10,2 (Ulpiano, 73 *ad edictum*).

46 Por ejemplo, *conscientia* o *conscius fraudis*: D. 42,8,10 (Ulpiano, 73 *ad edictum*). Haremos algunas

observaciones sobre el valor jurídico de *scientia* más adelante.

47 Vid. Kaser (1971) 236-237.

48 D. 44,7,3,1 (Paulo, 2 *institutionum*): *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.*

49 Cfr. Guarino (2001) 649.

50 Por ejemplo, en D. 50,17,76 (Papiniano, 24 *quaestionum*).

51 D. 50,1,27,2 (Ulpiano, 2 *ad edictum*); Licandro (2004) 204; 228.

52 D. 29,2,20 pr. (Ulpiano, 61 *ad edictum*), donde se contrapone *factum* y *animus*.

53 Álvarez Suárez (1954) 17; 53; Kaser (1971) 237.

54 Cfr. Guarino (2001) 513.

55 Kaser (1971) 390-395; por otra parte, una vez nacida la categoría de la *possessio iuris*, ésta se contrapone a la *possessio corporis*: D. 43,26,2,3 (Ulpiano, 71 *ad edictum*). En el *animus* de la posesión Hägerström (1927) 109; 141, observa unas raíces místicas situables en el animismo primitivo.

56 Pueden consultarse otros pasajes citados por Heumann, Seckel (1971) 109.

57 Ribas Alba (2012) 242, siguiendo las tesis de M. Bretone.

58 D. 5,3,50 pr. (Papiniano, 6 *quaestionum*): *Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*; D. 37,1,3,1 (Ulpiano, 39 *ad edictum*): *Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio.*

59 Festo, s.v. *Possessio* (Lindsay, 260): Falcone (1996) 25-66; Bretone (1999) 278.

60 De Visscher (1947) 228-229; D. 9,1,1,14 (Ulpiano, 18 *ad edictum*).

61 También, por ejemplo, en los cometidos que se asignan al curador, el jurista distingue entre *corpus* y *patrimonium*: D. 27,10,7,1 (Juliano, 21 *disgestorum*).

62 Michel (1962) 130; Voci (1996) 353-354.

63 Livio 8,28,1; Varrón, *De lingua Latina* 7,105; sobre esta materia remitimos a la contribución de L. Peppe, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 435-490.

64 El alcance de la *lex Poetelia Papiria* suscita muchas dudas; sin embargo, es claro que la ejecución personal, la *ductio*, siguió utilizándose como principio general.

65 D. 44,7,3 pr. (Paulo, 2 *institutionum*).

66 Ribas Alba (2012) 96-101.

67 *El corpus* implica una identidad reconocible jurídica y socialmente. El mismo esquema conceptual se observa en el reconocimiento del llamado *error in corpore*: Álvarez Suárez (1954) 52.

68 Cicerón, *Pro Cluentio* 53,146; Bretone (2004) 52.

69 Modestino, 1 *regularum*, asigna al matrimonio, junto a otras cualidades, la de constituir una *communicatio divini et humani iuris*, D. 23,2,1.

70 Platón, filósofo de la mentalidad primitiva por excelencia, Eliade (1995) 41, escribe en *Gorgias* 507e-508a: *Y los sabios dicen que el cielo, la tierra, los dioses y los hombres se mantienen juntos por medio de la comunidad, la amistad, la templanza y la justicia; y es precisamente por esa razón que ellos llaman a este universo entero cosmos, orden, y no desorden o disolución.* Siguiendo este esquema Cicerón, *De natura deorum* 2,62,154, afirma que *cuanto hay en el conjunto del mundo es propiedad de los dioses y de los*

hombres; Ribas Alba (2012) 21; vid. M. Humm, en Tellegen-Couperus (2012) 58.

71 Ernout, Meillet (1979) 457; Eliade (2009) 229; Benveniste (1983) 345; Melillo (2007) 4-5; cfr. De Vaan (2008) 287.

72 Quintiliano, *Institutio oratoria* 1,6,34; Isidoro de Sevilla, *Etymologiae* 10,1; 11,1,4; sobre el significado de *humanus* como expresión aplicada al sacrificio realizado por los difuntos: Kirsopp Michels (1953) 49.

73 Es significativo que en el vocabulario de los juristas, para describir la imposibilidad de la prestación, que no existe o no puede existir, se utilicen como sinónimas las expresiones *in rerum natura* e *in rerum humanis*: Cuena Boy (2010) 28.

74 En la Ley de las XII Tablas *homo* adquiere en alguna ocasión una extensión que va más allá del ciudadano romano y alcanza a cualquier hombre o mujer: Pani (2010) 70.

75 Ribas Alba (2012) 23; *fragmentum Atestinum* líneas 2-3: *quod ad hominem liberum liberamve pertinere deicatur*; De Visscher (1947) 183.

76 D. 50,16,153 (Terencio Clemente, 5 *ad legem Iuliam et Papiam*): *Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*; cfr. D. 35,2,9,1 (Papiniano, 19 *quaestionum*).

77 D. 25,4,1,1 (Paulo, 24 *ad edictum*); D. 1,5,7 (Paulo, *liber singularis de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur*): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*; vid. Catalano (1990) 172 nt. 23; 195-221; (2001) 111.

78 Se le concede una *missio in possessionem ventris nomine* y se nombra un *curator ventris bonorumque*: sobre estas medidas de protección: Betancourt (2010) 412-419; Cantarella, en Schiavone (2010) 202-204. En la época más antigua el derecho de vida y muerte del *paterfamilias* se hallaba sujeto a limitaciones no sólo morales sino también jurídicas: Fiori (1996) 190-200; Voci (1996) 542 nt. 5.

79 Kaser (1993) 25-35.

80 Puede analizarse el procedimiento con algo más de detalle en Ribas Alba (2012) 24-31; Turelli (2011) 106-116.

81 Schulz (1990) 211.

82 En sentido contrario: Wagenvoort (1947) 104-105, el cual, sin embargo, no tiene en cuenta el determinante fundamento jurídico de la *humanitas.*

83 Giorcelli Bersani (2010) 136, con bibliografía.

84 Una panorámica general sobre las diversas virtualidades de la *humanitas* puede consultarse en Schulz (1990) 211-242.

85 Cicerón, *De officiis* 3,17,69; tomo la referencia de Paricio, Fernández Barreiro (2010) 83-85, lugar al que me remito para una selección bibliográfica; acerca del pasaje ciceroniano: Kaser (1993) 14-20.

86 Sobre la «dicotomía gayana» y la «tricotomía ulpiano-justinianea»: Guarino (2001) 129-131.

87 Una conexión que ya encontramos en Cicerón: Pani (2010) 153-154.

88 El derecho público territorial romano constituye un admirable modelo de integración plural y progresiva de los grupos humanos incorporados; Roma fue produciendo un amplio catálogo de soluciones que van desde el *ius Latii*, a la importantísima institución del *municipium*, pasando por variadas formas de estatuto ciudadano y de organización provincial.

89 Ribas Alba, Serrano-Vicente (2012) 158-159. El originario significado unitario de la *ratio naturalis* y de la noción de *ius gentium* en su desenvolvimiento práctico puede comprobarse, entre otros muchos textos, en éste de Paulo —si bien este mismo jurista utilizará un concepto filosófico de *ius naturale* de raíz estoica: D. 1,1,11 (14 *ad Sabinum*)— en D. 19,2,1 (Paulo, 34 *ad edictum*): *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*; *el arrendamiento, al ser natural y de*

todos los grupos humanos, se contrae por el consenso, no por las palabras (formales), como ocurre con la compraventa. Es la reflexión teórica, una reflexión *a posteriori* sobre el derecho, la que produce la bipartición entre el *ius naturale* y el *ius gentium*. Una reflexión de la misma naturaleza opone este binomio al *ius civile*.

90 Maine (1913) 123; Astolfi (2000) 8. Gai. 1,55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est.*

91 Hay que añadir los casos de la *adrogatio* y, posteriormente, de la *adoptio*; un vínculo semejante produce la *conventio in manum*: Cantarella, en Schiavone (2010) 190-191.

92 Momento de la concepción, no del nacimiento: Gai. 1,55; 1,89-91. No entramos en el estudio de los diversos supuestos en los que se entrecruzan los regímenes de los *status libertatis, civitatis* y *familiae*: una lectura del libro primero de las *Instituciones* de Gayo puede servir de guía en estas complejas materias.

93 D. 1,5,19 (Celso, 29 *digestorum*): *Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur*; D. 1,5,24 (Ulpiano, 27 *ad Sabinum*): *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.*

94 D. 38,10,4,2 (Modestino, 12 *pandectarum*): *Cognationis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae volgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque iure consistit cognatio cum iustis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit.*

95 Tal es el sentido del contenido disciplinario que se asigna a la *patria potestas*, incluyendo el poder de vida y muerte, *ius vitae et necis*. Pero, según venimos repitiendo, frente a la opinión común, se trata de un poder limitado y ejercido bajo las exigencias jurídicas de la virtud de la *pietas*: Saller (1994) 102-153.

96 Ihering (1998) 151-152.

97 Se trata de dos leyes: *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 18 a.C., y la *lex Papia Poppaea nuptialis*, del 9 d.C.

98 Se recuerda en esta materia un famoso discurso del censor Q. Metelo, siglo II a.C., pidiendo a los ciudadanos *ducere uxores liberorum creandorum causa*: Livio, *Periocha* 59,8.

99 Voci (1985) 242-243; 245.

100 Schulz (1990) 214.

101 Formalismo: exigencia de que el acto jurídico se lleve a cabo con una forma predeterminada por el derecho; el incumplimiento de la forma preestablecida constitutivamente implica la ineficacia del acto, el cual, jurídicamente no ha llegado a nacer. El formalismo arcaico se halla íntimamente unido al aspecto sacral-ritual de las instituciones; vid. Ihering (1998) 640-787.

102 Astolfi (2000) 205-293: el *usus* constituía una aplicación de la usucapión, adquisición del derecho por el ejercicio continuado en el tiempo; la Ley de las XII Tablas estableció que la mujer podía interrumpir el plazo (de un año) abandonado el domicilio conyugal tres noches consecutivas, *trinoctium*; la *coemptio* era una adaptación de la *mancipatio* semejante a otras utilizadas en el derecho de familia (en la *adoptio* y en la *emancipatio*), que provenía en su sustancia de la época primitiva.

103 Astolfi (2000) 14-24.

104 Cantarella, en Schiavone (2010) 193-198.

105 Maine (1913) 129.

106 Un tipo de *consortium* aún más arcaico era el que se constituía entre los *heredes sui* (herederos suyos: los descendientes que estaban bajo la patria potestad en el momento de la muerte del *paterfamilias*) sin necesidad

de requisitos adicionales, dado que se estimaba que incluso antes de la muerte del padre ya eran en cierto modo «dueños» del patrimonio familiar: Gai. 3,154a.; 2,153 y 157: Ribas Alba (2012) 182; sobre el *consortium ercto non cito*: Kaser (1971) 99-101; Voci (1996) 85.

107 Dada la estructura de la familia romana, en el caso de contrayentes *alieni iuris* (sometidos a potestad) se requiere también el consentimiento cumulativo del *paterfamilias* que, sin embargo, no puede reemplazar al de los contrayentes.

108 D. 32,49,4 (Ulpiano, 22 *ad Sabinum*).

109 Voci (1996) 520 nt. 26.

110 Saller (1994) 204-224; Fernández Barreiro, Paricio (2011) 121.

111 Voci (1985) 234.

112 Astolfi (2000) 104-105: la Ley de las XII Tablas preveía una forma específica para el repudio de la mujer: Cicerón, *Philippicae* 2,28,69.

113 Dionisio de Halicarnaso 2,25; Astolfi (2000) 103.

114 Valerio Máximo 2,1,4; 2,9,2; Gelio, *Noctes Atticae* 4,3; Fustel de Coulanges (1984) 71; Voci (1996) 519 nt. 17.

115 Como escribió Maine (1913) 129, este matrimonio romano de la época clásica es el más laxo que ha conocido el mundo occidental (al menos hasta finales del siglo XX). Recordemos suplementariamente que debemos utilizar con cuidado los adjetivos primitivo, arcaico y clásico. La historia de Roma empieza después de que haya concluido el mundo primitivo en Italia; este primer adjetivo debe, por tanto, evitarse. Lo arcaico corresponde a los orígenes de Roma y llega hasta finales del siglo IV a.C. Después de lo arcaico, tras una imprecisa época de transición, aparece lo clásico; hablamos así, por ejemplo, del derecho clásico, que alarga su vigencia hasta la crisis del siglo III d.C.

116 Voci (1996) 524-531; Cantarella, en Schiavone (2010) 199-200.

117 Paricio, Fernández-Barreiro (2010) 120-121.

118 D. 23,2,1 (Modestino, 1 *regularum*): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

119 Con algunas excepciones, la Ley de las XII Tablas prohíbe la cremación y/o la inhumación dentro del *pomerium*, excepto en algunos casos especiales: una nueva indicación del progresivo imponerse de la *civitas* sobre la identidad familiar; vid. Ribas Alba (2012) 125-126. En la sociedad primitiva los restos de los antepasados reposan en la misma *domus* familiar: Fustel de Coulanges (1984) 59.

120 Fustel de Coulanges (1984) 66.

121 Queda una huella de la consideración corporativa de la familia, *corpus*, en D. 50,16,195,2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*): *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum, aut communi universae cognationis continetur*: Ribas Alba (2012) 91 nt. 575.

122 También la *gens* se articulaba sobre el fundamento de los *sacra gentilicia*; vid. Smith (2006) 44-50.

123 Lévy-Bruhl (1985) 55; Cantarella, en Schiavone (2010) 165-166.

124 Cicerón, *De amicitia* 4,13: *Plus apud me antiquorum auctoritas valet, vel nostrorum maiorum, qui mortuis tam* religiosa iura *tribuerunt […]: concedo la más alta autoridad a los antiguos, ya sea la de nuestros mayores, que tributaron a los muertos derechos religiosos […].*

125 El primero se lleva a cabo en una asamblea por curias; el segundo ante el ejército formado antes de entrar en combate: Voci (1996) 562-563.

126 D. 28,2,11 (Paulo, 2 *ad Sabinum*); Gai. 2,157: Ribas Alba (2012) 54 nt. 366; 233.

127 Saller (1994) 230.

128 Cicerón, *De inventione* 2,22,66: *pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat.* Bajo la *pietas* se aúnan los deberes hacia la comunidad política territorial, patria, y los deberes —anteriores en el tiempo— fundados en el parentesco. *Pietas*, la cualidad del que es *pius*, tiene originariamente un significado general de pureza: parece que en este concepto de pureza se superponen dos planos: el ritual y el moral. *Pietas* se halla relacionada obviamente con los verbos *piare* y *expiare* y términos afines: Tromp (1921) 10-37, con un tratamiento muy completo de las fuentes; Fugier (1963) 331-416; Santi (2008) 122.

129 Hellegouarc'h (1972) 276.

130 Cfr. Fiori (1996) 190.

131 Saller (1994) 111-114, insiste acertadamente sobre el carácter recíproco y la inclusión de las relaciones materno-filiales en el ámbito de la *pietas.*

132 Astolfi (2000) 6.

133 D. 11,7,5 (Gayo, 19 *ad edictum provinciale*); De Visscher (1963) 93-138.

134 Vid., por ejemplo, una síntesis del desarrollo territorial y económico romanos en torno al 300 a.C. en Cornell (1999) 435-453.

135 Ribas Alba (2012) 231-236.

136 La oposición entre la *pietas* y la consideración patrimonial de la herencia puede detectarse en el régimen de la legitimación activa de la *actio funeraria*: Ribas Alba (2002) 79; Fernández Barreiro, Paricio (2011) 315.

137 Veyne (1976) 511.

138 Esto no quiere decir que no podamos aprender algunas o muchas lecciones provechosas de la experiencia romana. Tampoco se debe olvidar que, pese a sus defectos, esta antropología jurídica romana es el fundamento de la cultura occidental y, en especial, aporta el fundamento histórico de la teoría de los derechos humanos y de la democracia.

139 Hellegouarc'h (1972) 388-415; Wolf, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 527.

140 Michel (1962) 152-153: por ejemplo, se niega la acción de dolo a quien pretende entablarla contra alguien superior claramente en *dignitas*: D. 4,3,11,1 (Ulpiano, 11 *ad edictum*).

141 Ribas Alba (2009) 163.

142 Ribas Alba (2009) 257-273.

143 Melillo (2006) 1-20; Negri, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 115-138.

144 La concesión de la ciudadanía al esclavo manumitido era un rasgo original del derecho romano. Por otra parte, entre el esclavo liberado (llamado desde ese momento liberto) y su antiguo dueño (patrono) quedaba establecido un vínculo, el patronato, de importantes consecuencias jurídicas y económicas; la posición del liberto fue protegida específicamente por el pretor: Waldstein, en Corbino, Humber, Negri (2010) 552-576.

145 Robleda (1976) 68-135.

146 Sobre la calificación como esclavista de la economía romana al menos desde el siglo IV a.C.: De Martino (1985) 95-115.

147 Michel (1962) 147; 150: la condición de trabajador, *locator operarum*, empeora el *status* del *homo liber* (aunque no produzca una *capitis deminutio*): *Pauli Sententiae* 2,18.

148 La pura gratuidad fue sustituida a veces (y de forma creciente) por un *honorarium* entendido no como contraprestación sino como signo de gratitud por el *beneficium*: Michel (1962) 198-232; Coppola (1994) 50; 231.

149 Fernández Barreiro, Paricio (2011) 303; sobre la evolución de las formas jurídicas del «trabajo intelectual» debemos remitirnos a la monografía de Coppola (1994) *passim*.

150 Arendt (1993) 105.

151 Veyne (1976) 650-652.

152 Arendt (1993) 146 nt. 24.

153 Remitimos a los estudios de Giuffrè (1996).

154 Una reconstrucción absolutamente fuera de la historia pero muy sugestiva e influyente en su época fue la de un romanista: Johann Jakob Bachofen, *Das Mutterrecht*, publicada en 1861; según la teoría de este autor a la creación *masculina* del Estado precedió un matriarcado, es decir, una época en la que el poder pertenecía a las mujeres; vid. Wesel (1985): *Il mito del matriarcato. La donna nelle società primitive*.

155 El poder del *paterfamilias* romano ha sido con frecuencia empleado como ejemplo de dominación despótica y arbitraria; contra ese modelo interpretativo en el que se exagera y se «caricaturiza» en alguna medida la patria potestad romana: Saller (1994) 2; 227-229: el autor muy acertadamente enfatiza la función jurídica de la *pietas* como elemento moderador de la *potestas*.

156 No pueden ser titulares de *patria potestas* ni de las instituciones tutelares. Lo primero implica que el parentesco por agnación no tiene como fuente a la mujer: D. 50,16,196,1 (Gayo, 17 *ad edictum provinciale*): *Los descendientes de las mujeres es evidente que no están en la familia de ellas, pues, al nacer, siguen la familia del padre*. Recordemos que si el matrimonio se hubiera celebrado con *conventio in manum* la propia mujer casada entra a formar parte del grupo agnaticio del marido (un mecanismo pensado a efectos potestativos y hereditarios). Sobre la construcción de la identidad femenina en Grecia y su (supuesta) influencia en los juristas romanos: cfr. Cantarella, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 79-99.

157 D. 50,17,2 pr. (Ulpiano, 1 *ad Sabinum*): *Las mujeres están apartadas de todas las funciones públicas, y por ello no pueden ser jueces, ni tener magistratura, ni actuar como abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras.*

158 La *tutela mulieris* fue restringiéndose a lo largo del tiempo hasta caer en desuso en el siglo IV d.C., pero, a pesar de las limitaciones de que fue objeto, se halla plenamente vigente durante la época clásica: Kaser (1971) 367-369; Voci (1996) 99-100.

159 Eliade (2009), en especial el capítulo VII titulado *La tierra, la mujer, la fecundidad*.

160 Sin embargo, la mujer participa en la asamblea no deliberante, llamada *contio*: Ribas Alba (2009) 130.

161 Es llamativo en este sentido que el caso «fundacional» del delito de *perduellio* tenga como causa la muerte de Horacia, una mujer, por su hermano: Ribas Alba (2009a) 84.

162 Arendt (1993) 68.

163 Voci (1985) 234.

164 En materia de *amicitia* es imprescindible remitir ahora a la extensa y profunda aportación de G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 633-861; conserva su valor introductorio: Schulz (1990) 243-257.

165 Sigue siendo esencial el planteamiento clásico de esta cuestión realizado por M. Mauss en su *Ensayo sobre el don*, publicado como artículo en 1925: Mauss (2012).

166 Vid. Licandro (2004) 49-50, nt. 22.

167 Weber (1982) 10; Cornell (1999) 378.

168 Labeón, en D. 50,16,19 (Ulpiano, 11 *ad edictum*), define el *contractus* en sentido estricto como *ultro citroque obligatio*, es decir, funda la idea de contrato en el elemento de la reciprocidad: Paricio (2008) 47.

169 Cosi (2002) 18; 109-110.

170 Aplicación concreta de la *amicitia* en el ámbito político es la institución del *consilium* del *paterfamilias*, del magistrado y, sucesivamente, del príncipe. Un estatuto peculiar tiene la situación del *amicus Caesaris*. En política internacional se hablará de los *reges socii et amici populi Romani*.

171 También otros autores como Séneca y Plinio el Joven: Michel (1962) 507-529.

172 Sobre la evolución histórico-jurídica de la *fides*: Fiori (2008).

173 La reciprocidad del mandato debe ser entendida en sentido extenso, al modo en que funciona la donación en los sistemas primitivos y arcaicos. Hay reciprocidad porque de todos los miembros de la comunidad se espera que a lo largo de un ciclo temporal sean mandantes y mandatarios, equilibrándose de este modo la actividad de todos ellos. Desde un punto de vista técnico-jurídico, el contrato de mandato es, como se sabe, imperfectamente sinalagmático; aún así, como afirma Paricio (2008) 49-50, cabe hablar de una reciprocidad eventual o potencial, dato esencial que permite la inclusión de la figura en la categoría técnica de contrato; Michel (1962) 168; 439; 593, defiende que el contrato de mandato fue inicialmente sinalagmático.

174 D. 17,1,4 (Paulo, 32 *ad edictum*): *Mandatum nisi gratuitum nullum est:* nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo officio merces*; interveniente enim pecuniam res ad locationem et conductionem potius respicit*; no podemos entrar aquí en una exégesis de D. 19,5,5,4 (Paulo, 5 *quaestionum*): Ribas Alba (2002) 60-62; Kaser (1993) 144, recoge la tesis de D. Nörr.

175 En *De legibus* 1,21,55, explica que los antiguos, *antiqui*, contraponían el sumo bien, *decus*, y el sumo mal, *dedecus*; en *De legibus* 2,9,22, *dedecus* parece provenir de un estado anterior de naturaleza sacral: *periurii poena divina exitium, humana dedecus*: J. Scheid, en Scheid (1981) 126.

176 Santalucia (1998) 65.

177 En el mandato en interés no del mandante sino de un tercero, *mandatum aliena gratia*, la propia actividad del mandante integra también un supuesto de gratuidad.

178 Cfr. Voci (1996) 470 nt. 4; vid, por ejemplo, D. 3,5,26,1 (Modestino, 2 *responsorum*).

179 Cfr. Michel (1962) 242.

180 Conviene subrayar que el aspecto decisivo es la actividad *espontánea* que realiza el sujeto. En esta actividad no remunerada, no obligada, realizada en interés de otro, es donde reside la sustancia de la gratuidad. Se valora el hecho de que sea considerada útil, *utiliter*, en el momento de su ejercicio, aunque no lleve aparejado un resultado satisfactorio; la utilidad como criterio objetivo se impone al *animus* del gestor y su defecto puede acarrear responsabilidad incluso en supuestos de caso fortuito: D. 3,5,9,1 (Ulpiano, 10 *ad edictum*); D. 3,5,10 (Pomponio, 21 *ad Quintum Mucium*).

181 U. Vincenti, en Schiavone (2010) 361.

182 Livio 1,21,2-4. Sobre las consecuencias jurídicas del perjurio en época arcaica: Voci (1985) 236 nt. 74.

183 La promesa unilateral dirigida a la comunidad y no a una divinidad se llama *pollicitatio*: vid. Guarino (2001) 959; una forma específica de *votum* es la *devotio* del militar que se inmola ante el enemigo; la fórmula de la *devotio* fue recogida por Livio 8,9,1-14; Woodard (2006) 7-8.

184 No es inoportuno señalar que en el juramento (y en el tratado internacional, *foedus*) el carácter formal del acto y la vinculación con la *fides* aparecen como aspectos coexistentes y complementarios; cfr. Fiori(1996) 277.

185 D. 40,12,44 (Venuleyo, 7 *actionum*); Michel (1962) 157-167; el juramento, tras la manumisión, era confirmado por una *promissio iurata liberti*. Excede de los límites de este libro indagar la presencia de la *fides* en el ámbito de la *stipulatio*, presencia que cabe observar en el capítulo 20 de la *lex Rubria*, que recoge una *actio ex stipulatu ex fide bona* —Kaser (1993) 146-147— y en dos formas de la fianza, *fidepromissio* y *fideiussio*. En otro orden de cosas, sobre el juramento del magistrado y el juramento militar en época imperial: Veyne (1976) 828; 831, 838; para la relación entre el juramento y la *fides*: Fiori (1996) 153-155.

186 Ribas Alba (2012) 54 nt. 366.

187 Michel (1962) 591.

188 Michel (1962) 103-107.

189 Cosa fungible: aquella que es objeto de relaciones jurídicas en atención a su carácter genérico, de forma que es sustituible por otra equivalente; se identifican cuantitativamente por su peso, número o medida; en ellas predomina el *valor* sobre la *corporeidad* o *materialidad*: Fernández Barreiro, Paricio (2011) 151.

190 Antes una problemática *lex Genucia*, en el 342 a.C., había intentado la exclusión del préstamo con interés: Livio 7,42,1.

191 Michel (1962) 375; 390; 595.

192 El precario integra una de las variadas manifestaciones de la donación entendida como finalidad: D. 47,2,14,11 (Ulpiano, 29 *ad Sabinum*): *simile donato precarium est*; D. 43,26,14 (Paulo, 13 *ad Sabinum*).

193 Éste es el supuesto inicial; el precario sufrirá una evolución (en la que no podemos entrar) que terminará por aproximarlo al comodato o al arrendamiento: Michel (1962) 142; Voci (1996) 465-466.

194 El precarista no es detentador sino poseedor protegido frente a terceros por el interdicto *uti possidetis*.

195 Fiori (1996) 225-229.

196 Michel (1962) 129 nt. 3: Festo, s.v. *Patres* (Lindsay, 289): *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus ac si liberis propriis.*

197 Cfr. Michel (1962) 383; 395 y 433, para la distinción semántica entre *lucrum* (opuesto a *damnum*) y *quaestus*; así, por ejemplo, según el montante de las deudas, la herencia puede ser *lucrosa* o *damnosa*; se dice que la *usucapio pro herede* es *lucrativa*; lo mismo se aplica a la *usureceptio*: Gai. 2,56; 60; por su parte, la ganancia, *quaestus*, implica un trabajo previo del que la obtiene: D. 17,2,8 (Paulo, 6 *ad Sabinum*): *Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit.*

198 Este concepto de reciprocidad en sentido amplio pero efectivo, compatible con la gratuidad, se observa en los servicios de respeto, *operae officinales* (de *officium*), y de trabajo, *operae fabriles*, que el liberto debe prestar a su patrono, las cuales son *gratuitae operae* —D.38,1,27 (Juliano, 1 *ex Minicio*)— pero traen su causa de la concesión de la libertad; vid. Michel (1962) 157-167.

199 La raíz indo-europea **mei- / moi*, que indica intercambio, da tanto *mutuum* como *munus*; por su parte, *donum*, incluye una raíz **do-*, que expresa la idea de dar (simétrica a la de recibir): Michel (1962) 470-477; cfr. De Vaan (2008) 179; 395; 398-399.

200 Como señala Grelle (1961) 309 nt. 5, la integración en el texto de *officium* es segura, como se demuestra en la *editio maior* de Lindsay; sobre la correlación entre *munus*, *officium* y gratuidad es fundamental: Cremades Ugarte (1988) 60-66; y 107-108, sobre D. 19,5,5,4 (Paulo, 5 *quaestionum*).

201 La oligarquía republicana y, sobre todo, el emperador, plantean sus relaciones políticas desiguales sobre la idea de la beneficencia, es decir, con el esquema patrono-cliente y la consiguiente idea de reciprocidad en sentido extenso: Veyne (1976) 608; pero se debe consultar la obra entera.

202 Remitimos al imprescindible trabajo de Grelle (1961) sobre el *munus publicum*.

203 Como se constata en palabras tales como *municipium* (vid. Isidoro de Sevilla, *Etymologiae* 15,10) o *immunitas*: D. 50,16,18 (Paulo, 9 *ad edictum*). Para el concepto de *remuneratio*, básico en el léxico jurídico de la reciprocidad: Michel (1962) 199; 279; 286. Por lo demás, también en la significación específica de carga pública *munus* conserva la proximidad a *officium*: D. 50,16,239 (Pomponio, *l. sing. enchiridii*).

204 Distinción que tiene carácter técnico-jurídico: sobre el plebiscito Cincio *de donis et muneribus* remitimos a Recoder de Casso (2005).

205 Un planteamiento similar en D. 17,1,27,2 (Gayo, 9 *ad edictum provinciale*); la proximidad conceptual entre *officium* (deber) y *voluntas* (en este contexto, voluntariedad), aparece en esta definición de la amistad que da Cicerón, *De amicitia* 16,58: *paribus officiis ac voluntatibus […] ut par sit ratio acceptorum et datorum.*

206 Michel (1962) 455; 468.

207 A este nuevo escenario jurídico corresponden la *lex Cincia* del 204 a.C., que prohíbe las donaciones por encima de una cierta cantidad (*modus*), con excepción de las que se realizan dentro del círculo familiar (aplicando el criterio del parentesco por cognación); y también la posterior prohibición de donaciones entre cónyuges.

208 Sobre la contraposición *negotium* y donación, y los pasajes más significativos del Digesto: Michel (1962) 294.

209 Michel (1962) 589-590.

210 El infame —junto a otras prohibiciones en la esfera pública— sufría limitaciones procesales: el derecho de postular por otro, de nombrar un *cognitor* o *procurator*, y de ser nombrado él mismo *cognitor* o *procurator*: para el régimen de la infamia remitimos a J. G. Wolf, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 491-550.

211 E. Cantarella, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 187 nt. 43.

212 D. 12,6,32,2 (Juliano, 10 *digestorum*): Schulz (1990) 171; 217.

213 Fernández Barreiro, Paricio (2011) 123.

214 D. 27,10,1 pr. (Ulpiano, 1 *ad Sabinum*).

215 La antigüedad de la *fiducia* se prueba por la existencia en su régimen de una forma especial de *usucapio*, la *usureceptio fiduciae*, con plazo de un año, incluso para inmuebles, ajena a los requisitos de la justa causa y la buena fe: el fiduciante que mantenía la posesión de la cosa podía recuperar de esta forma la propiedad. Por otra parte, corresponden a la época de la *interpretatio* algunas formas de *fiducia cum amico* como son el uso de la *mancipatio* en el procedimiento de la adopción y la *mancipatio familiae*, antecedente del primer testamento romano en sentido estricto, el *testamentum per aes et libram*.

216 Hägerström (1927) 45-46.

217 Fernández Barreiro, Paricio (2011) 331.

218 También la finalidad de la garantía concierne al interés del fiduciante, que puede conseguir así un préstamo que de otro modo le sería negado.

219 Tampoco la *fiducia cum creditore*, dada la existencia del mandato de crédito, *mandatum pecuniae credendae*, en el que el mandante encarga al mandatario que preste dinero a un tercero de forma que el mandante acepta frente al mandatario la responsabilidad en caso de no devolución.

220 Ribas Alba, Serrano-Vicente (2012) 79; 154-155.

221 Cicerón, *De officiis* 3,17,70, cita: la tutela, la sociedad, la fiducia, el mandato, la compraventa y el arrendamiento: la compraventa y el arrendamiento tuvieron que ser las últimas acciones en ser incorporadas al conjunto, dada la presencia de una *merx*; aun así, la compraventa y el arrendamiento contienen el elemento esencial de la reciprocidad e implican una relación de confianza fundada en el puro consentimiento; es posible que la adición posterior de las fórmulas de la compraventa y el arrendamiento derive del hecho de que para tales relaciones jurídicas la utilización de los arbitrajes privados estuviera suficientemente asentado, es decir, que su adición posterior en el edicto no implicaría de por sí un *nacimiento* posterior o anterior de la figura protegida, sino más bien respondería al hecho de que la compraventa y el arrendamiento fueron más tiempo tutelados por la vía del arbitraje privado por razones de eficacia práctica; vid. Broggini (1957) 218-235; cfr. Paricio (2014) 94. Por otra parte, debemos destacar, que el catálogo de acciones de buena fe presentado no es completo; cfr., por ejemplo, Gai. 4, 62; 182; Kaser (1971) 485-489; Voci (1996) 183; respecto a la protección procesal del comodato y del depósito: Fernández Barreiro, Paricio (2011) 282; 285; Paricio (2014) 95.

222 Paricio (2014) 93-94.

223 Fernández Barreiro, Paricio (2011) 332-333, con una selección bibliográfica.

224 Falcone (1996) 235-237; siguiendo a Bellocci propone el siguiente tenor de la fórmula: *Quod AA NN fundum Capenatem fiduciae causa mancipio dedit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem NN AA praestare oportet ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, eius iudex NN AA condemnato*.

225 Voci (1996) 615-620.

226 Estas unidades territoriales menores gozan de cierta autonomía administrativa: Ribas Alba (2009) 145; 178; sobre el concepto de *pars* (parte) aplicado a estas unidades: Catalano (1974) 156.

227 Se llama *adsiduus* al ciudadano en cuanto incardinado en una tribu territorial: Licandro (2004) 48 nt. 18; *tribulis* es el compañero de tribu: Cosi (2002) 88; Ribas Alba (2009) 171.

228 Livio 1,43,13; Licandro (2004) 45.

229 El ordenamiento censitario, con la división en clases y centurias, introduce un elemento de diferenciación basado en el patrimonio. Sin embargo, esta clasificación se construye sobre la división territorial de las tribus urbanas y rústicas: Ribas Alba (2009) 167. Por otra parte, debemos recordar que la actividad esencial de toda asamblea romana, el voto individual y oral (hasta el siglo II a.C.), se llevaba a cabo dentro de cada curia, tribu o centuria: cada una de éstas aportaba un voto único: Ribas Alba (2009a) 87-94.

230 Cosi (2002) 59.

231 Así ocurre en los *Compitalia* y *Paganalia*: Warde Fowler (1899) 279-280; 294-296. Sobre la *vicinitas* como factor a tener en cuenta en la lucha electoral: Cosi (2002) 79-108.

232 Una visión de conjunto puede consultarse en Palma (1988).

233 El *vitium operis* se despliega en tres posibilidades: una obra en cosa propia, en cosa ajena gravada con servidumbre de acueducto o en obras de mantenimiento de una vía pública: *facere in suo, facere in alieno privato, facere in publico*: Voci (1996) 292.

234 Fernández-Barreiro, Paricio (2011) 214.

235 Palma (1988) 77-88; Voci (1996) 239 nt. 6 y 7.

236 Voci (1996) 290.

237 Fernández Barreiro, Paricio (2011) 175, con bibliografía.

238 Schulz (1990) 175 nt. 63.

239 Ribas Alba, Serrano-Vicente (2012) 18.

240 Cornell (1999) 176.

241 Woodard (2006) 11; 62: este colegio sacerdotal, atestiguado en varias ciudades italianas, se hallaba dividido en el caso de Roma en dos grupos de doce miembros: *Salii Palatini* y *Salii Collini*. El objeto clave del culto era el *ancile*, un escudo que Júpiter lanzó sobre la tierra en época de Numa.

242 Sobre el *collegium* romano y su inclusión en la categoría más general de *corpus*: Ribas Alba (2012) 96-101. La propia teoría del *corpus*, reelaborada por los juristas utilizando materiales de origen mucho más antiguo, constituye una expresión exacta de la mentalidad comunitaria romana.

243 El asunto es, como se sabe, ampliamente debatido entre los historiadores de la filosofía: se pueden consultar: Gilbert (1963); Irwin (1992), artículo este último con un título suficientemente expresivo: *Who discovered the Will?*

244 Como se observa, paradigmáticamente, en la filosofía de Plotino, a pesar de la importancia que otorga al concepto de libertad, que, sin embargo, se despliega sólo en las realidades inmateriales: Reale (2010) 163-164; sobre las carencias del vocabulario griego de la voluntad y la rigidez de su intelectualismo moral: Dihle (1982) 33-37; 94.

245 Wagenvoort (1947) 96-103; Arendt (1993) 201; vid. de Vaan (2008) 30-31. Como indicamos más arriba,

el verbo *agere* indica una actividad sometida a reglas: es significativo este conocido texto en D. 1,2,2,1 (Pomponio, *libro singulari enchiridii*): *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum* agere *instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*: con independencia de la validez del juicio histórico de Pomponio, debemos reparar que el *agere*, la actividad fruto de una decisión y ejecutada conforme a reglas, se atribuye al *populus* que habría instituido, *instituit*, esta forma de convivencia de manera consciente.

246 Platón asemejaba la acción humana a los gestos de unas marionetas movidas por los dioses, un juguete del dios: *Leyes* 1, 644e; 7, 803c; Arendt (1993) 267 nt. 9. Por otro lado, pero íntimamente relacionado con lo anterior, no hay lugar para la voluntad divina en la cosmología platónica: Dihle (1982) 167; en los pensadores griegos, el orden cósmico también se encuentra por encima de los dioses.

247 El concepto es perfectamente utilizable para la experiencia romana, pero el término es moderno: De Visscher (1947) 30.

248 Ribas Alba (2012) 170: voluntad, libertad y responsablidad son aspectos inseparables de la acción humana valorada jurídicamente.

249 Dihle (1982) 135; 143.

250 Fiori (2008) 481, desde un plantemiento más general que el nuestro, ha subrayado la necesidad de profundizar en las raíces arcaicas del *ius civile*.

251 Con evidentes semejanzas en el derecho griego y otros derechos arcaicos: Dihle (1982) 31; 241 nt. 93; Voci (1985) 254; 261; Santalucia (1998) 15.

252 Cannata (1997) 29; Santalucia (1998) 15.

253 Tres aspectos significativos de la terminología del texto tienen en este momento de la investigación un valor relativamente secundario, pero no deben pasar desapercibidos: en primer lugar, la utilización del término *contio*, que significa asamblea no deliberante, contrapuesta a *comitia*; aunque en época precívica no existía esta distinción: Ribas Alba (2009) 130; en segundo lugar, el empleo de *caput* para referirse a un miembro de la comunidad, uso en el que predomina todavía el aspecto colectivo sobre el individual: Ribas Alba (2012) 55. Finalmente, debemos reparar en el uso de *homo*: vid. el apartado *Homines, humanitas, ius gentium*.

254 Es posible —pero no seguro— que la mención del dolo no sea originaria: Cannata (1997) 27 nt. 26: el testimonio epigráfico más antiguo sobre el dolo es la *lex luci Spoletina*, *FIRA. III* n. 71 (probablemente del siglo III a.C.); en las fórmulas conocidas de derecho fecial aparece el dolo, pero pueden responder a una situación posterior a la época arcaica: Livio 1,24,7.

255 Se discute en la doctrina si la pena se refería exclusivamente a quien haya matado voluntariamente al padre y, por extensión a los parientes próximos; pero resulta más probable que en el origen *paricida* se aplica al homicidio en general, según indicaba ya Festo, s.v. *Parricidi quaestores* (Lindsay, 247): Cantarella (1996) 245 nt. 2; 253; Cannata (1997) 28 nt. 28, recogiendo la tesis de S. Tondo. Vid. D. 48,9,9 (Modestino, 12 *pandectarum*).

256 Suele hablarse de la primigenia *venganza de sangre*: Ihering (1998) 147-148.

257 *Castitas*: pureza en el *corpus* y en el *animus*, Cicerón, *De legibus* 2,10,24. La impureza excluye la posibilidad de comunicación con los dioses: Voci (1953) 231.

258 Se hace *funesta*, impura, la familia del difunto: Voci (1953) 230 nt. 36.

259 Voci (1953) 49, con remisión a las fuentes; respecto al homicida involuntario: 234 nt. 61.

260 Un planteamiento aparentemente similar, pero que resulta muy diferente en De Visscher (1947) 32: el autor identifica en este contexto la *religio* como una fuerza negativa y sobrenatural que emana de ciertos actos (como en nuestro caso el homicidio), lugares o cosas; igualmente Wagenvoort (1947) 147-151, entiende la *expiatio*, de acuerdo con su planteamiento «dinámico», como una forma de reequilibrar, tras la violación del tabú, la relación con la fuerza impersonal del *mana*.

261 Varrón, *De lingua Latina* 6,30; Macrobio, *Saturnalia* 1,16,9-11: O. Tellegen-Couperus, en Tellegen-

Couperus (2012) 158-160; en la misma obra, 49-50, trata este punto F. Santangelo.

262 Warde Fowler (1899) 229-231; Woodard (2006) 184-185; 269, sobre la vinculación entre Júpiter Feretrio y *Dius Fidius*.

263 Festo, s.v. *Lapidem Silicem* (Lindsay, 102): *tenenbant iuraturi per Iovem, haec verba dicentes: Si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem*; este juramento puede pronunciarse tanto en un contexto público, dentro del ritual fecial de un *foedus* (quizá el supuesto primero), como en un ámbito privado: Wagenvoort (1947) 52-58.

264 D. 47,9,9 (Gayo, 4 *ad legem duodecim tabularum*): *si modo sciens prudensque id commiserit, si vero casu, id est neglegentia […]*: Cannata (1997) 27 nt. 26.

265 Hägerström (1927) 281 nt. 2.

266 Tromp (1921) 39-40; Wagenvoort (1947) 156-157.

267 De Visscher (1947) 109 nt. 86.

268 Las fuentes pueden consultarse en Wilhelm-Hooijbergh (1954) 40-41, pero debe consultarse toda la obra.

269 Festo, s.v. *Noxia* (Lindsay, 180-181; De Visscher (1947) 538-565, en particular sobre las formas *noxa* y *noxia*.

270 Wilhelm-Hooijbergh (1954) 42; 102, recogiendo la opinión de A. Beck.

271 El plebiscito podría datarse hacia el 286 a.C.: Fernández Barreiro, Paricio (2011) 358.

272 Voci (1996) 484.

273 La ampliación interpretativa obrada por la jurisprudencia superaba la originaria necesidad de la relación causal corporal entre el autor del daño y el objeto dañado: *damnum corpore corpori datum*: parece que la superación de esta exigencia y la admisión progresiva de un daño causado indirectamente o por omisión se halla en la base de la reelaboración del concepto de *culpa*: Fernández Barreiro, Paricio (2011) 359.

274 La contraposición entre dolo y culpa la encontramos ya en un parecer de Publio Mucio Escévola, padre del Pontífice, mencionado en D. 24,3,66 pr. (Javoleno, 6 *ex posterioribus Labeonis*); Ribas Alba (2012) 173.

275 D. 16,3,32 (Celso, 11 *digestorum*).

276 Es cosa evidente que la clasicidad de estas clasificaciones suele ser puesta en duda por un sector considerable de la doctrina: la opinión mayoritaria se inclina por atribuir esta graduación de la culpa a los juristas tardoantiguos o a los de la época de Justiniano: cfr. Guarino (2001) 1007-1018.

277 Seguimos a Cremades Ugarte (1988) 92-96.

278 Cremades Ugarte (1988) 123: «El *bonus vir* aparece, así, como el punto central, como referencia común del *aequum bonum* y *fides bona*. Y con el *bonus vir* va implícita la referencia a su *officium*».

279 La consideración del error como *vitium* remite a una terminología propia del derecho augural, en el que el *vitium* —concepto próximo al de impureza— remite a una actuación objetivamente contraria a la norma: Linderski (1986) 2159-2177.

280 Utilizamos el tratamiento de Álvarez Suárez (1954) 47-70.

281 Vid, por ejemplo, D. 34,5,3 (Paulo, 14 *quaestionum*).

282 M. Vegetti, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 66-68: «en Platón el principio racional no tiene nada de personal, es idéntico en cada uno de los individuos que participan de él».

283 Nussbaum (2003) 415. Como indica Wilhelm-Hooijbergh (1954) 107, en la literatura influida por el estoicismo la *culpa* viene sustituida a veces por el *error*.

284 Vid. Aristóteles, *Ética a Eudemo* 2, 1223a.

285 Aunque la traducción es sustancialmente correcta el texto habla estrictamente de *destinatio animi* y de *scientia*. Cabe mencionar la presencia del error en el pago de lo indebido, *solutio indebiti*: D. 50,17,53 (Paulo, 42 *ad edictum*).

286 Un catálogo aproximativo de los supuestos de error: en Guarino (2001) 393.

287 *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem*, tamen coactus volui*; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.* La misma solución, para el caso del matrimonio, en D. 23,2,22 (Celso, 15 *digestorum*), aunque aquí se percibe una evolución a favor de la consideración del *metus* como vicio del consentimiento: D. 50,17,4 (Ulpiano, 6 *ad Sabinum*).

288 Había dos clases de *exceptio doli*: la pretérita o especial, cuando se alega el dolo cometido por el demandante en la conclusión del negocio; la de dolo presente o general, cuando se afirma que es precisamente el hecho de interponer la acción lo que debe reputarse doloso. La *exceptio doli* se halla implícita en los juicios de buena fe.

289 Fernández Barreiro, Paricio (2011) 366.

290 El cual, sin embargo, no llega a plantear una distinción clara entre *voluntas* y *mens*, ni sitúa el contenido del acto de voluntad en el ámbito moral: Gilbert (1963) 20.

291 Gersh (1986) 58-63; Dillon (1996) 85-86; Escobar (1999) 281; Behrends (1999) 166.

292 Dillon (1996) 85; Escobar (1999) 273-285.

293 Una tentativa unida a su defensa de la categoría de *posibilidad*, aunque parece que su doctrina no logró salir del círculo de la causalidad necesaria que se impone a todos los seres del universo incluyendo al hombre: Pohlenz (1967) 203-204.

294 Un «argumento jurídico» semejante viene recogido por Alejandro de Afrodisias en su *De fato*: M. Vegetti, Corbino, Humbert, Negri (2010) 76-77.

295 Cfr. Long (1987) 165; M. Vegetti, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 76.

296 Long (1987) 166.

297 M. Vegetti, en Corbino, Humbert, Negri (2010) 75.

298 Dillon (1996) 87.

299 El término *volitio* no parece ser anterior al siglo XIV d.C.: Gilbert (1963) 20 nt. 7, aunque ahora sea de uso habitual en el léxico filosófico, por ejemplo, en su variante de *volición*: Calvo Martínez (2010) 76 nt. 28.

300 La traducción ciceroniana de *boulesis* por *voluntas* tuvo importantes consecuencias para el desarrollo posterior del pensamiento filosófico occidental: Gilbert (1963) 25; vid. Dihle (1982) 90.

301 Aristóteles, *De anima* 2, capítulo 3.

302 Wagenvoort (1947) 130-131; como recuerda Ihering (1998) 93; 193; 254, *vis*, fuerza, y *vir*, guerrero, que da *virtus*, son conceptos entrelazados que indican una idea de voluntad en la que prima no la razón sino la fuerza que exige ser obedecida; cfr. Onians (1988) 177 nt. 9.

303 La prudencia queda incluida como una virtud, una fuerza, situada en la voluntad: Cicerón, *De finibus* 5, 13,36, sobre la distinción entre las virtudes del *animus no voluntarias* (por ejemplo, la memoria o la docilidad) y las *voluntarias* (como principalmente la prudencia, la justicia, la templanza y la fortaleza); Ribas Alba (2012) 63.

304 Escobar (1999) 313 nt. 100.

305 Cicerón, *Tusculanae disputationes* 1,26,65.

306 Cicerón, *Tusculanae disputationes* 1,22,52: *Nam corpus quidem quasi vas est aut aliquod animi receptaculum: ab animo tuo quidquid agitur, id agitur a te*.

307 Cicerón, *De legibus* 2,11,27.

308 Dumézil (2000) 46-47; Ribas Alba (2012) 5; cfr. Rose (1926) 44; Wagenvoort (1947) 78; (1972) 352-356; 366-376. Recordemos, por otro lado, que la finalidad entera del derecho augural, en su estudio detallado de los auspicios y de los augurios, consiste en indagar la voluntad permisiva de Júpiter (*si fas est*) para la realización de un acto humano concreto.

309 Ribas Alba (2012) 8-10; vid., por ejemplo, Cicerón, *De legibus* 2,7,19; 2,11,28.

310 Ribas Alba (2009) 143. En el derecho de asociaciones —que incluye desde el *populus Romanus* a los *collegia*— el problema de dotar de una voluntad al *corpus* se resuelve por medio de la aplicación del principio de mayoría. Este criterio esencial implica una distinción real entre las voluntades de los miembros y la de la entidad: Ribas Alba (2012) 101-102.

311 Remitimos para un examen pormenorizado de la materia a Ribas Alba (2012) 193-216.

312 Cicerón, *De legibus* 2,7,15, acerca los conceptos de *iudicium* y *numen* aplicados a la divinidad.

313 Vid. *supra* el apartado *Animus, corpus*; *animus* indica el alma en su totalidad: sobre los usos jurídicos de *animus* como voluntad intencional debe consultarse el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* I (1903) cols. 446-448.

314 No podemos detenernos ahora en el análisis general de esta correlación conceptual que distingue, por un lado, el *ius* y la *necessitas*; y, por otro, el *officium* y la *voluntas* (con el matiz de la voluntariedad de la acción); remitimos al estudio de Falcone (2005) 67-84, aunque nos parece que la oposición *officium / ius* requiere la matización que realizamos en el texto.

315 Tertuliano, jurista y teólogo, recuperará esta dualidad *necessitas / voluntas* para aplicarla al *corpus* (o *carnis*) y a la voluntad libre humana, imagen de la voluntad de Dios: los textos pueden consultarse en Spanneut (1969) 7-10; por ejemplo, *De exhortatione castitatis* 1,1-3.

316 Ihering (1998) 380, ha reparado en este pasaje y lo cita en una de las páginas más bellas de su obra.

317 Cicerón, *De officiis* 2,24.

CONCLUSIONES

EL LEGADO JURÍDICO DE ROMA. LA INFLUENCIA DE LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO ARCAICO

I. *TEMPUS. NATIVITAS.* JANO, DIOS DEL COMIENZO

El pensamiento jurídico romano, en su tarea de preservar una antropología jurídica de valor universal, pudo aprovechar y perfeccionar un rasgo característico de la mentalidad romana general: la relevancia otorgada al *tempus* y, con él, a la memoria y a la historia. En este punto fundamental se observa una profunda diferencia entre el pensamiento griego y el romano. Grecia, desde la época de los filósofos presocráticos, acepta por regla general la presencia de un ciclo cósmico[1]. El ser de Parménides no tiene historia, pues vive en un continuo presente[2]. El tiempo cíclico hace imposible un verdadero proceso histórico. Impide la afirmación de la memoria y de la voluntad, dado que se trata de dos facultades dirigidas al pasado y al futuro, superfluas en un sistema donde no existe realmente ningún momento único[3] y en el que el pasado y el futuro se confunden. En el universo de los griegos, como ocurre en la filosofía de Averroes (digno sucesor de esta mentalidad intemporal) no ocurre nunca nada nuevo[4]. Esta concepción, por otra parte típica de la mentalidad arcaica universal[5], se encuentra muy debilitada en Roma. Ciertamente el calendario anual impone un mecanismo de continua vuelta a los orígenes[6]. Igualmente, en el ámbito familiar, se observa una tendencia no ya al ciclo temporal, sino a la abolición misma del tiempo por medio de la identidad nominal entre los ancestros y sus homónimos vivos[7] y por la propia construcción originaria de la herencia, encaminada no a la *transmisión* de los derechos sino a la *sucesión* en la posición *anterior* del difunto (*successio in locum defuncti*)[8].

Sin embargo, en Roma[9], muy posiblemente por la influencia etrusca[10], la cual a su vez recogió una concepción del tiempo madurada en las culturas del Oriente Próximo, se impuso una idea lineal de la temporalidad humana, la cual llega a influir incluso en algunos filósofos griegos «romanizados», como es el caso de Panecio[11], una de cuyas obras sabemos que sirvió de modelo a los dos primeros libros del *De officiis* ciceroniano. Como ya hemos recordado, Cicerón, en su teoría de las cuatro personas, reserva un papel relevante al tiempo como elemento configurador de cada ser humano. Pone así, junto a los factores intemporales de la razón (configuradores de la primera persona en su aspecto de *natura rationalis*), otros fundados explícitamente en el *tempus* y en la *voluntas*, elementos íntimamente relacionados en una antropología que concede espacio a la auténtica individualidad de cada ser humano[12].

Cabría afirmar que, frente al esencialismo idealista griego, en Roma predomina un

realismo que da su espacio a la existencia temporal de la comunidad y de los individuos. Frente a los principios griegos fundados en la idea de género y de especie, en Roma se «hizo sitio» al ser en su incomunicable individualidad. La admisión del tiempo lineal hace posible la historia, entendida no como una variante de la *historia natural*, sino como la narración del desarrollo consciente de la comunidad en el tiempo, como un testimonio sobre los efectos de la voluntad libre y, por ello, con un futuro abierto y no cerrado por la causalidad necesaria (como ocurre, por ejemplo, en Polibio). Memoria como condición de posibilidad del *agere* libre. A estos efectos el título de la magna obra de Tito Livio, *Ab urbe condita*, *Desde la fundación de la Ciudad*, vale por una exposición del problema en varias páginas[13], pues revela el sentimiento de que se está estudiando un *unicum*, con un concreto inicio en el tiempo y una vocación que debe ser desplegada en el tiempo. En segundo lugar, y en línea con lo anterior, el *tempus* lineal abre el camino también a la posibilidad de la biografía individual. En este punto la comparación entre el retrato escultórico griego y el romano puede servir para materializar esta diferencia de mentalidades. El retrato griego recoge —magistralmente— un tipo ideal. Por su parte, en los surcos, las arrugas, las imperfecciones recogidas detalladamente en un retrato romano puede leerse una vida completa, única, ajena a cualquier tipología, construida en una batalla contra el tiempo, con una belleza que es la belleza del existir humano[14].

Roma aporta a la antropología una vigorosa concepción del comienzo, haciendo del *tempus* un constitutivo esencial de la existencia. En este sentido la *nativitas*[15], la cualidad de nacido, resulta ser el rasgo característico del hombre. Tomamos esta idea de H. Arendt, cuya reflexión tiene como trasfondo explícito la mentalidad romana de la acción, del *agere*. Escribe la pensadora: «la acción mantiene la más estrecha relación con la condición humana de la natalidad; el nuevo comienzo inherente al nacimiento se deja sentir en el mundo sólo porque el recién llegado posee la capacidad de empezar algo nuevo, es decir, de actuar. En este sentido de iniciativa, un elemento de acción, y por lo tanto de natalidad, es inherente a todas las actividades humanas. Más aún, ya que la acción es la actividad política por excelencia, la natalidad, y no la mortalidad, puede ser la categoría central del pensamiento político».

Jano[16], dios del comienzo, simboliza esta pasión romana por el *initium*, por un comenzar que puede ser, en cierto modo y en ciertos casos, un recomenzar, pero entendido en sentido estricto como nuevo comienzo, como la posibilidad de una novedad absoluta, rasgo propio de la acción humana, del *agere* como categoría fundamental. La puerta (*porta Ianualis*, *ianua*[17]) —el mes de enero también— simbolizan la idea de paso, de tránsito, de un nuevo escenario para la acción de cada ser humano. Escribe Cicerón: *Y como el principio y el final eran de la máxima importancia en todos los asuntos, quisieron que, cuando se procediese a un sacrificio, el primero en importancia fuera Jano, nombre sacado de «pasar», por lo que las transiciones de acceso se llaman «pasajes» y las aberturas en los umbrales de las moradas profanas se denominan «pasos»*, *De natura deorum* 2, 66, 27 (trad. de A. Escobar)[18].

II. PERSONA

Desde la época arcaica[19] el derecho pontifical romano había ido modelando su concepto de ser humano sobre el presupuesto de una estructura dualista: un *corpus* material y perecedero; un *animus-anima* espiritual y perdurable más allá de la muerte. En particular, el culto a los difuntos (contenido esencial de los *sacra familiaria*) implicaba esta concepción trascendente de lo humano. *Persona* tiene que ver originariamente con la máscara mortuoria y se sitúa ya desde los orígenes en un contexto relacionado con el ritual funerario[20] La permanencia en el tiempo de este principio, es decir, la fidelidad romana a sus primeras creencias al menos hasta el siglo III a.C., hizo posible la progresiva configuración del ser humano con identidad y biografía propias. Frente al aspecto comunitario, predominante en los comienzos de la historia romana, manifestado en conceptos como el de *caput*, ya en la categoría de *homo* —utilizada en contextos técnico-jurídicos muy antiguos según demuestran las fórmulas conservadas del derecho fecial— vemos surgir una sensibilidad hacia lo particular, hacia el individuo considerado en su singularidad y delimitado frente a la comunidad de la que forma parte. Por otra parte, esta configuración del individuo como ser a tener en cuenta, a valorar por sí mismo produjo un efecto sólo aparentemente paradójico. Es decir, el hecho de que el pensamiento romano hiciera posible considerar al ser humano independientemente de la comunidad a la que perteneciera llevó consigo la aceptación de la idea de universalidad. La *humanitas*, la dignidad de lo humano considerado en sí mismo, por encima de etnias y circunstancias sociales o políticas, no tuvo que esperar al impacto de la filosofía griega, la cual, en realidad, desconocía este concepto[21].

Partiendo de estos materiales tradicionales, la antropología jurídica romana acuñó posteriormente el decisivo concepto de persona. Una observación preliminar servirá para encauzar correctamente la argumentación. Ciertamente *persona* —término que procede del etrusco— significa originariamente *máscara*. Pero se trata fundamentalmente de la *máscara funeraria*. Lo demuestra no sólo su probable etimología, procedente del dios etrusco *Phersu*, dios enmascarado de los muertos. También la génesis y el desarrollo del teatro preliterario, estrictamente ligado a las ceremonias fúnebres. De este uso arcaico de la máscara, la Roma posterior al siglo IV a.C. preservó la costumbre de las *imagines maiorum*[22], máscaras de los difuntos[23] utilizadas en el entierro y entierros subsiguientes de miembros de la familia, *pompa funebris*, guardadas celosamente en la *domus* y veneradas después en las ceremonias de los *sacra* como elementos sustitutivos del *corpus*, como receptáculos del *anima-animus*, al modo en que se veneraban las imágenes de los dioses. Esta práctica de la *nobilitas*, habitualmente presentada de forma reductiva en su dimensión político-propagandística (sobre el comentario del escéptico y no romano Polibio[24]), procede del fondo ancestral de las costumbres romanas de los primeros siglos. Debemos suponer que la *nobilitas* (como ocurre siempre con las aristocracias) se limitó a custodiar una costumbre muy anterior en la que la sofisticada máscara de cera de su tiempo todavía no había sustituido a formas y materiales mucho más rudimentarios.

Por eso no es casual que la primera aplicación del concepto de *persona* al ser humano tenga por autor —según la hipótesis más probable— a un jurista experto en derecho pontifical: Quinto Mucio Escévola, el Pontífice (*ca.* 140 – 82 a.C.). Éste parece aplicarla por vez primera en un decreto pontificio sobre materia de *sacra familiaria*, dentro de un contexto situado ante los problemas planteados por la decadencia de estos *sacra* familiares y por la necesidad de determinar quién, entre los beneficiados por la herencia, tenía que hacer frente a los gastos derivados de aquéllos[25].

Quinto Mucio Escévola pudo utilizar además, junto a este substrato de derecho pontificio, el cual valoraba al ser humano en su aspecto espiritual y único (unicidad plasmada inequívocamente en la mascarilla funeraria), los resultados de la ciencia helenística, presente en Roma de forma generalizada desde comienzos del siglo II a.C. Las disciplinas de la gramática, de la retórica y de la filosofía moral[26], empleaban ya la categoría de *prosopon*[27] (correlato —aunque no idéntico— de la *persona* latina) para designar al ser humano en su interactuación social, aquí sí sobre la semejanza del personaje teatral o, en general, literario. La recepción de la doctrina moral de Panecio sobre los deberes, *officia*, próximo a la familia de los Escévolas, pudo resultar determinante. Esta teoría de cuño estoico, pero posiblemente influida a su vez por la propia moral cívica romana, presentaba además, en esquema, un modelo prejurídico basado en las nociones de *persona*, *praeceptum* y *officium*[28]: cada persona cumple sus deberes en aplicación del precepto normativo identificable para cada ocasión. La doctrina citada complementaba el aspecto substancial de la *persona* latina, añadiendo la dimensión relacional, básica en cualquier construcción jurídica.

La unificación de ambos elementos, el substancial, aportación del derecho pontificio, y el relacional, tomado de la ética estoica e incorporado ahora al *ius civile*, dio como resultado el concepto jurídico de persona. De esta forma, a partir del siglo I a.C. el derecho romano dispone de una noción técnica para referirse al ser humano considerado en su universal dignidad[29] (derivada de su naturaleza espiritual), dotado de libertad y responsabilidad, titular de deberes y de derechos, situado por tanto en el mundo de las relaciones jurídicas. Con la categoría de persona la antropología romana da cumplimiento a un desarrollo plurisecular iniciado en la época arcaica y destinado a servir de base a la concepción universal del ser humano de la tradición occidental hasta la actualidad.

---

1 Cullmann (1967) 32; 51-60; Arendt (1978) 17; Vimercati (2004) 238 nt. 104; Ribas Alba (2012) 161-164.

2 Gilson (1996) 26-27; 75; 104: ni siquiera en la filosofía de Aristóteles hay cabida para la individualidad temporal o intemporal: la *forma* es única para toda la especie, el verdadero ser del individuo no difiere del verdadero ser de la especie.

3 Arendt (1978) 15.

4 Gilson (1996) 88-91.

5 Eliade (2009) 370-371, sobre los rituales de regeneración del tiempo y su relación con lo que cabe llamar

nostalgia de la eternidad.

6 Las dimensiones de esta obra nos obligan a dejar sin tratar el importante asunto del calendario romano, por sus implicaciones evidentes en la temporalidad social y sus efectos sobre la vida jurídica de la comunidad; remitimos a Rüpke (2011).

7 Un rasgo también universal y observable en muchas culturas: Mauss (2012) 149; 153.

8 D. 50,17,62 (Juliano, 6 *digestorum*).

9 Cfr. Nörr (2012) 226 nt. 307, con indicación bibliográfica.

10 Sordi (2006) 189.

11 Vimercati (2004) 64; 66; 160.

12 Ribas Alba (2012) 204-208.

13 Sin embargo, la ideología política construida por algunos intelectuales de Augusto (el primer emperador romano, hijo adoptivo de César), interpretan el régimen político como una *vuelta*, un *retorno* a los orígenes: así en la *Cuarta Egloba* de Virgilio 5-7: *magnus ab integro saeclorum nascitur ordo. / Iam redit et Virgo, redeunt Saturnia regna, / iam nova progenies caelo demittitur alto*; cfr. Arendt (1978) 212.

14 Ribas Alba (2012) 143-146.

15 *Nativitas* es un término del léxico jurídico: D. 50,1,1 pr. (Ulpiano, 2 *ad edictum*): *Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio*; sobre su uso en el jurista-teólogo Tertuliano: Scarpat (1959) 196.

16 Sobre la asociación Jano-Quirino: Ribas Alba (2012) 27; Woodard (2006) 9.

17 Sobre la vinculación entre *ianua*, puerta, y Jano, dios de todo comienzo: Wagenvoort (1947) 160-161; la vinculación es significativa porque Quirino formaba parte, junto con Júpiter y Marte, de la primera tríada capitolina.

18 Agustín de Hipona, *De civitate Dei* 7,9: *Sed cur ei praeponitur Ianus?[…] Quoniam penes Ianum, inquit, sunt* prima, *penes Iovem* summa. *Merito ergo rex omnium Iuppiter habetur. Prima enim vincuntur a summis quia, licet prima praecedant tempore, summa superant dignitate*. Agustín de Hipona, citando a Varrón, explica la vinculación romana, extraña a primera vista, entre Júpiter, dios supremo en dignidad, y Jano, dios de los *prima*, de las realidades que empiezan en el *tempus*. Otra teoría sobre el hecho de que Jano sea nombrado el primero en los ritos se lee en: Macrobio, *Saturnalia* 1,9, donde pueden consultarse muchos datos sobre la tradición romana acerca de esta divinidad bifronte.

19 En este apartado sintetizamos algunas de las principales conclusiones de nuestro libro *Persona. Desde el Derecho Romano a la Teología Cristiana*, segunda edición, publicado en 2012: para aligerar el texto evitaremos por regla general la remisión a las fuentes, que el lector puede consultar en esta obra.

20 Sobre la etimología de la palabra persona y su contexto ultramundano: Altheim (1931) 48-65; Montanari (2001) 155-174; Ribas Alba (2012) 105-123.

21 Giorcelli Bersani (2010) 136-137.

22 *Imagines* también denominadas *personae*: Suetonio, *Vespasiano* 19.

23 Ribas Alba (2012) 132-140.

24 Polibio, *Historias* 6,53-54.

25 Cicerón, *De legibus* 2,19,48-49.

26 Fiori (2008) 471, ha destacado el hecho de que en el pensamiento romano, de un modo peculiarmente intenso, se han intensificado los vínculos entre los elementos jurídico-religiosos de la cultura arcaica y la penetración posterior de las categorías filosóficas.

27 Milano (1996) 53-59.

28 Scarpat Bellincioni (1986) 35-41.

29 Una dignidad espiritual tutelada en el derecho romano con exquisito cuidado, según demuestra, entre otros variados recursos, la práctica de la acción de injurias en época clásica, instrumento protector del honor y de la dignidad. Valga como ejemplo este pasaje: D. 47,10,27 (Paulo, 27 *ad edictum*): *Escribe Labeón que si apedrean la estatua de tu padre que está sobre la sepultura, no procede la acción de violación de sepultura, sino la de injurias.*

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (1989): *Teoría de la Argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALTHEIM, F. (1931): *Terra Mater. Untersuchungen zur altitalischen Religionsgeschichte*, Verlag von Alfred Töpelmann, Giessen.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1954): *El negocio jurídico en Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

AMUNÁTEGUI, C. F. (2010): «Las gentes y la propiedad colectiva», en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* 32, 39-58.

ARENDT, H. (1978): *The Life of the Mind* II: *Willing*, Secker & Warburg, Londres.

— (1993): *La condición humana*, [1958], trad. de R. Gil Novales, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.

ASTOLFI, R. (2000): *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, CEDAM, Padova.

BALTRUSCH, E. (1989): *Regimen morum. Die Reglementierung des Privatlebens der Senatorem und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, Verlag C. H. Beck, München.

BEHRENDS, O. (1999): «*Iusta causa traditionis.* La trasmissione della proprietà», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 9-10 (1997-1998) 133-169.

BENDALA, M. (1988): *Los albores de Grecia*, Historia 16, Madrid.

BENVENISTE, E. (1983): *Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas*, trad. de M. Armiño, Taurus, Madrid.

BERNSTEIN, F. (1998): *Ludi publici. Untersuchungen zur Entstehung und Entwicklung der öffentlichen Spiele im republicanischen Rom*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart.

BETANCOURT, F. (2010): *Derecho Romano Clásico*, 4.ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

BETTI, E. (1955): *La struttura dell' obbligaziones romana e il problema della sua genesi*, Giuffrè Editore, Milano.

BETTINI, M. (1988): *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo, immagini dell'anima*, La Nuova Italia Scientifica, Roma.

BLANCO FREJEIRO, A. (1988): *La República de Roma*, Historia 16, Madrid.

BLUMENTHAL A. VON: s.v. *Pomerium*, en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (RE.)*, Band XXI, 2, Stuttgart, 1952, cols. 1867-1876.

BRETONE, M. (1992): *Storia del diritto romano*, Editori Laterza, Roma-Bari.

— (1999): *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, terza edizione, Editori Laterza, Roma-Bari.

BRETONE, M. (2004): *Diritto e tempo nella tradicione Europea*, nueva edizione aggiornata, Editori Laterza, Roma-Bari.

BROGGINI, G. (1957): *Iudex Arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privat- richters*, Böhlau Verlag, Köln-Graz.

CALVO MARTÍNEZ, T. (2010): *Aristóteles, Acerca del alma*, presentación y traducción,

Gredos, Madrid.
CANNATA, C. A. (1997): *Per una storia della scienza giuridica europea* I: *Dalle origini all'opera di Labeone*, G. Giappichelli Editore, Torino.
CANTARELLA, E. (1996): *Los suplicios capitales en Grecia y en Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*, [1991], trad. de M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela, Akal, Madrid.
CANTONI, R. (1963): *Il pensiero dei primitivi. Preludio a un' antropologia*, Mondadori, Milano.
CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (1994): *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell' ´800*, La Sapienza Editrice, Roma.
— (2000): *Max Weber e le economie del mondo antico*, Editori Laterza, Roma-Bari.
— 2014: *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Società Editrice il Mulino, Bologna.
CARANDINI, A. (2003): *La nascita di Roma. Dèi, lari, eroi e uomini all' alba de una civiltà*, Tomo primo, Biblioteca Einaudi, Torino.
— (2003a): *La nascita di Roma. Dèi, lari, eroi e uomini all' alba de una civiltà*, Tomo secondo, Biblioteca Einaudi, Torino.
— (2006): *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani (775/750 -700)675 a. C.)*, Einaudi, Torino.
— (2011): *La Fondazione di Roma raccontata da Andrea Carandini*, Editori Laterza, Roma-Bari.
— (2011a) (a cura di): *La leggenda di Roma. Volume III. La costituzione*, traduzioni de L. Argentieri. Morfologia e commento di P. Carafa, M. Fiorentini e U. Fusco, Fondazione Lorenzo Valla, Arnoldo Mondadori Editori.
— (2012): *Roma. Il primo giorno*, Editori Laterza, Roma-Bari.
CARCATERRA, A. (1984): «Dea Fides e "fides". Storia de "una laicizzazione"», en *Studa et Documenta Historiae et Iuris* 50 (1984) 199-234.
CASTRESANA, A. (2001): *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Ediciones de la Universidad de Salamanca.
CATALANO, P. (1957) s.v.: *Pomerio*, en *Novissimo Digesto Italiano* XIII, 3.ª ed., Torino.
— (1960): *Contributi allo studio del diritto augurale I*, G. Giappichelli Editore, Torino.
— (1973): *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, en *ANRW*. 2.16.1 (1973) 440-553.
— (1974): *Populus Romanus Quirites*, G. Giappichelli Editore, Torino.
— (1990): *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* I, G. Giappichelli Editore, Torino.
— (1990): *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Giappichelli Editore, Torino.
COLI, U. (1973): *Scritti di Diritto Romano I-II*, Giuffré Editore, Milano.
COPPOLA, G. (1994): *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
CORBINO A., HUMBERT, M. y NEGRI, G. (2010) (ed.): *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a*

Ulpiano, IUSS Press, Pavia.
CÓRDOBA ZOILO, J. (1988): *Los primeros Estados indoeuropeos*, Historia 16, Madrid.
CORNELL, T. J. (1999): *Los orígenes de Roma. C. 1000-264 a.C.*, [1995], trad. de T. de Lozoya, Crítica, Barcelona.
COSI, R. (2002): *Le solidarietà politische nella Repubblica romana*, Edipuglia, Bari.
CREMADES UGARTE, I. (1988): *El officium en el Derecho Privado Romano. Notas para su estudio*, Universidad de León, Servicio de Publicaciones.
CUENA BOY, F. (2010): *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano*, Andavira, Santiago de Compostela.
— (2013): «*Ne funestentur sacra civitatis, ne sanctum municipiorum ius polluatur*. Una reflexión sobre el posible alcance público de la contaminación causada por el contacto con la muerte», en *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze e Tradizione Romana* 11.
CULLMANN, O. (1967): *Christ and Time*, 3.ª ed., trad. de F.V. Filson, Scm Press, Londres.
DAVY, G. (1922): *La foi jurée. Étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel*, Librairie Félix Alcan, Paris.
DE FRANCISCI, P. (1959): *Primordia civitatis*, Romae Apollinaris.
DE MARTINO, E. (1972): *Storia della costituzione romana I*, seconda edizione, Jovene, Napoli.
— (1985): *Historia Económica de la Roma Antigua I*, trad. de E. Benítez, Akal, Madrid.
— (1985a): *Historia Económica de la Roma Antigua II*, trad. de E. Benítez, Akal, Madrid.
DE ROSALIA, A. (1977): *Iscrizioni latine arcaiche*, 2.ª ed., Palumbo, Palermo.
DE VAAN, M. (2008): *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*, Brill, Leiden-Boston.
DE VISSCHER, F. (1947): *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Éditions A. de Visscher, Bruxelles.
— (1963): *Le Droit des Tombeaux Romains*, Giuffrè Editore, Milano.
DIHLE, A. (1982): *The Theory of Will in Classical Antiquity*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles-Londres.
DILLON, J. (1996): *The Middle Platonists. 80 B.C. to A.D. 220*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York.
DUMÉZIL, G. (2000): Dumézil, *La religion romaine archaïque, avec un appendice sur la religion des Étrusques*, Éditions Payot & Rivages, París.
EARLE, T. (1997): *How Chiefs Come to Power. How Chiefs Come to Power*, Stanford University Press.
EINZIG, P. (1966): *Primitive Money in its Ethnological, Historical and Economic Aspects*, second edition, Pergamon Press, Oxford-Londres-Edimburgo-Nueva York-Toronto-París-Braunschweig.
ELIADE, M. (2009): *Trattato di Storia delle Religioni*, [1948], a cura di P. Angelini, Bollati Boringhieri, Torino.
ELVIRA, M. A. (1988): *El enigma etrusco*, Historia 16, Madrid.
ERNOUT, A. y MEILLET, A. (1979): *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4.ª

ed., Klincksieck, París.
ESCOBAR, A. (1999): *Cicerón: Sobre la Adivinación, Sobre el Destino, Timeo*, introducciones, traducción y notas, Gredos, Madrid.
FALCONE, G. (1996): «Ricerche sull'origine dell'interdetto *uti possidetis*», en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 44 (1996) 1-360.
— (2005): «*Officium* e vincolo giuridico: alle origine della definizione classica dell'*obligatio*», en *Ius Antiquum* 16 (2005) 67-84.
FASCIONE, L. (2013): *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, seconda edizione, Giappichelli Editore, Torino.
FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J. (2011): *Fundamentos de Derecho privado romano*, 8.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
FIORI, R. (1996): *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Jovene Editore, Napoli.
— (2008): «*Fides* et *bona fides*. Hiérarchie sociale et catégoies juridiques», en *Revue Historique de Droit Français et étranger* 86 (2008) 465-481.
FORSYTHE, G. (2005): *A Critical History of Early Rome*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles-Londres.
FRANCIOSI, G. (1978): *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana I*, seconda edizione, Jovene, Napoli.
— (2003): *La famiglia romana. Società e diritto*, Giappichelli Editore, Torino.
FRAZER, J. G. (1976): *The Golden Bough. A Study in Magic and Religion. Part I: The Magic Art and the Evolution of Kings. Vol. I*, third edition, [1911], The Macmillan Press Ltd., London and Basingstoke.
— (1976a): *The Golden Bough. A Study in Magic and Religion. Part I: The Magic Art and the Evolution of Kings. Vol. II*, third edition, [1911], The Macmillan Press Ltd., London and Basingstoke.
FREZZA, P. (1938): «Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell' antico diritto romano», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 4 (1938) 363-428.
— (1991): «A proposito di "fides" e "bona fides" como valore normativo in Roma nei rapporti dell' ordinamenti interno e internazionale», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 57 (1991) 297-301.
— (2000, 2000a, 2000b): *Scritti I, II, III*, a cura di F. Amarelli ed E. Germino, con una testimonianza di F. P. Casavola, Romae, Pontificia Univerisitas Lateranensis, Mursia.
FRIED, M. H. (1967): *The Evolution of Political Society. An Essay in Political Anthropology*, Randon House, Nueva York.
FUGIER, H. (1963): Fugier, *Recherches sur l' expression du sacré dans la langue latine*, Les Belles Lettres, París.
FUSTEL DE COULANGES, N. D. (1984): *La ciudad antigua*, [1864], edición de J. F. Yvars, introducción de G. Dumézil, Ediciones Península, Barcelona.
GAROFALO, L. (ed.) (2011): *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell´area contrattuale*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.
GERSH, S. (1986): *Middle Platonism and Neoplatonism. The Latin Tradition* I, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana.

GILBERT, N. W. (1963): Gilbert, «The Concept of Will in Early Latin Philosophy», en *Journal of the History of Philosophy*, volume 1, Number 1 (1963) 17-35.
GILSON, E. (1996): *El ser y los filósofos*, [1949], trad. de S. Fernández Burillo, Eunsa, Pamplona.
GIORCELLI BERSANI, S. (2010): *L'auctoritas degli antichi. Hannah Arendt tra Grecia e Roma*, Mondadori Education, Milano.
GIUFFRÈ, V. (1996): Giuffrè, *Letture e ricerche sulla «res militaris»* I-II, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli.
GRANDAZZI, A. (2008): *Alba Longa. Histoire d'une légende. Recherches sur l`archéologie, la religion, les traditions de l'ancien Latium I*, École Français de Rome.
— (2008a): *Alba Longa. Histoire d'une légende. Recherches sur l'archéologie, la religion, les traditions de l'ancien Latium II*, École Français de Rome.
GRELLE, F. (1961): «*Munus publicun*». *Terminologia e sistematiche*», en *Labeo* 7 (1961) 308-329.
GROTTANELLI C. y PARISE N. F. (1988) (a cura di): *Sacrificio e società nel mondo antico*, Editore Laterza, Roma-Bari.
GUARINO, A. (2001): *Diritto privato romano*, 12.ª edizione, Editore Jovene, Napoli.
GUILLÉN, J. (1985): *Urbs Roma. Vida y costumbre de los romanos. III. Religión y ejército*, 2.ª ed., Ediciones Sígueme, Salamanca.
HÄGERSTRÖM, A. (1927): *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I*, Almqvist & Wirsells Boktryckeri – A.-B., Uppsala-Leipzig.
— (1941): *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechts- anschauung II, Über die Verbalobligation*, Almqvist & Wirsells Boktryckeri – A.-B., Uppsala-Leipzig.
HELLEGOUARC'H, J. (1972): *Le Vocabulaire Latin des Relations et des Partis Politiques sous la République*, 2.ª ed., Les Belles Lettres, París.
HEUMANN, H. y SECKEL, E. (1971): *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auflage, Akademische Druck u. Verlagsanstalt, Graz.
HOEBEL, E. A. (1964): *The Law of Primitive Man. A Study in comparative legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
IHERING, R. VON (1998): *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe Satorres, en cuatro tomos, Comares, Granada.
— (2008): *Prehistoria de los indoeuropeos*, ed. de V. Ehrenberg, [1894], trad. de A. Posada, [1896], Comares, Granada.
IRWIN, T. H. (1992): «Who Discovered the Will?», en *Philosophical Perspectives* 6, Ethics (1992) 453-473.
JOBBÉ-DUVAL, E. (1924): *Les Morts Malfaisants. «Larvae, Lemures» d'après le Droit & les Croyances Populaires des Romains*, Librairie du Recuil Sirey, París.
KARLOWA, O. (1896): *Intra pomoerium und extra pomoerium*, en *Festgabe zur Feier des siebzigsten Geburtstage*, Verlag von Gustav Koester, Heidelberg.
KASER, M. (1949): *Das altrömische Ius*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
— (1971): *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Verlag C. H. Beck.

KASER, M. (1993): *Ius Gentium*, Verlag Böhlau, Köln-Weimar-Wien.
KIRSOPP MICHELS, A. (1953): «The Topography and Interpretation of the Lupercalia», en *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 84 (1953) 35-59.
LARA PEINADO, F. (1988): *El nacimiento de la civilización*, Historia 16, Madrid.
LÉVY-BRUHL, L. (1985): *El alma primitiva*, [1927], trad. de E. Trías, Barcelona.
LICANDRO, O. (2004): *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, G. Giappichelli Editore, Torino.
LINDERSKI, J. (1986): *The Augural Law*, en *ANRW*. 2.16.3 (1986) 2146-2312.
LIVERANI, M. (1995): *El Antiguo Oriente. Historia, sociedad y economía*, trad. de J. Vivanco, Crítica, Barcelona.
LONG, A. A. (1987): *La filosofía helenística*, trad. P. Jordán de Urries, Alianza Editorial, Madrid.
LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P. y LOMAS SALMONTE, F. J. (2004): *Historia de Roma*, Akal, Madrid.
LOWIE, R. H. (1962): *The Origin of the State*, Russell & Russell, Nueva York.
LUZZATTO, G. I. (1934): *Per un' ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Dott. Antonino Giuffrè, Milano.
— (1946): Luzzatto, *Procedura civile romana. Parte I: Esercizio dei diritti e difesa privata*, Dott. Cesare Zuffi Editore, Bologna.
MAGDELAIN, A. (1943): *Essai sur les origines de la sponsio*, Tepac, París.
— (1990): *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit Romain*, École Française de Rome.
MAINE, H. S. (1913): *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, [1861], George Routledge & Sons Limited, Londres.
MARCO SIMÓN, F. (1996): *Flamen Dialis. El sacerdote de Júpiter en la religión romana*, Ediciones Clásicas, Madrid.
MAROI, F. (1933): «Elementi religiosi del diritto romano arcaico», en *Archivio Giuridico* 109 (1933) 83-99.
MARQUARDT, J. (1957): *Römische Staatsverwaltung* III, dritte Auflage besorg von G. Wissowa, [1885]. Hermann Gentner Verlag, Darmstadt.
MARTÍNEZ-PINNA, J. (1999): *Los orígenes de Roma*, Editorial Síntesis, Madrid.
MAUSS, M. (1897): *La Religion et les Origines du Droit Penal*, Extrait de la *Revue de l'Histoire des Religions*, tome XXXV, n.º 1.
— (2012): *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas* [1925], estudio preliminar y edición por F. Giobellina Brumana, trad. por J. Bucci, Katz Editores, Buenos Aires-Madrid.
MELILLO, G. (2006): *Personae e status in Roma antica. Saggi*, Jovene Editore, Napoli.
MICHEL, J.-H. (1962): *La Gratuité en Droit Romain*, Editions de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles.
MILANO, A. (1996): *Persona in Teologia. Alle origine del significato di persona nel cristianesimo antico*, nuova edizione, Edizioni Dehoniane, Roma.
MOMIGLIANO, A. (1996): *Pace e libertà nel mondo antico*, Lezioni a Cambridge:

gennaio-marzo 1940, a cura di R. Di Donato, La Nuova Italia Editrice, Firenze.
MOMIGLIANO, A. y SCHIAVONE, A. (1988): *Storia di Roma. Volume primo, Roma in Italia*, Einaudi, Torino.
MONTANARI, E. (2001): *Categorie e forme nella storia delle religioni*, Jaca Book, Milano.
NOAILLES, P. (1948): *Fas et Jus. Études de Droit Romain*, Les Belles Lettres, París.
— (1949): *Du Droit sacré au Droit civil*, Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de París.
NUSSBAUM, M. C. (2003): Nussbaum, *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística*, trad. de M. Candel, Paidós, Barcelona.
ONIANS, R. B. (1988): *The Origins of European Thought about the Body, the Mind, the Soul, the World, Time and Fate*, Cambridge University Press.
ORESTANO, R. (1967): *I fatti di normazione nell' esperienza romana arcaica*, Giappichelli Editore, Torino.
— (1968): *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano I*, Giappichelli Editore, Torino.
PALMA, A. (1988): *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, G. Giappichelli Editore, Torino.
PANI, M. (2010): *Il costituzionalismo di Roma antica*, Editori Laterza, Roma-Bari.
PARICIO Y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2010): *Historia del derecho romano y su recepción europea*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
PARICIO, J. (2008): *Contrato. La formación de un concepto*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
— (2014): *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, Marcial Pons, Madrid.
PASCAL, C. (1895): «Le divinità infere e i Lupercali», en *Rendiconti della Reale Accademia dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, serie quinta, vol. IV, Tipografia della Accademia, Roma.
POHLENZ, M. (1967): *La Stoa. Storia di un movimento spirituale I*, [1959], presentazione di V. E. Alfieri, La Nuova Italia Editrice, Firenze.
POSPÍŠIL, L. (1974): *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, HRAF Press, New Haven.
POST, A. H. (1884): *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Schulzesche Hof-Buchhandlung und Hof-Buchdruckerei. A. Schwarz, Oldenburg.
PREMERSTEIN, A. v. (1900) s.v.: *Clientes*, en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (RE.)*, Band IV, 1, Stuttgart, 1900, cols. 23-55.
RANDAZZO, S. (2004): «*Collegium pontificium decrevit*». Note in magine a CIL. X 8259», en *Labeo* 50 (2004) 135-148.
REALE, G. (2010): *Storia della filosofia greca e romana 8. Plotino e il neoplatonismo pagano*, Tascabili Bompiani, Milano.
RECODER DE CASSO, E. (2005): *La ley Cincia en sus circunstancias históricas*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
RENFREW, C. (1990): *Arqueología y lenguaje*, trad. de M. J. Aubet, Crítica, Barcelona.
RIBAS ALBA, J. M. (2002): «*Mandatum post mortem*», en *Seminarios Complutenses*

de Derecho Romano 14 (2002) 57-100.
— (2009): *Democracia en Roma. Introducción al Derecho Electoral Romano*, 2.ª ed., Comares, Granada.
— (2009a): *Libertad. La vía romana hacia la democracia*, Comares, Granada.
— (2012): *Persona. Desde el Derecho Romano a la Teología Cristiana*, 2.ª ed., Comares, Granada.
— (2015): *Prehistoria del Derecho*, Almuzara, Córdoba.
RIBAS ALBA, J. M. y SERRANO-VICENTE, M. (2012): *El Derecho en Roma*, 2.ª ed., Comares, Granada.
RICHARD, J.-C. (1978): *Les Origines de la Plèbe Romaine. Essai sur la Formation du Dualisme Patricio-Plébéien*, École Française de Rome.
ROBLEDA, O. (1976): *Il diritto degli schiavi nell`antica Roma*, Università Gregoriana Editrice, Roma.
ROMANO, A. (1986): *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Giuffrè Editore, Milano.
ROMANO, S. (2013): *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. Martín Retortillo y L. Martín Retortillo, [1917], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
ROSE, H. J. (1926): *Primitive Culture in Italy*, Methuen & Co. Lmt., Londres.
RÜPKE, J. (1990): *Domi militiae. Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rome*, Franz Steiner Verlag, Suttgart.
— (2011): *The Roman Calendar from Numa to Constantine. Time, History and the Fasti*, trad. de D. M. B. Richardson, Wiley-Blackwell, Southern Gate, Chichester, West Sussex.
RYKWERT, J. (1985): *La idea de ciudad. Antropología de la forma urbana en el Mundo Antiguo*, trad. de J. Valiente, [1976], Hermann Blume, Madrid.
SABBATINI, G. (2014): *Appunti di preistoria del diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino.
SALLER, R. P. (1994): *Patriarchy, property and death in the Roman family*, Cambridge University Press.
SANTALUCIA, B. (1998): *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Seconda edizione, Giuffrè editore, Milano.
SANTI, C. (2004): *Alle radici del sacro. Lessico e formule di Roma antica*, Bulzoni Editore, Roma.
— (2008): *Sacra facere. Aspetti della prassi ritualistica divinatoria nel mondo romano*, Bulzoni Editore, Roma.
— (2011): *Totemismo e mondo classico*, Bulzoni Editore, Roma.
SANTORO, R. (1967): *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, estratto dal vol. XXX degli Annali del Sem. Giuridico di Palermo, Tipografia Michele Montaina, Palermo.
SCARPAT BELLINCIONI, M. (1986): *Studi senecani e altri scritti*, Paideia Editrice, Brescia.
SCARPAT, G. (1959): *Q. S. F. Tertulliano, Adversus Praxean*, Loescher Editore, Torino.
SCHEID, J. (ed.) (1981): *Le Délit Religieux dans la Cité Antique (Table Ronde, Rome 6-7 avril 1978)*, École Française de Rome.

— (1991): *La religión en Roma*, trad. de J. J. Caerols, Ediciones Clásicas, Madrid.
SCHIAVONE, A. (2005): *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino.
— (2010): Schiavone (a cura di), Cantarella, Marotta, Santalucia, Schiavone, Stolfi, Vincenti, *Diritto privato romano, Un profilo storico*, nuova edizione, Einaudi, Torino.
SCHULZ, F. (1990): *Principios de Derecho Romano*, [1934], trad. de M. Abellán Velasco, Cívitas, Madrid.
SCIANDRELLO, E. (2011): *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Università degli Studi di Trento.
SERVICE, E. R. (1990): *Los orígenes del Estado y de la civilización*, trad. de M. Ruiz de Elvira [1975], Alianza Editorial, Madrid.
SHERWIN-WHITE, A. N. (1987): *The Roman Citizenship*, second edition, Oxford at Clarendon Press.
SMITH, C. J. (2006): *The Roman Clan. The gens from ancient ideology to modern anthropology*, Cambridge University Press.
SPANNEUT, M. (1969): *Tertullien et les premiers moralistes africains*, Éditions J. Duculot P. Lethielleux, Gembloux París.
TALAMANCA, M. (1989) (sotto la direzione di): *Lineamenti di storia del diritto romano*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano.
— (1990): *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano.
TELLEGEN-COUPERUS, O. (edited by) (2012): *Law and Religion in the Roman Republic*, Brill, Leiden-Boston.
TROMP, S. P. C. (1921): *De romanorum piaculis*, Lugduni Batavorum, apud G. F. Théonville.
TURELLI, G. (2011): *«Audi Iuppiter». Il collegio dei Feziali nell' esperienza giuridica romana*, Giuffrè Editore, Milano.
VALDITARA, G. (2007): *Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani e dei moderni*, Rubberttino Editore.
VALERI, V. (1985): *Kingship and Sacrifice*, trad. de P. Wissing, The University of Chicago Press.
VALETON, I. M. J. (1889-1890): «De modis auspicandi romanorum», en *Mnemosyne* 17 (1889) 275-325; 418-452; 18 (1890) 208-263; 406-456.
— (1891): «De iure obnuntiandi comitiis et conciliis», en *Mnemosyne* 19 (1891) 75-113; 229-270.
— (1891a): «De inaugurationibus romanis caerimoniarum et sacerdotum», en *Mnemosyne* 19 (1891) 405-460.
— (1892-1893-1895-1897-1898): «De templis romanis», en *Mnemosyne* 20 (1892) 338-390; 21 (1893) 62-90; 397-440; 23 (1895) 15-144; 25 (1897) 361-385; (1898) 1-93.
VEYNE, P. (1976): *Le pain et le cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Éditions du Seuil, París.
VIEHWEG, Th. (1986): *Tópica y Jurisprudencia*, [1963], trad. de L. Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid.
VIMERCATI, E. (2004): *Il Mediostoicismo di Panezio*, presentazione di Roberto Radice, Vita e Pensiero, Milano.

VOCI, P. (1953): *Diritto sacro romano in età arcaica*, en *Studi di diritto romano I*, Padova, 1985; publicado en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 19 (1953) 38 ss.
— (1996): *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
WAGENVOORT, H. (1947): *Roman Dynamism. Studies in ancient Roman thought, language and custom*, Basil Blackwell, Oxford.
— (1972): *Wesenszüge altrömischer Religion*, en *ANRW*. 1.2 (1972) 348-376.
— (1980): *Pietas. Selected Studies in Roman Religion*, E. J. Brill, Leiden.
WALBANK, F. W. ASTIN, A. E., FREDERIKSEN Y OGILVIE, M. W. (2006): *The Cambridge Ancient History*, second edition, Vol. VII, Part 2, Cambridge University Press.
WARDE FOWLER, W. (1899): *The Roman Festivals of the Period of the Republic: an Introduction to the Study of the Religion of the Romans*, Macmillan and Co., Limited, Londres-Nueva York.
WEBER, M. (1982): *Historia agraria romana*, [1891], trad. de V. A. González, Akal, Madrid.
WERNER, C. y BELL, D. (edited by) (2004): *Values and Valuables. From tne Sacred to the Symbolic*, Altamira Press, Walnut Creek-Lanham-New York-Toronto-Oxford.
WESEL, U. (1985): *Il mito del matriarcato. La donna nelle società primitive*, [1980], trad. de L. Lattes, il Saggiatore, Milano.
WHITE, L. A. (1959): *The Evolution of Culture. The Development of Civilization to the Fall of Rome*, McGraw-Hill Book Company, Nueva York-Toronto-Londres.
WILHELM-HOOIJBERGH, A. E. (1954): *Pecattum. Sin and Guilt in Ancient Rome*, J. B. Wolters, Groningen, Djakarta.
WISEMAN, T. P. (1995): «The God of the Lupercal», en *The Journal of Roman Studies* 85 (1995) 1-22.
— (2001): «Reading Carandini», en *The Journal of Roman Studies* 91 (2001) 182-193.
— (2008): *Unwritten Rome*, University of Exeter Press.
WOODARD, R. D. (2006): *Indo-European Sacred Space. Vedic and Roman Cult*, University of Illinois Press, Urbana and Chicago.
ZUCCOTTI, F. (1998): «In tema di sacertà», en *Labeo* 44 (1998) 417-459.

ÍNDICE DE FUENTES

AGUSTÍN DE HIPONA

—*De civitate Dei*
- 7,9: 148 nt. 18

APULEYO

—*De deo Socratis*
- 15: 76 nt. 33

ARISTÓTELES

—*De anima*
- 2, capítulo 3: 139 nt. 301

—*Ética a Eudemo*
- 2, 1223a: 133 nt. 284

—*Ética a Nicómaco*
- 3, 1110a: 134
- 3, 1109b: 137

CICERÓN

—*De amicitia*
- 4,13: 94 nt. 124
- 4,19: 107
- 16,58: 116 nt. 205
- 21,80: 107
- 22,82: 107
- 22,85: 106

—*De fato*
- 11,24-25: 138
- 17,40: 137
- 19,43: 137

—*De finibus*
- 4,10,25: 77 nt. 41
- 5,13,36: 139 nt. 303

—*De inventione*
- 2,22,66: 95 nt. 128

—*De legibus*
- 1,21,55: 108 nt. 175

• 2,7,15: 142 nt. 312
• 2,7,19: 141 nt. 309
• 2,9,22: 108 nt. 175
• 2,10,24: 128 nt. 257
• 2,11,27: 140 nt. 307
• 2,11,28: 141 nt. 309
• 2,15,37: 128
• 2,18-20: 96
• 2,19,48-49: 150 nt. 25
• 2,22,55: 76 nt. 33; 94
—*De natura deorum*
• 2,62,154: 81 nt. 70
• 2,66,27: 148
—*De officiis*
• 1,17,54: 88
• 1,17,56: 106
• 1,18,59: 122
• 1,30-32: 141
• 1,42,151: 101
• 2,2,5-6: 72 nt. 19
• 2,24,84: 143 nt. 317
• 3,17,69: 85 nt. 85
• 3,17,70: 120 nt. 221; 121
—*De oratore*
• 1,39,176: 60
• 1,48,212: 54 nt. 149
—*De republica*
• 2,31,53: 49 nt. 127
• 2,31,54: 53 nt. 144
—*Philippicae*
• 2,28,69: 91 nt. 112
—*Pro Cluentio*
• 53,146: 80 nt. 68
—*Pro Roscio Amerino*
• 38,111: 108
• 39,112: 107
—*Pro Sestio*
• 4,10: 122
—*Topica*
• 15-17: 138
• 29: 35 nt. 74
—*Tusculanae disputationes*
• 1,9,19: 77 nt. 40
• 1,22,52: 77 nt. 77 nt. 42; 140 nt. 306
• 1,26,65: 76 nt. 32; 140 nt. 305

- 4,6,12-13: 139
- 5,3,7: 72 nt. 19

DIGESTO

- 1,1,1 pr.: 68 nt. 4
- 1,1,1,1: 72 nt. 17
- 1,1,1,2: 56; 73
- 1,1,9: 85
- 1,1,10 pr.: 140
- 1,1,10,2: 72 nt. 18
- 1,1,11: 87 nt. 89
- 1,1,12: 68 nt. 6
- 1,2,2,1: 126 nt. 245
- 1,2,2,2: 51 nt. 136
- 1,2,2,5: 57 nt. 160
- 1,2,2,12: 57 nt. 160
- 1,3,32,1: 57 nt. 159
- 1,5,3: 99
- 1,5,4: 99
- 1,5,7: 83 nt. 77
- 1,5,9: 103
- 1,5,19: 87 nt. 93
- 1,5,24: 87 nt. 93
- 1,7,23: 35 nt. 72
- 3,4 pr.-1: 80
- 3,5,9,1: 109 nt. 180
- 3,5,10: 109 nt. 180
- 3,5,26,1: 108 nt. 178
- 4,2,21,5: 135
- 4,3,1,2: 135
- 4,3,11,1: 98 nt. 140
- 4,5,1: 75 nt. 26
- 4,5,11: 75 nt. 26
- 5,1,76: 78 nt. 43
- 5,3,50 pr.: 79 nt. 58
- 9,1,1,14: 79 nt. 60
- 9,2,31: 131
- 11,7,5: 96 nt. 133
- 11,7,14,7: 109
- 12,6,32,2: 118 nt. 212
- 13,6,17,3: 112; 116; 143
- 16,3,32: 131 nt. 275
- 17,1,4: 108 nt. 174
- 17,1,27,2: 116 nt. 205
- 17,2,8: 114 nt. 197

• 18,1,1,pr.-1: 43
• 18,1,9 pr.: 134
• 19,2,1: 87 nt. 89
• 19,5,5,4: 108 nt. 174; 115 nt. 200
• 23,2,1: 81 nt. 69; 93 nt. 118
• 23,2,22: 135 nt. 287
• 24,3,66 pr.: 131 nt. 274
• 25,4,1,1: 83 nt. 77
• 27,10,1 pr.: 118 nt. 214
• 27,10,7,1: 79 nt. 61
• 28,2,11: 38; 95 nt. 126
• 29,2,20 pr.: 78 nt. 52
• 32,49,4: 91 nt. 108
• 34,5,3: 133 nt. 281
• 35,2,9,1: 83 nt. 76
• 37,1,3,1: 79 nt. 58
• 38,1,27: 114 nt. 198
• 38,10,1 pr.: 60 nt. 170
• 38,10,4,2: 87 nt. 94
• 38,17: 60 nt. 171
• 40,12,44: 110 nt. 185
• 42,8,10: 78 nt. 46
• 42,8,10,2: 78 nt. 45
• 43,26,1 pr.: 113
• 43,26,2,3: 79 nt. 55
• 43,26,14: 113 nt. 113
• 44,7,3 pr.: 80 nt. 65
• 44,7,3,1: 78 nt. 48
• 47,2,14,11: 113 nt. 192
• 47,9,9: 129 nt. 264
• 47,10,27: 151 nt. 29
• 47,22,4: 125
• 48,9,9: 127 nt. 255
• 50,1,1 pr.: 147 nt. 15
• 50,1,27,2: 78 nt. 51
• 50,16,18: 115 nt. 203
• 50,16,19: 54 nt. 149; 106 nt. 168
• 50,16,152: 82
• 50,16,153: 83 nt. 76
• 50,16,194: 116
• 50,16,195,2: 94 nt. 121
• 50,16,195,4: 35 nt. 74
• 50,16,196,1: 103 nt. 156
• 50,16,214: 116
• 50,16,239: 116 nt. 203

- 50,17,2 pr.: 103 nt. 157
- 50,17,4: 135 nt. 287
- 50,17,32: 99
- 50,17,53: 134 nt. 285
- 50,17,62: 146 nt. 8
- 50,17,76: 78 nt. 50; 134

DIONISIO DE HALICARNASO

—*Antiquitates Romanae*
- 2,25: 91 nt. 113
- 8,87,6: 54 nt. 146

FESTO

—*De verborum significatu* (W. M. Lindsay)
—*Lapidem Silicem*: 129 nt. 263
—*Matertera*: 35
—*Munus*: 115
—*Noxia*: 130 nt. 269
—*Ordo sacerdotum*: 73 nt. 20
—*Parricidi quaestores*: 127 nt. 255
—*Patres*: 113 nt. 196
—*Possessio:* 79 nt. 59
—*Praetor:* 26 nt. 49

FRAGMENTUM ATESTINUM

—*Líneas 2-3:* 82 nt. 75

GAYO

—*Institutiones*
- 1,55: 87 nt. 90; nt. 92
- 1,89-91: 87 nt. 92
- 2,2: 73
- 2,6: 76 nt. 35
- 2,8: 53
- 2,56: 114 nt. 197
- 2,60: 114 nt. 197; 119
- 2,153: 90 nt. 106
- 2,157: 90 nt. 106; 95 nt. 126
- 3,10: 34
- 3,17: 60
- 3,99: 134
- 3,141: 43 nt. 106
- 3,154a: 90 nt. 106

- 3,154b: 90
- 4,62: 120 nt. 221
- 4,182: 120 nt. 221

GELIO

—*Noctes Atticae*
- 1,21,4: 129
- 3,2,11: 54 nt. 146
- 4,3: 91 nt. 114
- 13,12,9: 54 nt. 146

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

- 1,16 pr.: 75 nt. 26
- 1,16,4: 75 nt. 30
- 3,13 pr.: 143
- 3,14,2: 112
- 3,23,2: 43 nt. 106

ISIDORO DE SEVILLA

—*Etymologiae*
- 10,1: 82 nt. 72
- 11,1,4: 82 nt. 72
- 15,10: 115 nt. 203

LEX ACILIA REPETUNDARUM

—*Líneas 20-24*: 68 nt. 6

LEX LUCI SPOLETINA

—*FIRA. III* n. 71: 127 nt. 254

LEX RUBRIA

—*Capítulo 20*: 110 nt. 185

LIVIO

—*Ab urbe condita*
- 1,8,7: 99
- 1,20,4: 124
- 1,21,2-4: 110 nt. 182
- 1,24,7: 127 nt. 254
- 1,26,13: 130
- 1,26,6-8: 53 nt. 144

• 1,32,13: 83
• 1,43,13: 122 nt. 228
• 1,44,4: 53 nt. 143
• 1,50,1: 23 nt. 37
• 1,51,4-10: 23 nt. 37
• 3,20,7: 54 nt. 146
• 3,26,8-10: 102
• 3,29,7: 102
• 6,10,7: 23 nt. 37
• 7,42,1: 112 nt. 190
• 8,9,1-14: 110 nt. 183
• 8,9,5-8: 46
• 8,28,1: 80 nt. 63

Periochae
• 59,8: 88 nt. 98

MACROBIO

—*Saturnalia*
• 1,9: 148 nt. 18
• 1,16,9-11: 128 nt. 261

NONIO

—*De compendiosa doctrina*
• 426, 25: 77

PAULI SENTENTIAE

• 2,18: 101 nt. 147

PLATÓN

—*Fedro*
• 245: 140
—*Gorgias*
• 507e – 508a: 81 nt. 70
—*Leyes*
• 1, 644e: 126 nt. 246
• 7, 803c: 126 nt. 246

PLINIO EL VIEJO

—*Naturalis historia*
• 3,69: 25
• 33,42,43: 40

POLIBIO

—*Historias*
• 6, 53-54: 150 nt. 24

QUINTILIANO

—*Institutio oratoria*
• 1,6,34: 82 nt. 72

SÉNECA FILÓSOFO

—*De beneficiis*
• 2,21,2: 110
• 3,7,1: 143
—*Epistulae*
• 102,6: 143

SERVIO GRAMÁTICO

—*In Vergilii Bucolica*
• 4,43: 127

SUETONIO

—*Vespasiano*
• 19: 149 nt. 22

TERTULIANO

—*Apologeticum*
• 13,7: 76
—*De exhortatione castitatis*
• 1,1-3: 142 nt. 315

VALERIO MÁXIMO

—*Facta et dicta memorabilia*
• 2,1,4: 91 nt. 114
• 2,9,2: 91 nt. 114

VARRÓN

—*De lingua Latina*
• 5,7,41: 50
• 5,17,92: 39 nt. 91
• 5,19,95: 39 nt. 91
• 5,32,143: 27; 53 nt. 143

• 5,36,179: 115
• 6,3,24: 50
• 6,25,3: 25
• 6,4,30: 128 nt. 261
• 7,5,105: 80 nt. 63

VIRGILIO

—*Bucólicas IV Egloba*
• 5-7: 147 nt. 13

Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Edición en formato digital: 2015

© JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA, 2015
© Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2015
Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
infotecnos@tecnos.es

ISBN ebook: 978-84-309-6740-7

Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro electrónico, su transmisión, su descarga, su descompilación, su tratamiento informático, su almacenamiento o introducción en cualquier sistema de repositorio y recuperación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, conocido o por inventar, sin el permiso expreso escrito de los titulares del Copyright.

Conversión a formato digital: calmagráfica

www.tecnos.es

Índice

Introducción 6

Primera parte. Presupuestos histórico-jurídicos y nacimiento del ordenamiento jurídico romano 9

I. Italia desde el neolítico y el calcolítico 9

II. Los indoeuropeos 10

III. La Edad del Bronce. La influencia del modelo político de Micenas. Roma a partir del Bronce Medio 11

IV. Los primeros pasos de la cultura lacial. La introducción del alfabeto latino 12

V. El grupo étnico de los latinos 14

VI. Estructura política del nomen latinum 15

VII. La relevancia de la distinción entre derecho primitivo y derecho arcaico. ¿Un derecho romano indoeuropeo? 17

VIII. Hipótesis sobre el derecho latino primitivo. Familia y gens. La clientela 19

IX. Aes rude: de la permuta a la compraventa. Naturaleza jurídica del sacrificio. Dar y pronunciar 23

X. ¿Autodefensa o arbitraje? 29

XI. El septimontium y la Roma protourbana 29

XII. De los grupos de parentesco al estado: Roma Estado-ciudad 31

XIII. Pomerium 32

XIV. Populus Romanus 33

XV. Conclusiones. Territorio y parentesco 35

Segunda parte. Principios de antropología jurídica 46

I. Antropologías implícitas y antropologías reflexivas 46

II. ¿Qué es derecho? 47

III. Derecho y ciencia del derecho: la singularidad de Roma 48

IV. La antropología realista de los juristas Romanos 50

V. El individuo y el grupo 52

VI. Caput, anima, genius 53

VII. Animus, corpus 55

VIII. Homines, humanitas, ius gentium 57

IX. Matrimonium I: su función genética en la sociedad Romana 60

X. Matrimonium II: ¿de la forma al consenso? 61

XI. Matrimonium III: estabilidad y divorcio 62

XII. Vivos y difuntos. Pietas. Las transformaciones de la hereditas 64

XIII. Las sombras de la desigualdad. La servidumbre 67

XIV. Desvalorización del trabajo. La ética aristocrática del otium 69
XV. Patriarcado 70
XVI. Amicitia y fides 71
XVII. Mandato y stipulatio 73
XVIII. Relaciones «contractuales» no basadas en la igualdad 74
XIX. Los perfiles de la donación como finalidad: mutuum, munus y donum. Donación y gratuidad 76
XX. Actio fiduciae 79
XXI. Relaciones de vecindad y vida asociativa 81
XXII. La voluntad como facultad autónoma y propia del ser humano: intencionalidad y culpa 83
XXIII. Diligentia y officium 87
XXIV. Los vicios de la voluntad: el error 87
XXV. El miedo (metus) como vicio de la voluntad 88
XXVI. El engaño (dolus) como vicio de la voluntad 89
XXVI. Voluntas y necessitas: Cicerón y los juristas 89
Conclusiones. El legado jurídico de Roma. La influencia de las categorías del derecho arcaico 111
I. Tempus. Nativitas. Jano, dios del comienzo 111
II. Persona 113
Bibliografía 117
Índice de fuentes 127
Créditos 136