

EL ORIGEN DE LOS PODERES DEL “PATERFAMILIAS”  
 I: EL “PATERFAMILIAS” Y LA “PATRIA POTESTAS”\*

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ\*  
 Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago)

RESUMEN

El artículo indaga en los orígenes de los poderes que el *paterfamilias* romano ostentaba en la época arcaica de la historia del derecho romano en su ámbito familiar, especialmente en relación a su descendencia legítima (*patria potestas*). A fin de lograr este objetivo, el estudio se divide en dos acápite, el primero de ellos destinado a exponer las teorías que intentan explicar el fenómeno de la familia romana y los términos que los latinos utilizaban para definirla, profundizando en la evolución desde un concepto económico de familia hacia uno de parentesco. El segundo se dedica al examen de la *patria potestas* y especialmente de las facultades que le son más propias, a saber, el *ius vitae necisque*, el *ius vendendi* y el *ius noxa dandi*. A través de un estudio casuístico concluimos que los poderes del *paterfamilias* encuentran una limitación por fronteras jurídicas que impone la *civitas* ya desde la época de las XII Tablas a lo menos.

PALABRAS CLAVE: *Paterfamilias* - *Patria potestas* - *Potestas vitae necisque* - *Noxa* - *Ius vendendi* - *In mancipio*.

ABSTRACT

This article examines the origins of the powers that the Roman *paterfamilias* wielded in the archaic era of the history of Roman law in its family sphere, particularly concerning its legitimate direct line of descent (*patria potestas*). In order to do this, the study has been divided into two sections: one exposes the theories that attempt to explain the phenomenon of the Roman family and the terms Latin people used to employ to define it, analyzing in depth the evolution from an economic concept of family to one of kinship. The second one explores the *patria potestas* and, particularly, the faculties of its own, i.e., the *ius vitae necisque*, the *ius vendendi*, and the *ius noxa dandi*. A case study helps conclude that the powers of the *paterfamilias* are limited by juridical frontiers that the *civitas* has imposed from at least the XII Tables.

KEY WORDS: *Paterfamilias* - *Patria potestas* - *Potestas vitae necisque* - *Noxa* - *Ius vendendi* - *In mancipio*.

---

\* Profesor de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Domicilio postal: Alameda Bernardo O'Higgins 340, Oficina 325, Santiago, Chile. Correo electrónico: camunate@uc.cl

## I. INTRODUCCIÓN

Todo estudio es un pequeño viaje, cuyo puerto de salida es una pregunta a la que se espera retornar luego de un crucero por las aguas azules de la investigación, cargado de conclusiones valiosas traídas de regiones remotas. Parte de una curiosidad inicial, de una sed, diríamos, que nos lanza a una aventura en la búsqueda de algún objeto preciado que se quiere capturar.

Bajo el título algo pomposo de este trabajo intentamos mostrar cuál es la sed que inspira esta aventura, este deseo corsario que nos lleva por las aguas brillantes del Mediterráneo en la búsqueda de un conocimiento oculto en los puertos de la Historia. La pregunta fundamental de esta tesis es justamente el origen y la naturaleza de los poderes paternos en la etapa arcaica del pueblo romano, época fundamentalmente formativa donde se delinearon las características más propias que la sociedad de los quirites tendrá a lo largo de su Historia.

Pero decir “arcaico”, en ocasiones, no es decir demasiado. La crítica toma con algo de libertad el término y a veces lo aplica a períodos excesivamente remotos y otras a acontecimientos demasiado cercanos como para que merezcan la calificación de verdaderamente “arcaicos”, y es por eso que intentaremos definir con alguna mayor precisión el objeto de nuestro estudio ahora que todavía no hemos soltado las amarras y nos encontramos seguros en nuestro puerto de salida.

Con el fin de acotar precisamente el campo de nuestros estudios nos permitiremos la osadía de realizar una periodificación dentro de la historia de la familia romana. Destacamos que la presente no tiene pretensiones de validez fuera del campo estricto del estudio de la familia. Los criterios que utilizamos para realizarla son esencialmente tres, el modelo político, el modelo económico y el sustrato ideológico que imperan a lo largo de las etapas en cuestión. Creemos que cada vez que estos tres elementos varíen, el tipo de familia en que se apoya el sistema social romano cambiará consecuentemente, lo cual se hará más claro en el desarrollo del presente trabajo.

Existen para nosotros, a lo menos, cuatro etapas distintivas en la historia de la familia romana que debemos tener en consideración a fin de tratar la materia, las que nominamos, con algo de libertad, Regia (desde la fundación de la ciudad hasta la caída de los Tarquinos), Arcaica (desde la primera República hasta el final de las Guerras Anibálicas), Preclásica (desde el siglo II a. C. hasta la victoria de Augusto) y Clásica (que coincide fundamentalmente con el Principado).

La época Regia es un período oscuro donde nuestra información es insegura y mezclada con abundantes leyendas de cuya veracidad se puede dudar. Esta, a su vez, cuenta con dos etapas, la Mitológica, propia de los más legendarios de los reyes de Roma que personifican un conjunto de antiguas tradiciones y la Etrusca, mucho más segura e iluminada en algo por la arqueología.

Dicho período, de muy difícil estudio, tiene una importancia capital para la Historia de Roma. En su sombra se esconde la génesis de la ciudad, el asentamiento de los clanes seminómadas, la formación de la plebe y el paso desde una economía de pastoreo y cultivo rotativo de espelta hacia una fundada en la pequeña propiedad y la producción de trigo. Las dos etapas que la componen responden a la predominancia de distintos factores en su interior. De la era Mitológica, a pesar que

la información de que nos provee la tradición romana es poco fiable, conocemos algunos elementos fundamentales de su estructura que nos serán útiles a la hora de evaluar el período. En primer término, sabemos que la sociedad estaba articulada en gentes, grupos clánicos que poseían territorios comunes y organización jurídica propia escindidos interiormente en una población dominante y otra sometida (clientes). La producción era de carácter comunitario, heredera de la estructura seminómada de la época precívica del pueblo latino, y la autoridad central de la ciudad era más bien débil frente al poder de los gentiles (recuérdese la leyenda relativa a la muerte de Rómulo por los senadores jefes de las gentes).

La segunda etapa de la misma, la Etrusca, está marcada por un acontecimiento militar de amplias proporciones que la leyenda intenta ocultar a través de la supuesta migración de los Tarquinos. Se trata de la conquista de la ciudad por parte de la cultura etrusca y su consecuente modernización rápida y forzada.

En este período se refuerza la autoridad central, lo que se traduce en la ejecución de grandes proyectos de obras públicas, se avanza en la emancipación de buena parte de los clientes para formar la plebe y tiene lugar un explosivo aumento demográfico que encumbra a Roma por sobre las cien mil almas. Una vez finalizada tal etapa, la ciudad ha cambiado totalmente su carácter y su economía gira en torno a la pequeña propiedad familiar explotada conjuntamente por el padre y sus hijos.

Una revolución conservadora destrona a los Tarquinos y abre el período que denominamos Arcaico por antonomasia, que corresponde a la primera República y las luchas de la plebe por alcanzar la igualdad jurídica. En dicha etapa el poder del los gentiles va en franco retroceso y la *gens*, como figura familiar, tiene un carácter netamente subsidiario en la Ley de las XII Tablas, cuerpo fundamental para la inteligencia del mismo. Aunque los patricios conservan su dominio e incluso están en posición de declarar guerras privadas (recuérdese el episodio de los Fabios y Veyes), la plebe ya tiene suficiente importancia como para forzar a los patricios a reconocerla políticamente y romper lentamente las cadenas que la atan. Tal vez el episodio más sensacional de este período es la destrucción de Roma por los Galos, suceso a partir del cual la Historia de la ciudad se vuelve segura.

La estructura de la productiva del período está centrada en la pequeña propiedad familiar, que se constituye en el eje moral sobre el cual girará la mitología nacional romana. El padre campesino, soldado y ciudadano nace como ideal colectivo que dominará la tradición posterior.

Esta etapa termina con un acontecimiento abrupto que la interrumpe y genera una ola de cambios a gran escala en el tejido social de la ciudad. Se trata de las Guerras Púnicas, en especial la invasión de Italia por Aníbal, que arruinará a la masa de pequeños propietarios con su ocupación de largo alcance de las tierras italianas.

Esta fue la hora suprema de Roma, que fue capaz de sobrellevar derrota tras derrota en una guerra de desgaste donde perecieron muchos de sus mejores ciudadanos, hasta que los hijos de quienes murieron en los primeros enfrentamientos vengaron la suerte de sus padres en Zama.

La victoria trajo consigo un cambio fundamental en la estructura militar y económica de Roma. De aquí en adelante las guerras no serían cortos enfrenta-

mientos con pueblos vecinos (a excepción de las Guerras Sociales) sino que se trataría de intervenciones de largo alcance en tierras remotas a lo largo de toda la cuenca del Mediterráneo, lo que termina por alterar la composición del ejército, que se profesionaliza y abandona el ideal del padre agricultor y legionario.

La economía también cambia fundamentalmente, puesto que la pequeña propiedad dedicada a los cereales es reemplazada por el gran latifundio dedicado a la producción industrial y pastoreo, explotado ya no por los hijos sino por siervos.

A nivel cultural, desde las recién conquistadas tierras helénicas, fluye una corriente de pensamiento sofisticado que cuajará en arte y literatura a gran escala, inaugurando el gran período de la cultura latina.

Esta etapa, que denominamos preclásica, está marcada por la progresiva decadencia de la República, por la pauperización de los antiguos propietarios que pasan a formar proletariado y por la posición dominante que Roma adquiere en la política y economía del Mediterráneo.

Este período sólo terminará con el establecimiento del Imperio y las últimas conquistas del ámbito económico latino, esto es, el *mare nostrum*.

El último período que consideraremos es el propiamente Clásico, etapa políticamente marcada por el establecimiento del Principado, culturalmente por el florecimiento de las artes y económicamente por la esclavitud.

Nuestro deseo a lo largo de este trabajo es determinar la naturaleza y extensión de los poderes del *paterfamilias* a lo largo del período que llamamos Arcaico, especialmente en dos instituciones que definen la familia agnaticia como tal, a saber, la *manus* y la *patria potestas*. La razón de centrarnos aquí es que durante dicha etapa el modelo agnaticio de familia alcanza su cénit, de manera que para comprender los poderes que el padre detenta a lo largo de la Historia de Roma, nada mejor que observarlos en la época de su máximo esplendor.

La pregunta específica que planeamos es determinar la naturaleza y extensión de los mismos, intentando encontrar sus orígenes y alcance verdadero.

Para llevar a cabo nuestros objetivos, dividiremos nuestro estudio en dos partes, cada una de dos capítulos. La primera parte es la que ve luz en esta publicación, mientras que la segunda será publicada próximamente en esta misma revista, no obstante ser ambas secciones de un único trabajo.

En la presente comenzaremos por un capítulo dedicado específicamente a la familia y las teorías que giran entorno a ella, donde resumiremos las posiciones fundamentales de los estudiosos a su respecto, amén de intentar un análisis de los términos relacionados con el parentesco y sus usos en los textos más antiguos que conservamos de los romanos, esto es, las comedias de Plauto y Terencio.

El segundo se centrará en la *patria potestas* como tal y los poderes personales que el *pater* ostenta. Trataremos separadamente cada uno de los poderes que integran la *potestas*, a saber, el *ius vitae necisque*, el *ius vendendi* y el *ius noxa dandi* a fin de establecer su alcance exacto y los posibles límites que entran en su ejercicio.

Terminado lo anterior, en nuestro próximo trabajo pasaremos a tratar la *manus*, el cual estará dividido en dos secciones fundamentales. La primera explorará la relación entre *manus* y matrimonio, mientras que la segunda comparará su extensión con la *patria potestas*.

Finalmente, en también en nuestra próxima publicación, analizaremos el tratamiento que hace Gayo de los poderes del *paterfamilias* respecto a las personas a él sometidas, distinguiendo los tipos que observamos y la forma específica que presentan para operar. Por último, ofreceremos nuestras conclusiones al respecto.

El camino es largo y queda un gran trecho por recorrer, por lo que ahora zarpamos y comenzamos nuestro recorrido.

## II. LA FAMILIA ROMANA ARCAICA

### 1. *Introducción y teorías.*

El estudio de la familia romana arcaica ha sido un campo caracterizado tanto por el gran alcance de las teorías que intentan abarcarla, como por las agrias disputas que se han generado en torno a ella.

Una exposición ordenada y detallada de todas y cada una de las teorías que han intentado explicar la naturaleza de la familia en Roma constituiría por sí misma una tesis, razón por la cual nosotros intentaremos aquí una labor más modesta, que consistirá en aclarar las pautas básicas de las hipótesis fundamentales que han orientado el estudio de la familia romana a lo largo del siglo XX.

Al efecto, podríamos señalar que han sido dos grandes ideologías de la Historia las que han fijado sus reales en el campo del Derecho de Familia para luchar por la supremacía en el mismo durante ya casi un siglo.

Existe una división ideológica básica que subyace en el tratamiento del fenómeno de la familia y que, consecuentemente, se revelará en las teorías articuladas para su interpretación. Están, por una parte, las teorías de corte político-soberanista<sup>1</sup> que intentan explicar la familia como una unidad política primigenia desde la cual se construye el Estado con el transcurso de los siglos, y por otra las visiones economicistas<sup>2</sup> que comprenden la organización familiar como un simple reflejo de los medios de producción que priman en una época determinada.

La teoría política de la familia encuentra sus orígenes mediatos en los planteamientos de Gianbattista Vico y su Ciencia Nueva, quien, a fin de establecer los orígenes del Estado y por contraposición a las teorías contractualistas tan en boga en su siglo, plantea la existencia de la autoridad pública como una construcción social progresiva. Según sus ideas, antes de la existencia de un Estado propiamente tal los hombres se organizaban en núcleos familiares independientes entre sí donde el varón, en su calidad de padre y jefe, ejercía la autoridad máxima de manera

<sup>1</sup> Véase BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1963), I: *Diritto di famiglia*, pp. 7 ss.; como también *La gens e la familia*, en *Scritti giuridici*, I: *Famiglia e successione* (Torino, Unione Tipografica, 1916); a pesar de ser marxista, acepta parcialmente para la gens esta la línea DE MARTINO, Francesco, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, en *Studi in onore di Arangio-Ruiz* (Napoli, 1953, Jovene), IV, pp. 25 ss.

<sup>2</sup> En este sentido ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Le genti e le città* (Messina, 1914), seguido por VOCI, Pascuale, *Esame delle tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*, en *Studi in onore di Arangio-Ruiz* (Napoli, Jovene, 1953), I, pp. 101 ss.; y, más modernamente, por KASER, Max, *La famiglia romana arcaica*, en *Conferenze Romanistiche* (Milano, Giuffrè, 1960), y PUGLIESE, Giovanni, *Aperçu historique de la famille romaine*, en *Scritti Giuridici Scelti* (Napoli, Jovene, 1985), III, pp. 11 ss.

despótica, a la manera de los ogros de las leyendas, siendo Polifemo y los cíclopes el reflejo legendario de esta era. Gradualmente, según la cercanía geográfica, las necesidades de defensa y los vínculos de afinidad fueron uniendo a los padres en comunidades mayores, se habría formado un Estado, en un principio con muy pocas facultades respecto a las comunidades familiares, pero que lentamente, y en especial gracias a las revueltas plebeyas, fue adquiriendo todo el poder primitivamente vinculado a los padres.

Casi ciento cincuenta años después que este gran teórico italiano expusiera su hipótesis, un romanista italiano no menos grande articuló estas ideas de manera coherente y sistemática con el estudio del Derecho Romano. Bonfante es, hasta el día de hoy, el referente obligado para la interpretación del sistema familiar romano. Su gran acierto consistió en tomar estas especulaciones generales sobre la familia y el Estado para enmarcarlas dentro de la óptica moderna del Derecho Romano, conjugándolas con herramientas tales como la crítica interpolacionística, la teoría de las supervivencias estructurales y comparaciones etnográficas con otros grupos indogermánicos. El resultado fue una obra de carácter monumental que logra explicar desde el sistema de Vico cuestiones tan enigmáticas como la sucesión por causa de muerte, los poderes del *paterfamilias*, el sistema de tutelas y la estructura de la propiedad arcaica. En su visión, la familia antigua es fundamentalmente una organización de corte político que agrupa a las personas en torno a una autoridad central representada por el *paterfamilias*, quien, en su condición de jefe del grupo, ostenta un poder absoluto respecto a sus miembros denominado *potestas* o *manus* y caracterizado por la existencia de un *ius vitae necisque*. En el ejercicio de los mismos, hay un paralelismo con lo que posteriormente llegará a ser el Estado, donde los *mores familiares* ocupan el lugar del Derecho y el consejo familiar el de la jurisdicción estatal. A su muerte, el *pater* nombra, a través de un testamento, a su sucesor, siendo la sucesión *ab intestato* una construcción posterior.

Dentro de esta óptica, la ciudad sería una suerte de órgano mediador entre los diferentes *patres*, que en un principio sólo se ocuparía de normar las relaciones jurídicas surgidas entre estos grupos, constituyendo la ciudad antigua una suerte de confederación de familias unidas por la autoridad central, la que carecía de facultades para entrar a regular las relaciones internas de la familia.

Según el autor, no fue sino a través de una larga evolución que la ciudad vino a proyectar su sombra dentro del entorno cerrado de la familia, a través de un proceso gradual que vino a culminar sólo durante el final del Principado, y que domina el Bajo Imperio, caracterizado por la magnitud ciclópea del Estado.

A pesar de la brillantez de la obra, las críticas no se hicieron esperar, especialmente las provenientes de un sector ideológicamente contrapuesto al naturalismo casi evolucionista de la tesis de Bonfante. La respuesta a la teoría política de la familia provino de las filas del marxismo como escuela de interpretación histórica<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En este sentido ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Le genti e le città* (Messina, 1914), seguido por VOCI, Pascuale, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, en *Studi in onore di Arangio-Ruiz* (Napoli, Jovene 1953), I, pp. 101 ss.; FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone in Roma antica* (Torino, Giapichelli Editore, 1992); KASER, Max, *La famiglia romana arcaica* (n. 2).

Los partidarios de esta escuela rechazaron la caracterización de la familia como un Estado en miniatura y de la ciudad como una familia expandida, estableciendo una interpretación alternativa para la formación de la familia.

De conformidad al marxismo clásico, tanto el Estado como la familia son parte de la superestructura generada como apoyo ideológico a la estructura de producción de cada época. En este sentido, no podrá ser la familia el origen del Estado ni la ciudad una expresión agigantada de la familia, toda vez que la configuración de ambas está en íntima relación con la organización de los medios de producción en cada época. En este sentido, dentro de la lógica trashumante que caracteriza la etapa nómada, se generarán la *gens* como estructura para la explotación de la propiedad común o *ager gentilicium*, la que a su vez dejaría paso a la familia agnaticia cuando la propiedad se hace privada y familiar, según el modelo de agricultura sedentaria termina por imponerse<sup>4</sup>.

Si bien existieron otras teorías que intentaron articular la familia desde puntos de vista diversos<sup>5</sup>. Su característica central es el método que usan antes que las conclusiones a que llegan, pues resultan sumamente variadas y antes que una corriente, como las dos anteriores, sólo se los puede concebir como una unidad en razón del empleo de la comparación etnográfica para alcanzar sus conclusiones, especialmente con otros pueblos indoeuropeos. Las particularidades de las mismas las analizaremos según se presenten en nuestro estudio, sea en relación a la *manus*, a la *patria potestas* o el matrimonio.

Respecto a las teorías generales relativas a la familia, nosotros no emplearemos ninguna en particular en el desarrollo de este trabajo. Nuestra labor será necesariamente más modesta, pues analizaremos las instituciones esenciales de la familia romana intentando mantener una independencia respecto a las grandes hipótesis que pueblan esta rama de estudio.

Verdaderamente una sociedad es una entidad coherente consigo misma, de manera que su orden familiar debe ser armónico con los diferentes aspectos que la conforman. Así, tanto los matices políticos, como los económicos y religiosos apuntarán, en definitiva, a una misma realidad, que es la familia romana. Las

<sup>4</sup> Especialmente aclaratorios en este sentido resultan los trabajos de FRANCIOSI, Gennaro, *Clan gentilicio e strutture monogamiche* (Napoli, Jovene, 1978), EL MISMO, *Famiglia e persone* (n. 3), y EL MISMO, *Sull'ampiezza dell'antica famiglia agnaticia*, en *Index Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 27 (1999).

<sup>5</sup> Muchos autores, especialmente entre fines de siglo XIX y principios del XX cayeron en la tentación de crear teorías en base a la etnografía comparada que daban especial relevancia a los elementos indoeuropeos como explicadores de la familia. Sin embargo, ninguna de ellas logró sostener el embate de las corrientes principales que acabamos de describir. En todo caso, su mérito consistió en establecer algunas bases en instituciones tales como la *manus*, la *patria potestas* o el matrimonio que posteriormente serán utilizadas por los teóricos de la generación siguiente. Ad. ex. véase CORNIL, Georges, *Du mancipium au dominium*, en *Festschrift Koschaker zum 60 Geb.* (Weimar, Verlag Herm. Nachfolger, 1939), I, pp. 405 ss.; KOSCHAKER, Paul, *Die Eheformen bei den Indogermanen*, en *Deutsche Landesreferate, II Intern. Kongress für Rechtsvergleichung im Haag* (1937); ROSSBACH, August, *Untersuchungen über der röm. Ehe* (Stuttgart, 1853); KARLOWA, Otto, *Die Formen der römischen Ehe und manus* (Bonn, 1868); ESMEIN, Adhémard, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain*, in *Mélanges d'histoire du droit* (Paris, 1886), entre muchos otros.

opiniones que se centran fundamentalmente en una sola de tales realidades, necesariamente desconocen el equilibrio general que ha de mantenerse en su análisis conjunto, siendo, por tanto, distorsionadoras de la realidad.

Intentar examinar una institución exclusivamente desde una perspectiva económica o política es similar al caso de un individuo que usa unas gafas teñidas de un color, donde todas las cosas que vea serán, por consiguiente rojas, azules o verdes, según la tonalidad que tengan sus anteojos. Es por esto que intentaremos mantenernos al margen del debate relativo al origen fundamentalmente político o económico de la familia, puesto que creemos que sólo a través de la conjugación de todos aquellos referentes se obtendrá una visión ajustada a la realidad. Tendremos, en todo caso, tales teorías presentes a la hora de llevar a cabo nuestro análisis a fin de establecer qué aspectos de las mismas pueden ser corroborados y cuáles han de ser descartados.

## 2. “Gens” y familia.

Bastante es lo que la crítica ha discutido sobre el origen y rol de la gens en la sociedad romana. Las teorías son de lo más variadas, desde aquellas que estiman que la gens es una creación tardía del Estado romano que tuvo por finalidad “cerrar” el patriciado romano<sup>6</sup>, a otras que la juzgan anterior a la ciudad y propia de los grupos indoeuropeos, sea dotándola de una dimensión política<sup>7</sup> esencial o de una dimensión en parte política y en parte religiosa<sup>8</sup>.

Dentro del período que nos proponemos estudiar, se produce una lenta sustitución de los modelos gentilicios que primaban en la época monárquica de la Historia Romana, por aquellos agnaticios. La familia alargada o gentil, conformada por una extensa serie de parientes y clientes que situaban al sujeto dentro de un orden mayor de carácter clánico, se desdibujan ya desde la última monarquía, aquella perteneciente a los tarquinos, cediendo su importancia política a la ciudad y económica a la familia nuclear. Si la historia de la más antigua Roma era la historia de las gentes<sup>9</sup>, en el curso del período en que nos centramos la realidad es diferente. Las viejas gentes Fabia, Claudia o Valeria, son gradualmente reemplazadas por familias determinadas en que dichas agrupaciones se han escindido, como los Escipiones o los Emilios.

De la misma manera, existe una sustitución paralela en las estructuras de producción que refleja el cambio político desde la gens a la familia agnaticia. La sociedad gentilicia<sup>10</sup> se caracterizaba por la explotación común de los campos

<sup>6</sup> Especialmente MEYER, Eduard, *Ueber die Anfänge des Staates und sein Verhältniss zu den Geschlechtsverbänden in Sitzber* (1907), pp. 508 ss.; y, hasta cierto punto, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Le genti e le città* (Messina, 1914).

<sup>7</sup> BONFANTE, Pietro, *La gens e la familia*, en *Scritti giuridici*, I: *Famiglia e successione* (Torino, Unione Tipografica, 1916), como también para la gens exclusivamente, DE MARTINO, Francesco, *La gens, lo Stato e le classi* (n. 1), pp. 25 ss.; y parcialmente por KASER, Max, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), pp. 62 ss.

<sup>8</sup> FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), p. 23.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> KASER, Max, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), pp. 62 ss.; FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), p. 23.

pertenecientes a dicha comunidad y su posterior distribución entre los miembros que conformaban esta agrupación. La familia agnaticia primitiva, en cambio, consiste en un grupo más reducido y fuertemente cohesionado, sometido a un mismo *pater* que explota un mismo patrimonio familiar o Einzelhof, por utilizar la terminología de Kaser, cuyo único titular es el miembro varón más anciano, que es así mismo, su jefe. En la historia económica de Roma, los territorios gentilicios pasan a disolverse en propiedades familiares, restando como única memoria de su antigua pertenencia el nombre de los mismos.

Hacia el fin del período, el siglo II a. C. , no se aprecia a la *gens* actuando políticamente como cuerpo; se ha dividido en familias que siguen siendo influyentes, pero no participa disciplinadamente en la cuestión pública.

Las instituciones que más la caracterizaban se han ido disolviendo con el tiempo. Así, los sepulcros antes comunes a todos los gentiles, son mayoritariamente familiares<sup>11</sup>, la solidaridad gentilicia se va perdiendo y ni siquiera aparecen las *gentes* mencionadas dentro de las comedias de Plauto o Terencio.

Sin embargo, no debe creerse que en nuestro período las gentes sean un mero recuerdo fósil, como en la época de Gayo<sup>12</sup>. Todavía tienen la suficiente importancia como para que el nombre gentilicio sea protegido en la época de Sila<sup>13</sup>. Ciertos aspectos relacionados con el matrimonio siguen teniendo importancia, como lo atestigua el que entre los premios otorgados a Hispala Fecenia se incluya la misteriosa *gentis enuptio*<sup>14</sup>. Los *sacra* gentilicios se mantienen también vigentes hasta bien entrado el Principado.

Aparentemente, la *gens* es una institución fundamentalmente patricia. Los plebeyos se encuentran excluidos de ella, coincidiendo “l’ordinamento gentilizio con quello del patriziato”<sup>15</sup>.

Aunque mantiene un lugar de importancia como unidad subsidiaria de la familia agnaticia dentro de la Ley de las XII Tablas en materias sucesorias y de tutela<sup>16</sup>, como grupo familiar su decadencia está íntimamente ligada con la monarquía Etrusca, aunque su poder político subsistirá algún tiempo durante la República.

El problema principal a que nos enfrentamos es la ausencia de fuentes que nos puedan ilustrar sobre el rol preciso que la *gens* jugaba. Si bien puede desestimarse que al final de nuestro período continúen siendo una unidad políticamente relevante al interior de la República, parecen mantener una cierta importancia social y jurídica como ente aglutinador de las diferentes familias en torno a un pasado común.

El parentesco gentil no tiene grados, a diferencia de los parentescos cogna-

<sup>11</sup> FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), p. 23.

<sup>12</sup> Gai. 3, 17: “*totum gentilic<i>um ius in desuetudinem abisse, superuacuum est hoc quoque loco de eadem re <iterum> curiosius tractare*”.

<sup>13</sup> PS. 5, 25, 11: “*Qui sibi falsum nomen imposuerit, genus parentesve finxerit, quo quid alienum inciperet possideret, poena legis Corneliae de falsis coercetur*”.

<sup>14</sup> Liv. 39, 19,5.

<sup>15</sup> Al respecto véase DE MARTINO, Francesco, *La gens, lo Stato e le classi* (n. 1), pp. 24 ss.

<sup>16</sup> FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), pp. 79 ss. y 110 ss.

ticios y agnaticios<sup>17</sup>. Se basa en el nombre<sup>18</sup> y en la comunidad de ciertos ritos. Aparentemente tuvo alguna función legislativa en su interior, puesto que existen recuerdos de decretos gentilicios en relación al nombre<sup>19</sup>.

En cuanto a la existencia de jefaturas internas, parecen variar de *gens* en *gens*. Así, mientras entre los Claudios siempre hay una suerte de líder de nombre Apio o Atto, entre los Valerios no se aprecia tal predominio.

Volveremos a tratar de la *gens* cuando nuestro estudio del orden familiar romano lo requiera, pero por el momento baste con lo expuesto como referencia básica.

### 3. *Definiciones y clasificaciones.*

El primer problema que enfrentamos al tratar de encontrar un concepto de familia en Roma es que las definiciones que nos proporcionan los textos jurídicos con que contamos son de un período bastante posterior al que estudiamos.

Amén de lo anterior, existe una cierta imprecisión en el mismo lenguaje que los juristas utilizan para referirse a ella, debido a la convivencia de diferentes modelos familiares que se suceden en la Historia romana.

A fin de superar estas dificultades, intentaremos un análisis comparativo de los significados dados en los textos jurídicos respecto a los usos que encontramos en los textos latinos más antiguos que conservamos, fundamentalmente las comedias de Plauto y Terencio.

Palabras como *gens*, familia, agnados y cognados tienen significados variables y muchas veces es necesario estar al término respecto al cual se realiza la comparación para comprender el sentido preciso que se le da.

Es un hecho bien asentado en la romanística que la voz familia no parece tener un significado originario coincidente con el moderno sentido de la palabra. Tiene, en cambio, un doble sentido, por una parte económico, y por otro relativo al parentesco<sup>20</sup>. Sin embargo, es una incógnita la manera exacta en que se articulan ambos sentidos de la voz familia, y muchas veces se siente la carencia de una explicación coherente que articule los distintos sentidos de esta única palabra.

Creemos que la mejor manera de comprender el modo en que se articula la familia económica y la familia de parentesco, es estudiar justamente los usos que la palabra tiene, lo cual servirá de base para analizar más tarde los poderes que el *paterfamilias* ostenta en la familia agnaticia. Para ello, dividiremos el presente acápite en dos secciones, una específica para estudiar los sentidos económicos de la palabra familia y otro dedicado a sus acepciones relativas al parentesco. Hecho, expondremos nuestras conclusiones de una manera ordenada.

<sup>17</sup> Al respecto FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), pp. 103 ss.

<sup>18</sup> CIC., *Top.* 6, 29: “*gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt*”. FEST. 83: “*gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is, qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius: ‘gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur’*”.

<sup>19</sup> SUET., *Tib.* 1; y CIC., *Phil.* 1, 13, 32.

<sup>20</sup> Al respecto véanse VOLTERRA, Edoardo, *Famiglia*, en *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 1991), VIII, donde resulta especialmente ilustrativa la nota al pie 47 de p., como también KASER, Max, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), pp. 47 ss.; FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), pp. 7 ss.

a) Familia económica. En su sentido patrimonial, la voz familia atestigua usos muy antiguos, que se pueden rastrear sin problemas hasta la época de las XII Tablas<sup>21</sup>. En esta misma acepción, la expresión *familia pecuniaque* es descriptiva de todos los bienes de una persona<sup>22</sup>. El término *pecunia*, al cual se opone familia, se refiere al ganado menor, *pecus*, y al dinero que amonedado, del cual tomará su nombre. En este sentido, vemos que familia como concepto económico apunta hacia bienes perdurables.

Encontramos, tanto en Plauto como en Terencio, diferentes casos algunos en que la voz familia se utiliza refiriéndose al patrimonio.

En Plauto dicho uso es raro, aunque existen dos casos en que algún personaje se refiere a sus asuntos patrimoniales como *res familiaris*<sup>23</sup>.

En Terencio, no obstante ser también infrecuente dicho uso, lo podemos ver con mucha mayor claridad en *Heau.* 906 y ss.: “[Ch.] *fili est amica Bacchi: Menedeme, occidi!* [Me.] *quam ob rem?* / [Ch.] *decem dierum vix mi est familia*”. Aquí, Cremes se queja porque cree que su hijo se ha enamorado de la cortesana Báquide, ante ello se horroriza pensando que su patrimonio (familia) sólo le durará diez días.

También en muchos lugares se la encuentra referida exclusivamente al grupo de esclavos sometidos a un amo, como en D. 50, 16, 195, 3: “*Seruitutium quoque solemus appellare familias*”

Este uso es también común en las comedias de Plauto<sup>24</sup> y Terencio<sup>25</sup>. Existe una marcada correlación entre la palabra familia y la voz *famulus*, que designa al esclavo. Un grupo de esclavos que trabajan un campo o propiedad específico es llamado *famulia*, en cuanto están ligados con una misma extensión territorial.

Tanto los partidarios de la teoría económica como los de la teoría política suelen subrayar esta correlación para fundamentar sus teorías acerca del origen de la familia romana. Si el *famulus* es un esclavo, luego una propiedad del *pater*, la familia será el conjunto de sus bienes, señalan los defensores de la teoría económica.

Por su parte, la teoría política subraya la relación de dependencia que un esclavo tiene bajo su amo, la soberanía a que estaría sometido, luego la familia será el conjunto de personas sometidas a la soberanía de un amo. El elemento que no

<sup>21</sup> D. 50, 16, 195, 1 (Ulp, 46 ed.): “*Familiae* appellatio qualiter accipiat, uideamus. et quidem uarie accepta est: nam et in res et in personas d<e>ducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his uerbis ‘adgnatus proximus familiam habeto’. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: ‘ex ea familia’, inquit, ‘in eam familiam’: et hic de singularibus personis legem loqui constat”.

<sup>22</sup> Así se encuentra en Cíc., *De inv* 2, 148, 5-7; y en *Reth Her* 1, 23, 11. Véase también: FESTUS, *Verb.* 318, 46: “*Sacrae leges sunt, quibus sanctum est, qui[c]quid aduersus eas fecerit, sacer alicui deorum sicut familia pecuniaque*”. GELL. 16, 10, 11: “*Sed quoniam res pecuniaque familiaris obsidis uicem pignorisque esse apud rempublicam uidebatur amorisque in patriam fides quaedam in ea firmamentumque erat, neque proletarii neque capite censi milites nisi in tumultu maximo scribebantur, quia familia pecuniaque his aut tenuis aut nulla esset*”.

<sup>23</sup> *Bac.* 458 ss.; *St.* 525 ss.

<sup>24</sup> *Capt.* 307; *Cas.* 330; *Ed.* 2; *Men.* 623; *Mer.* 69; *Mil.* 278 y 351; *Mos.* 106; *Per.* 213; *Poen.* 168, 186 y 396; *Ps.* 191 y finalmente *Trin.* 250.

<sup>25</sup> *Heau.* 751; *Ph.* 571; *Ad.* 89 y *Ad.* 910.

suele ser tomado en consideración en estos análisis es que no se llama *familia* a todo el conjunto de esclavos sometidos a un mismo amo necesariamente, sino que una *familia* es aquel grupo que está vinculado a una propiedad específica<sup>26</sup> y un *pater* tiene tantas familias como grupos de esclavos que laboran explotaciones determinadas. Así, un mismo *pater* puede tener una, dos o tres familias según el número de explotaciones que conserva.

Es muy interesante observar el uso que adquiere la palabra familia en conexión con la idea de campo o explotación, puesto que existe un gran número de casos en las comedias de Plauto y Terencio en que dicho término se utiliza para referirse a la casa donde viven o trabajan los miembros de un grupo. Es decir, la familia correspondería al Einzelhof, la propiedad común. El caso más llamativo se encuentra en Terencio: *Ad.* 924 y ss.: “[Mi.] *Iubet frater? ubi is est? tu[n] iubes hoc, Demea?!* [De.] *ego vero iubeo et hac re et aliis omnibus quam maxime unam facere nos hanc familiam, colere adiuvare adiungere*”. Este caso es particularmente interesante pues se contrapone la noción de pariente con la de familia. Esquino, hijo natural de Demeas adoptado por su hermano Mición, se ha casado con Pánfila, hija de Sóstrata. A raíz de esto es que Demeas, en la escena recién transcrita, ordena la demolición de la tapia que separa la casa de Mición con la de Sóstrata. La justificación de dicha orden es hacer de las dos familias se conviertan en una al desaparecer los límites entre las casas.

En Formio también es interesante observar como se llama familia a la casa (recinto físico o Einzelhof) de donde sale Sófrona: *Ph.* 748. “[Ch.] *eho dic mihi quid rei tibist cum familia hac unde exis? ubi illae sunt?*”

También, en Plauto se habla de lar familiar, como el hogar de la casa<sup>27</sup>.

Junto con esta visión de familia como casa familiar se perfila claramente también un concepto de familia como habitantes de esa misma casa, sean libres o esclavos. Esta visión se aprecia claramente tanto en Plauto<sup>28</sup> como en Terencio<sup>29</sup>. Una familia son quienes comparten una misma casa, y el sentimiento de intimidad entre dos o más personas se denomina “*familiaritas*”<sup>30</sup>.

b) Familia como grupo de parientes. El sentido patrimonial de la palabra convive también con una noción de parentesco, como en los casos en que se dice *materfamilias*, *paterfamilias* o *filiusfamilias*, todos muy utilizados en la comedia de la época<sup>31</sup>. En todo caso, mucho más importante para describir las relaciones de parentesco parecen ser los conceptos de agnación y cognación, como veremos.

La noción de familia agnaticia se deriva de los vínculos potestativos que surgen entre los miembros de la misma. La agnación se explica por la posición dominante

<sup>26</sup> Ad ex. Cato, *Agr.* 5, 3, 2 señala “*duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini. rationem cum domino crebro putet*”. Cada familia es un grupo de esclavos vinculados a una explotación específica.

<sup>27</sup> PLAUT., *Aul.* 2; *Mil.* 1339 y *Rud.* 1207.

<sup>28</sup> *Aul.* 342; *Merc.* 398, 679 y 811; *Mil.* 166, 172 y 174, entre otros.

<sup>29</sup> *Ph.* 287; *Ad.* 481.

<sup>30</sup> Así en PLAUT., *Aul.* 134; *Ed.* 2; *Men* 374; *Mil.* 389 y *Trin.* 355; mientras que en TERENT., *Heau.* 184; *Eu.* 874; *Ph.* 583, 721 y 851.

<sup>31</sup> En PLAUT., *Capt.* 273; *Merc.* 405 y 415; *St.* 98. También en TERENT., *Ad.* 747.

del padre dentro de la estructura familiar romana. Son dos personas agnados entre sí toda vez que estén sujetas a una misma potestad paterna (*quae sunt sub unius potestate*), sea por obra de la “naturaleza” (nacimiento en justas nupcias) o del derecho (adopción o adrogación).

La familia agnaticia es el centro en torno al cual se organiza la sociedad y el derecho de la época, originando la base sobre la cual se establece el sistema hereditario y tutelar ya desde la época de las XII Tablas. A su vez, el poder del padre sobre la familia (*patria potestas*) es el elemento fundamental que marca la entrada y salida al grupo, rigiendo además las relaciones entre sus miembros.

Una clasificación tardía de familia superpone el concepto de agnación a la idea de familia dividiendo la familia en *proprio iure* y *commune iure*, se encuentra en D. 50, 16, 195, 2 [Ulp., 46 ed.): “*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi uniuersae cognationis continetur. iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps uicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps... communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur [...]*”.

De esta manera, sería una familia *proprio iure* aquella en que todos están actualmente sometidos a un mismo *paterfamilias*, mientras que sería *comune iure* aquella en que por la muerte del *pater* sus miembros se han constituido en familias independientes.

Se relaciona dicho sentido con la noción antropológica de familia nuclear (“Kleinfamilie”) y alargada (“Grossfamilie”), donde en el primer tipo de familia se incluirían los habitantes de una misma casa que trabajan una misma propiedad familiar (“Einzelhof”), mientras que en la segunda estarían los demás parientes que se constituyen en unidades económicas independientes<sup>32</sup>. Aparentemente, a través del consorcio *ercto non cito*<sup>33</sup> los miembros de la “Grossfamilie” podían mantener la indivisión del “Einzelhof”<sup>34</sup>.

Del análisis realizado se observa una interesante evolución del término, que comienza como un concepto netamente económico referido al patrimonio, pasando luego a señalar específicamente el lugar donde el grupo tiene su asiento, como también los habitantes mismos de esa casa. De esta manera, la familia termina siendo el grupo de personas que viven juntos en torno a un hogar común, los que estarán, además, sometidos a un único jefe, el *paterfamilias* que ejerce su potestad

<sup>32</sup> KASER, MAX, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), pp. 46 ss.

<sup>33</sup> Gai 3, 154a.

<sup>34</sup> Los partidarios de la teoría política apuntan aquí hacia un sistema de herencias testadas en que el poder se traspasaría a un heredero que sería el sucesor del *paterfamilias* muerto tanto en lo patrimonial como en lo potestativo [BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 14 ss.]. Lamentablemente, no existe ningún apoyo textual al respecto [KASER, MAX, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), pp. 52 ss.; como también VOLTERRA, Edoardo, *Famiglia*, en *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 1991), VIII, punto 4], y posiblemente sea este el escollo más importante en la concepción de la patria potestas como soberanía, a la manera de Bonfante.

sobre ellos, de donde se origina la familia *proprio iure* o “Kleinfamilie”.

Junto con la agnación coexiste la noción de cognación, como se ve en Gai 1, 156: “*Sunt autem agnati per uirilis sexus personam cognatione iuncti, quasi a patre cognati, ueluti frater eodem patre natus, fratris filius neposque ex eo, item patruus et patruus filius et nepos ex eo. at hi, qui per feminini sexus personam cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed aliam naturali iure cognati. itaque inter auunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur*”. También en Gai 3.10: “*Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. legitima autem cognatio est ea, quae per uirilis sexus personam coniungitur. itaque eodem patre nati fratres agnati sunt, qui etiam consanguinei uocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. item patruus fratris filio et inuicem is illi agnatus est. eodem numero sunt fratres patruales inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos uocant; qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis peruenire poterimus*”. Lo mismo en D. 38, 10, 10, 2-4 [Paul., l. sing. de grad. et adfin. et nom. eorum]: 2. “*Nomen cognationis a Graeca uoce dictum uidetur: συγγενεῖς enim illi uocant, quos nos cognatos appellamus*”. 3. *Cognati sunt et quos adgnatos lex duodecim tabularum appellat, sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia: qui autem per feminas coniunguntur, cognati tantum nominantur*. 4. *Proximiores ex adgnatis sui dicuntur. Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim ciuile, alterum naturale nomen est*”.

Así, la noción de cognación sería genérica en lo relativo a las relaciones de parentesco, pues todos los agnados son a su vez cognados, pero sólo cierto tipo de cognados, los de línea masculina producto de un matrimonio legítimo (y por tanto también sujetos a *patria potestas*) son agnados.

En la época justiniana, la noción de agnación será relegada a un segundo lugar ante la cognación, pero no por esto debe creerse que la noción de cognación sea tardía y ajena a la época que tratamos, puesto que las prohibiciones matrimoniales relacionadas con el incesto se establecieron en razón a la cognación<sup>35</sup>, y el concepto de cognación aparece también mencionado en la *Lex Cincia* del 204 a. C. para determinar las donaciones exceptuadas de su aplicación.

Así, para nuestra época existen dos tipos de parentesco, la cognación (no testamentaria) y la agnación (de línea masculina y fundada en la potestad). La misma agnación (para la cual se usa también el término familia) puede ser propia, cuando todos dependen actualmente de la misma potestad, o de “derecho común”, cuando por la muerte del padre cada hijo se constituye en una familia independiente. Aunque la agnación es el concepto central para el derecho de familia de la época, la cognación también produce determinados efectos jurídicos y sociales.

Las palabras relacionadas con la cognación y agnación son mucho más importantes en la comedia de Plauto y Terencio para describir las relaciones de

<sup>35</sup> Lo demuestra la afirmación de Livio en plenas guerras anibálicas relativa a Cloelio en su libro XX, fr. 11, 2: “*Cloelius patricius primus aduersus ueterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem*”.

parentesco que la voz familia. Así, se ven utilizadas en Plauto *cognatus* (dos veces), *cognato* (ocho veces) y *cognati* (seis veces).

*Cognatus* aparece usada en el sentido genérico de pariente en ambas ocasiones<sup>36</sup>, lo mismo que *cognati*, que se usa en relación al grupo familiar a que se pertenece, incluyendo a la madre que siempre es cognada aunque no siempre agnada de sus hijos (salvo que entre en la *manus* del marido)<sup>37</sup>. *Cognatus* se usa en idéntico sentido en las ocho ocasiones que aparece<sup>38</sup>.

Podemos concluir que en Plauto el concepto de cognación aparece utilizado en un sentido coincidente con el sentido jurídico de la expresión, como grupo de parientes incluidos los maternos.

En Terencio, *cognatus* aparece usado cuatro veces, en todas las ocasiones con un sentido genérico de pariente<sup>39</sup>, lo mismo sucede con el término *cognato* que se usa en tres ocasiones<sup>40</sup>. Tampoco en Terencio vemos usados términos relacionados a la agnación.

#### 4. Conclusiones.

Del análisis realizado observamos una interesante evolución del término familia. Su significado original es de orden económico, en el sentido de patrimonio estable de un grupo y opuesta a la palabra *pecunia*, como grupo de bienes inestables. En específico, encontramos textos donde parece ser la casa, el recinto físico donde habita y labora un grupo de personas, el que recibe el nombre de familia, es decir, en “Einzelhof” específico donde se asienta el grupo.

Para señalar las relaciones de parentesco entre las personas, mucho más difundido es el término *cognatio*, que designa propiamente a los parientes de una persona en razón de las relaciones de sangre, como también el concepto de agnación, de carácter propiamente potestativo y perteneciente ya a la nomenclatura de las XII Tablas.

El sentido de parentesco que adquiere la voz familia parece derivarse del sentimiento que se genera entre las personas que viven bajo ese mismo techo, que se denomina *familiaritas*. En este sentido, se pasa a llamar familia a todas las personas, sean libres o esclavas, que habitan dentro de la misma casa o familia.

Finalmente, dentro del pensamiento clásico, la idea de familia derivada de la idea de familiaridad se superpondrá a las más antiguas nociones de cognación y

<sup>36</sup> Cap. 528 ss.: “*perdidit me Aristophontes hic qui venit modo intro is me novit, is sodalis Philocrati et cognatus est*”; Poen 1151: “[Han.] *Advortite animum, mulieres. primum, si id fieri possit, ne indigna indignis di darent, id ego evenire vellem; nunc quod boni mihi di danunt, vobis vostraeque matri, eas dis est aequom gratias nos agere sempiternas, quom nostram pietatem adprobant decorantque di immortales. vos meae estis ambae filiae et hic est cognatus vester, huiusce fratris filius, Agorastocles*”.

<sup>37</sup> Cap. 388: “[Tynd.] *Facis ita ut te facere oportet. nunc animum advortas volo: omnium primum salutem dicito matri et patri et cognatis et si quem alium benevolentem videris; me hic valere et servitutum servire huic homini optumo, qui me honore honestiorem semper fecit et facit*”.

Otros casos en *Miles* 707; *Poe.* 1064; *St.* 580; *Trin.* 307; *Truc.* 59.

<sup>38</sup> *Am.* 860; *Cas.* 567; *Mil.* 705 y 1119; *Poe.* 1323; *Rud.* 1198; *Trin.* 260 y 702.

<sup>39</sup> *An.* 926; *Ph.* 391; *Hec.* 171; *Ad.* 673.

<sup>40</sup> *An.* 71; *Heau.* 194; *Ad.* 351.

de agnación, adaptándose el término para dar cabida en su interior a la familia *proprio iure* y *comune iure*.

Así, se revela una doble raíz conceptual de la idea de familia romana, por un lado potestativa (en la idea de agnación) y por otro económica (en el concepto de bienes estables o *Einzelhof*). La idea original de familia es el *Einzelhof* que explota un grupo de personas, y sólo con una evolución lingüística importante por la vía de la asociación con el sentimiento de familiaridad o compañerismo entre las personas que nace entre quienes comparten un techo, se llega a mezclar con la noción potestativa que va inmersa en la idea de agnación. La noción clásica de familia *proprio* y *comune iure* responde a la reunión bajo la misma voz de elementos dispares en una misma noción.

### III. EL “PATERFAMILIAS” Y LA “PATRIA POTESTAS”

#### 1. Generalidades y teorías.

El *paterfamilias* es la figura central al interior del esquema familiar romano. Como hemos visto, las relaciones de parentesco agnaticias se estructuran entorno a él, determinando la sujeción al *pater* la pertenencia a la familia *proprio iure*.

En D. 50, 16, 195, 2 (Ulp., 46 ed.) se dice: “*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamuis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus*”. Es *paterfamilias* toda persona de sexo masculino<sup>41</sup> que no se encuentra sometida a potestad ajena, independientemente del hecho que tenga o no hijos o de la edad que posea. Usualmente será el miembro más anciano de la familia<sup>42</sup> cuya posición se sostiene sobre la base de la *patria potestas*, la *dominica potestas* y la *manus*.

La *patria potestas* es el poder que el derecho le reconoce sobre sus hijos, la *dominica potestas* se ejerce, en cambio, sobre los esclavos, mientras que la *manus* tiene como destinataria específica a la mujer.

El poder sobre los esclavos no será tratado en este trabajo, al margen de referirnos a él esporádicamente al analizar el orden familiar romano; la *manus* será tratada en particular en nuestra próxima publicación, por lo que en el presente estudio sólo nos centraremos en la *patria potestas* y las relaciones que genera entre el *paterfamilias* y los hijos.

Esta potestad es particular del pueblo romano y a los mismos antiguos les parecía una peculiaridad del sistema familiar de Roma<sup>43</sup>. Consistía esencialmente en el monopolio patrimonial que tenía el padre sobre sus hijos, acompañado de un conjunto de amplísimos poderes que detentaba, incluso el *vitae necisque potestas* o poder de vida y muerte, el *ius vendendi* o poder para vender a los hijos, el *ius noxae dandi* o poder para la entrega noxal y el *ius exponendi* o poder para exponer a los neonatos. De entre estos, de conformidad con la finalidad específica de esta tesis,

<sup>41</sup> Las mujeres no son titulares de *patria potestas*: Gai. 1, 104.

<sup>42</sup> KASER, Max, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), pp. 59.

<sup>43</sup> Gai 1, 55: “*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreauimus. quod ius proprium ciuium Romanorum est*”.

trataremos solamente del *vitae necisque potestas*, del *ius vendendi* y del *ius noxae dandi* en los acápite siguientes, mientras que el *ius exponendi* será excluido por su falta de conexión con el matrimonio en general y la *manus* en específico.

En principio la *patria potestas* es un poder perpetuo, que nace de la procreación en justas nupcias y termina con la muerte del padre<sup>44</sup>, momento en que se disuelve la *familia proprio iure in singulas familias*<sup>45</sup>. De esta manera, la existencia de la familia depende de la supervivencia del padre.

Caen bajo la potestad del *pater* no sólo sus propios hijos, sino también los hijos de éstos, por lo que su potestad se proyecta sobre todos sus descendientes. Su monopolio patrimonial es completo, de manera que sólo existe un haber jurídicamente reconocido dentro de cada familia, y es aquél perteneciente al *pater*. Los hijos no tendrán bienes propios sino hasta la creación del peculio castrense en tiempos de Augusto.

Aparte del nacimiento existen otras formas de entrar bajo la potestad del *pater*<sup>46</sup>, específicamente dos formas de adopción, la *adrogatio* y la *adoptio*<sup>47</sup>. La primera goza de gran antigüedad y es una manera sumamente solemne de hacer entrar a un *paterfamilias* con todas las personas a él sometidas<sup>48</sup> bajo la *potestas* de otro, mediante una rogación<sup>49</sup> específica ante los comicios calados<sup>50</sup> precedida de la *detestatio sacrorum* de su propia familia<sup>51</sup>.

La *adoptio* propiamente tal tenía por función hacer pasar a una persona que está bajo la potestad de un *pater* a la potestad de otro utilizando una interpretación jurisprudencial de una norma de las XII Tablas que ordenaba la liberación de la potestad paterna para un hijo que hubiese sido vendido en tres ocasiones consecutivas<sup>52</sup>, sucedida de una vindicación del hijo por parte del adoptante ante el pretor<sup>53</sup>.

La naturaleza de la *patria potestas* es sumamente discutida por la romanística, existiendo una serie de visiones contrastantes respecto a la misma. A fin de guiarnos en este verdadero bosque de opiniones, las clasificaremos utilizando diferentes criterios relativos a la propiedad, a la unidad y a la limitación de los poderes del *pater*.

Por una parte se encuentran aquellos que sostienen la unidad originaria de las distintas potestades familiares con la propiedad<sup>54</sup>, siendo en alguna época

<sup>44</sup> Gai 1, 127: “*Hi uero, qui <in potestate pa>rentis sun<t, mortuo eo sui iuris fiunt. sed hoc di>stinctionem recipit; nam <mortuo pat>re san<e> omni modo filii filiaeue sui iuris efficiunt<ur>*”.

<sup>45</sup> D. 50, 16, 195, 2.

<sup>46</sup> Gai 1, 97: “*<Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae> diximus, in potestate nostra sunt, uerum et hi, quos adoptamus*”.

<sup>47</sup> Gai 1, 98: *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut imperio magistratus uel<ut> praetoris*.

<sup>48</sup> Gai 1, 107.

<sup>49</sup> GELL. 5, 19, 9.

<sup>50</sup> GELL. 5, 19, 6.

<sup>51</sup> GELL. 15, 27, 3.

<sup>52</sup> Esta norma la estudiaremos específicamente en el acápite relativo al *ius vendendi*.

<sup>53</sup> Gai 1, 97 ss.

<sup>54</sup> En esta línea se ubica ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Le genti e la città* (Messina, 1914) y,

muy arcaica el poder del *pater* indiferenciado respecto a las cosas y las personas. Otros niegan<sup>55</sup> dicha identificación, principalmente sosteniendo la naturaleza política de los poderes del *paterfamilias* y no económica. Dicho debate escapa a los objetivos de esta tesis, ya que su aceptación o refutación requiere de un previo análisis exhaustivo acerca de la estructura de la propiedad arcaica, cuestión que excede el marco de este trabajo.

Una segunda posición identifica los poderes personales del *paterfamilias* respecto a la *manus* y la *patria potestas* sin diferenciar los sujetos sobre quienes son ejercidos<sup>56</sup>, siendo el contenido de ambos idénticos, a lo menos hasta el siglo II a. C. Esta posición, que podríamos considerar ya tradicional, ha sido puesta en duda por un número creciente de romanistas que encuentran fallos importantes en sus fundamentos<sup>57</sup>. Este debate nos interesa puesto que en la época de que tratamos los poderes del marido se hallan en disolución, mientras que los del padre se encuentran en pleno vigor. En todo caso, sólo estaremos en este debate algo más adelante, una vez concluido nuestro análisis relativo a la *patria potestas* y la *manus* respectivamente, pues sería prematuro abordarlo de momento.

Un tercer criterio para clasificar las opiniones de los autores es considerar los límites de la *patria potestas*. Algunos sostienen derechamente su carácter ilimitado con diversos fundamentos. La posición clásica de Bonfante<sup>58</sup> identifica la *patria potestas* con la soberanía estatal, de manera que el poder del *pater* tendría la misma naturaleza que el de un soberano absoluto respecto a sus súbditos. No obstante su gran poder, este soberano no actuaría de manera despótica, sino más bien a través de órganos paralelos al Estado, mediante un tribunal familiar y siguiendo normas propias denominadas *mores familiares*.

Desde la interpretación política de la familia romana es que se construyó la tesis tradicional relativa al *ius vitae necisque*, que es compartida por gran cantidad de autores, incluso por aquellos que se declaran detractores de la visión bonfantina de la familia romana. En efecto, la tesis tradicional<sup>59</sup> sostiene que la prerrogativa paterna es una suerte de instancia jurisdiccional de corte familiar, donde el *pater*, actuando como juez frente a un consejo, decide la suerte del hijo que ha cometido alguna falta grave, ateniéndose a los *mores* específicos de la familia para su juicio.

modernamente, RABELLO, Alfredo, *Effetti personali della patria potestas* (Milano, Giuffrè, 1979), pp. 51 ss.; y FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), pp. 43 ss.

<sup>55</sup> Especialmente BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 91 ss.; y, más modernamente, CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *La struttura della proprietà* (Milano, 1969), pp. 61 ss.

<sup>56</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 7 ss.

<sup>57</sup> El primer paso en esta dirección es dado por VOLTERRA en su ya clásica *Ancora sulla manus e sul matrimonio*, en *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 1995), II, pp. 88 ss. donde señala que la *manus* y la *patria potestas* son cosas diferentes y que la mujer puede caer bajo la *patria potestas* del marido si realiza la *coemptio* con él. ISABELLA PIRO, *Riflessioni in tema di in manu filii esse*, en *Iura* 47 (1996), ha extremado esta posición negando todo contenido potestativo a la *manus*.

<sup>58</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 7 ss.; como también *La gens e la familia*, en *Scritti giuridici. Famiglia e successione* (Torino, Unione Tipografica, 1916).

<sup>59</sup> En este sentido, el trabajo fundamental es de DÜLL, Rudolf, *Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*, en *ZSS. rom. Abt.* 63 (1943), pp. 54 ss.

Esta posición fue ácidamente combatida por diferentes autores cuya crítica derivó en dos sentidos. Por un lado están aquellos que mantienen la naturaleza ilimitada de la *patria potestas*, pero niegan toda identificación de sus métodos con procedimientos estatales, sea combatiendo la existencia del tribunal doméstico o de los *mores familiares*<sup>60</sup>; por otro, se encuentran aquellos que sostienen que la *patria potestas* sería una institución de carácter menos despótico que el planteado por la tesis tradicional, donde existirían límites claros establecidos por la ciudad. Estos límites provendrían, según algunos de instituciones extrajurídicas<sup>61</sup>, mientras que otros mantienen su carácter propiamente jurídico<sup>62</sup>.

Este es, sin duda, el debate que atañe centralmente al presente capítulo. En él intentaremos analizar las diferentes facultades que envuelve la *patria potestas*, como asimismo los casos históricos en que alguna de estas facultades se ejercieron con la finalidad de determinar su carácter limitado o ilimitado y el tipo de límites a que eventualmente se encontraría sometida. De esta manera, en nuestro próximo artículo, que se centrará en la *manus* y su comparación con la *patria potestas*, las facultades del padre estarán suficientemente definidas como para compararlas con aquellas que detenta el marido sobre la mujer *in manu*.

A fin de llevar adelante nuestro estudio, intentaremos un análisis separado de cada una de las facultades que detenta el *paterfamilias* sobre la persona de sus hijos, a saber, el *ius vitae necisque*, el *ius vendendi* y el *ius noxae dandi*. Estos apartados estarán dotados de conclusiones parciales que tendrán por misión fijar nuestra opinión respecto a cada uno de estos derechos. Finalizaremos el capítulo con las conclusiones generales del mismo, donde entregaremos nuestra opinión sobre la naturaleza limitada o ilimitada de la *patria potestas*, así como también de los posibles paralelismos con el poder estatal que encontremos.

#### IV. LA “VITAE NECISQUE POTESTAS” DEL “PATERFAMILIAS”

##### 1. *Conceptos.*

La *vitae necisque potestas* es la máxima expresión de las facultades disciplinaarias que el *pater* tiene sobre sus hijos y constituye la manifestación última de los poderes absolutos que se le atribuyen en el ordenamiento jurídico romano. Si bien puede, en virtud de su poder correctivo, aplicar otras sanciones más leves que la muerte, desde la *modica castigatio* a la *abdicatio* o la *relegatio ruri*, es su capacidad de decidir sobre la existencia misma de sus hijos el elemento que otorga una particular ferocidad a la *patria potestas* romana.

Vida o muerte, perdón o suplicio, son las notas que dejan al *pater* en una

<sup>60</sup> En esta línea, VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, en *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 1995), II, pp. 243 ss.; EL MISMO, *Sui mores della familia romana*, en *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 1991), VII,

<sup>61</sup> Especialmente KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas*, en ZSS. rom Abt. 58 (1938), pp. 62 ss.; VOGLI, Pascuale, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, en *Iura* 31 (1980), pp. 420 ss.

<sup>62</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sull'evoluzione storica del 'ius vitae ac necis'*, en *Scritti giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), I, pp. 343 ss.; EL MISMO, *Vitae necisque potestas paterna e lex iulia de adulteriis coercendis*, en *Scritti giuridici*, cit. ibi. II, pp. 1489 ss.

posición sólo equiparable a la del más absoluto de los déspotas respecto a sus más bajos siervos<sup>63</sup> y es determinante en la concepción política de la familia que Bonfante sostiene<sup>64</sup>. En efecto, esta facultad era, en el mundo antiguo, propia de los amos respecto a sus esclavos<sup>65</sup>, mas sólo el pueblo romano la mantuvo también para el padre sobre su descendencia<sup>66</sup>.

Su existencia es bastante antigua y los romanos la ligaban a sus más antiguos recuerdos jurídicos bajo la forma de las semimíticas leyes regias<sup>67</sup>. Coll. 4, 8, 1: “*Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem [...]*”. El mismo principio se ve expresado en la fórmula utilizada para la *adrogatio*, cuando un *paterfamilias* dejaba de serlo para someterse a la *patria potestas* de otro. Cic., *De domo sua* 77, 10: “*tamen te esse interrogatum auctorne esses, ut in te P. Fonteius vitae necisque potestatem haberet, ut in filio*”. Gell. 5, 19, 9: “*Eius rogationis uerba haec sunt: ‘Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei uitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita uos, Quirites, rogo’*”.

De esta manera, cuando se adquiere la *patria potestas* sobre alguien, la *vitae necisque potestas* aparece como consustancial a ella, como su sinónimo. Quien es adrogado, por definición, queda bajo la *vitae necisque potestas* de su nuevo padre, como símbolo de su nueva posición de hijo.

Existe en la romanística una frecuente confusión en lo que a la *vitae necisque potestas* concierne, puesto que es bastante común verlo mezclado con el *ius necandi* o *ius occidendi*. Estos últimos constituyen un equivalente al moderno homicidio justificado y existen toda vez que una persona, por las circunstancias que rodean al hecho, se encuentra en una posición justa para matar a otro. La *vitae necisque potestas*, en cambio, es un poder para otorgar la vida o la muerte, no limitado a situaciones concretas preestablecidas, sino de aplicación general, como el que posee el tirano respecto a sus súbditos o el amo sobre sus esclavos. Gai 1, 52: “*In potestate itaque sunt serui dominorum. quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animaduertere possumus dominis in seruos uitae necisque potestatem esse, et quodcumque per seruuum acquiritur, id domino acquiritur*”. Cic., *De rep.* 3, 23: “*Sunt enim omnes, qui in populum vitae necisque potestatem habent, tyranni*”.

Esta analogía no significa adherir ni a la tesis política (que ve en el *pater* a un tirano) ni a la opinión propietarista (que ve en el hijo a un simple bien, como el esclavo) de la *patria potestas*, pues al igual que en toda analogía, dos cosas pueden tener elementos comunes que sirvan para explicarse mutuamente, mas no por eso han de tener igual naturaleza.

<sup>63</sup> De hecho, Cic., *De rep.* 3, 23, define la tiranía en estos mismos términos.

<sup>64</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 91 ss.

<sup>65</sup> Gai. 1, 52.

<sup>66</sup> No obstante, César señala que dicha facultad también existía entre los galos *Gal.* 1, 16, 6, 1 y 6, 19, 3, 2.

<sup>67</sup> Véase DIO HAL. 2, 26. Prudentemente WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables* (Princeton, Princeton University Press, 1975), p. 42, utilizando estos fragmentos reputa la existencia del *ius vitae necisque* hasta las XII Tablas.

El *ius necandi* u *occidendi* es, en cambio, una prerrogativa excepcional de la cual puede encontrarse dotado un individuo en razón de la situación fáctica concreta que le rodea. Encontramos un buen ejemplo de *ius occidendi* en el caso del ladrón nocturno sorprendido en el acto, pues aquí la ley de las XII Tablas expresamente otorga el *ius necandi*, es decir, reconoce como legítima la posibilidad de dar muerte al intruso, mas no por eso es posible pensar que el dueño de la casa tenga *vitae necisque potestas* sobre el ladrón. Gell. 20, 1, 7: “*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrum iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse conuictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in seruitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit*”. Cic., *Mil.* 9: “*Quod si xii tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus? Atqui, si tempus est ullum iure hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo iustum verum etiam necessarium, cum vi vis inlata defenditur*”.

Otro caso similar es el *ius occidendi* que la *lex Iulia* atribuye al padre y al marido de la mujer adúltera sobre el hombre con quien ella comete adulterio cuando es sorprendido en el acto, siempre que la situación se rodee de una serie de circunstancias que hacen legítimo el homicidio. No es que exista una *vitae necisque potestas* sobre quien participa en el adulterio de una mujer casada, sino que más bien en ciertos casos su homicidio se encuentra justificado.

La distinción tiene importancia, puesto que es frecuente encontrar en autores de la altura de Guarino<sup>68</sup> lamentables confusiones que oscurecen el auténtico significado de la institución.

La *vitae necisque potestas*, con su sabor inhumano, permanece como una de las instituciones más intrigantes del Derecho Romano y buena parte de las discusiones relativas al carácter limitado o ilimitado de la *patria potestas* se centran en él. En efecto, y como ya adelantamos un poco más arriba, podemos establecer cuatro teorías básicas que intentan explicarlo. La primera es la ya conocida tesis política de la familia<sup>69</sup> que, como hemos recalcado, concibe la *vitae necisque potestas* como una institución equivalente a la soberanía estatal. Su carácter sería absoluto, pero debe ejercerse mediante una instancia jurisdiccional específica (el juicio familiar ante el consejo de la familia) y por normas propias. La ciudad sería ajena a dicha instancia, puesto que carecería de facultades para inmiscuirse en los problemas particulares de cada unidad familiar en específico.

La tesis tradicional es sucesora de la teoría política, aunque limita el alcance de sus planteamientos al ámbito de la *vitae necisque potestas*. Dicha teoría entiende

---

<sup>68</sup> Por ejemplo, GUARINO, Antonio, *Intorno alle leges regiae, Romolo e l'adulterio*, en *Pagine di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1994), IV, pp. 54 ss., habla de la concesión que habría hecho Rómulo al marido del derecho de vida o muerte sobre la mujer *in manu* en caso de adulterio. Esto es equívoco, puesto que si el marido tiene el *ius vitae necisque*, lo detendrá sin límites de casos o situaciones, mas si le ha sido atribuida la facultad de matar en un caso excepcional, entonces no tendrá un poder de orden general como es el *ius vitae necisque*.

<sup>69</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 7 ss.

que la *vitae necisque potestas* encuentra un límite formal en el procedimiento jurisdiccional que debe adquirir el veredicto del *pater* y su consejo sobre la inocencia o culpabilidad del hijo<sup>70</sup>. Esta teoría es seguida incluso por quienes dudan de veracidad de la interpretación política de Bonfante, y es por eso que la exponemos como una segunda variante, diferenciada de la anterior.

La tercera manera de entender la *patria potestas* también está relacionada con la tesis política, puesto que la refuta aunque sólo en aquella parte que comparte con la teoría tradicional. El autor de la misma es Volterra<sup>71</sup>, que postula la naturaleza esencialmente ilimitada de la *vitae necisque potestas*, rechazando la existencia de barreras procedimentales para su ejercicio. De esta manera, será la existencia de los tribunales domésticos el elemento de la teoría tradicional que negará esta posición.

La cuarta teoría es aquella que refuta más fundamentalmente la visión política de la familia. De conformidad a ella, la *vitae necisque potestas* no constituye un poder equivalente a la soberanía ni mucho menos una potestad que pueda ejercerse al margen del control de la ciudad, sino que se encuadra dentro de las limitaciones y normas que la comunidad política impone a cada padre de familia. De acuerdo a esta posición, existen límites de carácter público que se interponen contra el ejercicio abusivo de la *patria potestas*, según algunos<sup>72</sup> de carácter consuetudinario y según otros<sup>73</sup> de naturaleza propiamente jurídica.

Hay otras teorías menores que incluso llegan a negar su existencia confundiendo con el *ius exponendi*<sup>74</sup>, imaginarlo como alternativa a la entrega noxal<sup>75</sup> o explicarlo como una institución necesaria en un contexto de hambruna para regular el aumento de población<sup>76</sup>. Tal vez la conclusión más cercana a la realidad sea la de Cantarella que lo postula más como un deber penoso que el derecho impone sobre el padre, antes que como una facultad<sup>77</sup>.

Nosotros, a fin de establecer nuestras propias conclusiones en la materia, toma-

<sup>70</sup> DÜLL, Rudolf, *Iudicium domesticum* (n. 59), pp. 56 ss.; KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium im Hausgericht*, en ZSS. rom. Abt. 83 (1966), pp. 219 ss.; RUGGIERO, Antonio, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, en *Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, 1984, Jovene), IV, pp. 1593 ss.; LONDRES DA NÓBREGA, Vandick, *A Restituição do dote no Direito Romano* (Rio de Janeiro, 1956), pp. 53 ss.

<sup>71</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunale domestico* (n. 60), pp. 243 ss.; EL MISMO, *Sui mores della familia romana*, ibidem, VII.

<sup>72</sup> KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 62 ss.; VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 420 ss.

<sup>73</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sul evol. stor.* (n. 62), pp. 343 ss.; EL MISMO 'Vitae necisque potestas paterna' e 'lex iulia de adulteriis coercendis', ibidem, II, pp. 1489 ss.

<sup>74</sup> Un esfuerzo notable en este sentido es el de HARRIS, William, *The Roman Father's Power of Life and Death*, en *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller* (Leiden, E. J. Brill, 1986), pp. 81 ss.

<sup>75</sup> Un erudito trabajo de VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 419 ss. Esta opinión fue ya antes de ser plasmada contundentemente refutada por VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunale domestico* (n. 60), pp. 146, ya que el ejercicio del *ius vitae necisque* lejos de exonerar de la entrega noxal obliga a dar el cuerpo del difunto hijo al ofendido.

<sup>76</sup> FRANCIOSI, Gennaro, *Familia e persone* (n. 3), pp. 55 ss.

<sup>77</sup> CANTARELLA, Eva, *Famiglia romana e demografia sociale*, en *Ivra* 43 (1992), pp. 104.

remos un camino largo y algo fatigoso, que consistirá en analizar todos los casos de que disponemos en que históricamente fue aplicada la *vitae necisque potestas* o que pueda sospecharse su utilización, antes de alcanzar una posición definitiva. Este estudio casuístico será esencial en nuestro trabajo, toda vez que pensamos que la mejor manera de determinar la validez de una teoría, es confrontarla con la práctica, lo que para nosotros es la experiencia histórica.

Una vez concluido tal estudio, intentaremos establecer la naturaleza limitada o ilimitada de la *vitae necisque potestas*, buscando sus raíces en el ambiente social prevalente en el transcurso de la época, en las tradiciones que tenemos respecto a primitivas limitaciones del mismo, examinando la tesis relativa al *iudicium domesticum* y la actividad de los distintos magistrados que actúan en el ámbito de la familia romana. Sólo entonces nos encontraremos en condiciones de definir el contenido de esta enigmática institución, estableciendo si es que su naturaleza es esencialmente ilimitada o no, y en caso de concluir que es una institución de orden limitado, pronunciarnos en el debate relativo a si sus límites son jurídicos o meramente consuetudinarios y qué órganos específicos son los encargados de llevar adelante tal misión. Todo esto será llevado a cabo en nuestras conclusiones parciales.

## 2. Casos históricos.

La *vitae necisque potestas* no fue frecuentemente ejercida por los padres sobre sus hijos varones. Todas las situaciones en que vemos a un padre ordenar la muerte de un hijo son tenidas como completamente excepcionales dentro de la Historia Romana.

Afortunadamente, contamos con buenos testimonios acerca de muchas de ellas gracias a Valerio Máximo, e incluso con versiones contrastantes para confrontarlas en la obra de Livio o del apologeta cristiano Orosio.

No nos ocuparemos en el presente acápite del homicidio de hijas casadas, puesto que en dichas situaciones se podría encontrar también envuelta la *manus*, elemento que distorsionaría nuestro análisis, por lo que dejaremos su examen para el siguiente artículo.

El orden utilizado será cronológico en cuanto sea posible, pues no siempre es sencillo datar la ocurrencia de los sucesos. Nos extenderemos en nuestro estudio un más allá del período histórico específico que deseamos abarcar, proyectándonos desde la Roma regia hasta inicios del Principado, pues muchos de los casos más llamativos y mejor documentados se encuentran en estas épocas.

a) La leyenda de Horacio y el *sororis vigillum*. El primer recuento histórico del *ius vitae necisque* nos lleva directamente a la época legendaria de Roma, durante el reinado de Tulo Hostilio, conquistador de Alba Longa.

Cuenta la leyenda, transmitida en numerosas fuentes<sup>78</sup>, que el destino de ambas ciudades, Alba y Roma, se decidió en combate singular entre los tres hijos de la familia Curacia (por Alba) y Horacia (por Roma). Después de una ardua lucha, el último de los horacios logró vencer a todos los curacios y regresó triunfante a

<sup>78</sup> DIO 3, 22; LIV. 1, 26; FEST. 297; VAL. MAX. 8, 1, 1; CIC. 2, 278, 8.

Roma. Lamentablemente, su hermana, que estaba prometida en matrimonio a uno de los curacios, lloró la muerte de éste. Horacio, cegado por la ira y el amor patrio, la asesina en el acto. No obstante que su padre le estima inocente, las autoridades de la ciudad lo juzgan culpable. Sin embargo, mediante la apelación al pueblo, habría sido finalmente absuelto. Como sacrificio expiatorio de la culpa se llevaron acabo por parte de la familia Horacia varios ritos de purificación, entre los que se encuentra el atravesar un madero colocado en la vía pública con la cabeza cubierta, llamado *sorori tigillum*.

Todo el episodio está teñido de un color mítico y es difícil sacar conclusiones definitivas de él.

En primer término tenemos el problema del cargo imputado a Horacio. Según Livio<sup>79</sup> el cargo es traición (*perduellio*<sup>80</sup>), mientras que Festo<sup>81</sup> señala que

<sup>79</sup> Liv. 1, 26, 2: *“ita exercitus inde domos abducti. princeps Horatius ibat, trigemina spolia prae se gerens; cui soror uirgo, quae desponsa uni ex Curiatis fuerat, obuia ante portam Capenam fuit, cognitoque super umeros fratris paludamento sponsi quod ipsa confecerat, soluit crines et flebiliter nomine sponsum mortuum appellat. mouet feroci iuueni animum comploratio sororis in uictoria sua tantoque gaudio publico. stricto itaque gladio simul uerbis increpans transfigit puellam. ‘abi hinc cum immaturo amore ad sponsum,’ inquit, ‘oblita fratrum mortuorum uiuique, oblita patriae. sic eat quaecumque Romana lugebit hostem.’ atrox uisum id facinus patribus plebique, sed recens meritum facio obstabat. tamen raptus in ius ad regem. rex ne ipse tam tristic ingratique ad uolguis iudicii ac secundum iudicium supplicii auctor esset, concilio populi aduocato ‘duumuiros’ inquit, ‘qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem facio.’ lex horrendi carminis erat: ‘duumuiro perduellionem iudicent; si a duumuiris prouocarit, prouocatione certato; si uincens, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; uerberato uel intra pomerium uel extra pomerium.’ haec lege duumuiro creati, qui se absoluerent non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum alter ex iis ‘Publi Horati, tibi perduellionem iudico’ inquit. ‘i, lictor, colliga manus.’ accesserat lictor iniciabatque laqueum. tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, ‘prouoco’ inquit. itaque prouocatione certatum ad populum est. moti homines sunt in eo iudicio maxime P. Horatio patre proclamante se filium iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animaduersurum fuisse. orabat deinde ne se quem paulo ante cum egregia stirpe conspexissent orbem liberis facerent. inter haec senex iuuenem amplexus, spolia Curiatorum fixa eo loco qui nunc Pila Horatia appellatur ostentans, ‘huncine’ aiebat, ‘quem modo decoratum ouantemque uictoria incedentem uidistis, Quirites, eum sub furca uinctum inter uerbera et cruciatus uidere potestis? quod uix Albanorum oculi tam deforme spectaculum ferre possent. i, lictor, colliga manus, quae paulo ante armatae imperium populo Romano pepererunt. i, caput obnube liberatoris urbis huius; arbore infelici suspende; uerbera uel intra pomerium, modo inter illa pila et pende; uerbera uel intra pomerium, modo inter illa pila et spolia hostium, uel extra pomerium, modo inter sepulcra Curiatorum; quo enim ducere hunc iuuenem potestis ubi non sua decora eum a tanta foeditate supplicii uindictent?’ non tulit populus nec patris lacrimas nec ipsius parem in omni periculo animum, absolueruntque admiratione magis uirtutis quam iure causae. itaque ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri ut filium expiaret pecunia publica. is quibusdam piacularibus sacrificiis factis quae deinde genti Horatae tradita sunt, transmissio per uiam tigillo, capite adoperto uelut sub iugum misit iuuenem. id hodie quoque publice semper refectum manet; sororium tigillum uocant. Horatae sepulcrum, quo loco corruerat icta, constructum est saxo quadrato”.*

<sup>80</sup> La razón del *perduellio* sería que habría dirigido armas destinadas a luchar con el enemigo contra un ciudadano romano, véase RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 34, nota 30.

<sup>81</sup> FESTUS, 297 ss.: *“Sororium tigillum appellatur hac de causa. ex conventionem Tulli Hostili regis et Metti Fufitii ducis Albanorum, Trigemini Horati et Cur<i>ati cum dimicassent, ut victores sequeretur imperium, et Horatius noster exsuperasset, victo<r>que domum reverteretur, obuia soror,*

sería parricidio. El asunto tiene importancia, puesto que en el primer caso nos encontraríamos ante una colisión entre los intereses de la familia y la ciudad, donde el juicio público sería el resultado de la contraposición de dichas pretensiones, mientras que si el juicio es por un parricidio cometido al interior de una familia, la ciudad estaría derechamente haciendo valer sus facultades en la esfera privada de la familia, y por tanto, dentro del ámbito de atribuciones que la teoría política le supone al *pater* como exclusiva.

Bauman<sup>82</sup> piensa que el cargo de parricidio sería propio de la versión más antigua, sin embargo no vemos razones de peso para aceptar sin más dicha opinión. Livio parece estar citando textualmente una ley en su relato, lo que le da credibilidad al recuento relativo a la *perduellio*, aunque no podemos afirmarlo con certeza.

En segundo lugar, otro aspecto dudoso del relato es determinar quién juzga a Horacio antes que él apele al pueblo. Según los recuentos de Festo y Livio se trataría de los *duumviri*, mientras que Valerio Máximo<sup>83</sup> señala que habría sido el mismo rey quien conoció de la causa. Verdaderamente el asunto resulta difícil, pues si bien se puede pensar que es un anacronismo la existencia de los *duumviri capitales* en una época tan temprana y que dichas materias deberían ser juzgadas por el rey, es también poco creíble que en una época tan arcaica halla existido la *provocatio ad populum* contra una sentencia regia. En definitiva, no se puede decidir en ningún sentido la cuestión.

Finalmente tenemos el problema del juicio paterno. Tanto Festo como Livio insisten en la irrelevancia de la absolución que el padre habría otorgado a su hijo. En efecto, Festo declara expresamente *quamquam a patre absolutus sceleris erat*, mientras que Livio hace comparecer al padre en la apelación popular del hijo proclamando *se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animaduersurum fuisse*.

Del contexto del relato, parece sugerirse que la absolución paterna habría tomado la forma de un juicio familiar. Aunque ningún autor menciona a un *consilium* que colabore con el padre, la voz “*iudicare*” que encontramos en el recuento liviano podría tomarse como referente al pretendido *iudicium domesticum*. No obstante, tal concepción debe ser matizada, puesto que podría perfectamente apuntar a la simple convicción del *pater* de la inocencia de su hijo.

---

*cognita morte sponsi, sui fratris manu occisi, aversata est eius osculum. Quo nomine Horatius interfecit eam: et quamquam a patre absolutus sceleris erat, accusatus tamen parricidi apud duumviros, damnatusque provocavit ad populum. Cuius iudicio victor, duo tigilla tertio superiecto, quae pater eius constituerat, velut sub iugum missus, subit, consecratisque ibi aris Iunoni Sororiae et Iano Curiatio, liberatus omni noxia sceleris est auguriis adprobantibus. Ex quo sororium id Ex quo sororium id tigillum est appellatum”.*

<sup>82</sup> BAUMAN, Richard A., *Family Law and Roman Politics*, en *Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, 1984, Jovene), III, pp. 1289.

<sup>83</sup> VAL MAX. 8, 1 (absol), 1: “*M. Horatius interfectae sororis crimine a Tullo rege damnatus ad populum provocato iudicio absolutus est. quorum alterum atrocitas necis movit, alterum causa flexit, quia in maturum uirginis amorem seuerè magis quam impie punitum existimabat. itaque forti punitione liberata fratris dextera tantum consanguineo quantum hostili cruore gloriae haurire potuit”.*

En cuanto a la absolución misma, es necesario señalar que lo que aparece en tela de juicio en la leyenda no es el derecho a castigar que tendría el padre, sino su facultad de perdonar al hijo, es decir, el *ius vitae* de la *patria potestas*<sup>84</sup>. Nos parece improbable que si el *pater* hubiese asesinado por sí mismo a su hija el hecho hubiese alcanzado tal revuelo. Esto nos lleva nuevamente a la cuestión de la tipificación del crimen cometido, puesto que, para que la autoridad pública haya tomado cartas en el asunto, es menester que dicho delito haya afectado de alguna manera a la comunidad entera, lo cual milita a favor de la tesis liviana del *perduellio* antes que la del parricidio.

Si el delito fuese un hecho interno de una familia, bastaría con la sola autoridad del padre para reestablecer el orden dentro de ella, pero en caso contrario, es menester hacer valer la responsabilidad familiar frente a la ciudad. Se refleja nuevamente esto en la pena expiatoria que se impuso, no al autor, sino más bien a la *gens Horacia* que fue la encargada de llevarlo a cabo, efectuando un rito de purificación en un lugar público y a la vista de toda la ciudad pasando bajo el *sororis tigillum*.

Finalmente debemos señalar que en la tradición de esta leyenda hay algo más que un hecho histórico expresado. Esta historia nos dice algo no sólo sobre el pasado legendario de Roma, sino que también nos indica algo acerca de la muy posterior época en que se escribió. De la lectura de los diferentes testimonios acerca del caso, parece claro que los historiadores que reciben la leyenda no creen que un homicidio al interior de una familia quede impune con la simple absolución paterna. Desde su punto de vista, debe haber un juicio público que determine la responsabilidad.

Así, podemos concluir en el presente episodio que, aparentemente, ya en la etapa Regia de la ciudad la *vitae potestas* se encontraba limitada para los delitos que afectasen a la comunidad, como en el caso de *perduellio*, mientras que para la etapa de escrituración de la leyenda (siglo I a. C., aunque seguramente proceda de fuentes más antiguas del siglo II a. C.) la *patria potestas* probablemente ya no incluía el *ius vitae* en absoluto.

b) El cónsul Bruto. En la mística ciudadana de Roma se encuentra fuertemente arraigada la creencia que el amor patrio es superior al amor filial. En este sentido, un ciudadano modelo debe preferir la grandeza de Roma y la veneración de sus leyes y costumbres antes que a su familia particular. Son numerosas las narraciones de episodios en que padres dan muerte a su propia descendencia en un acto de patriotismo.

Naturalmente, dentro de este contexto axiológico, será el fundador de la República quien dará el primer ejemplo de este tipo de conducta, resumiendo en sí mismo la figura del buen ciudadano por antonomasia. Haya o no existido realmente un personaje histórico llamado Bruto, lo importante es que a través de su mito se consagra y valida una conducta que a otras sociedades parecerá atroz.

El episodio se encuentra narrado en distintas obras, pero las versiones son siempre coincidentes.

<sup>84</sup> En este sentido, RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 33 ss.

Leemos en Liv. 2, 5, 5: "*direptis bonis regum damnati proditores sumptum-que supplicium, conspectus eo quod poenae capiendae ministerium patri de liberis consulatus imposuit, et qui spectator erat amouendus, eum ipsum fortuna exactorem supplicii dedit. stabant deligati ad palum nobilissimi iuuenes; sed a ceteris, uelut ab ignotis capitibus, consulis liberi omnium in se auerterant oculos, miserebatque non poenae magis homines quam sceleris quo poenam meriti essent: illos eo potissimum anno patriam liberatam, patrem liberatorem, consulatum ortum ex domo Iunia, patres, plebem, quidquid deorum hominumque Romanorum esset, induxisse in animum ut superbo quondam regi, tum infesto exsuli proderent. consules in sedem processere suam, missique lictores ad sumendum supplicium. nudatos uirgis caedunt securique feriunt, cum inter omne tempus pater uoltusque et os eius spectaculo esset, eminente animo patrio inter publicae poenae ministerium*".

Val. Max. 5, 8, 1 narra lo siguiente: "*L. Brutus, gloria par Romulo, quia ille urbem, hic libertatem Romanam condidit, filios suos dominationem Tarquini a se expulsam reducentes summum imperium obtinens comprehensos proque tribunali uirgis caesos et ad palum religatos securi percuti iussit. exiit patrem, ut consulem ageret, orbisque uiuere quam publicae uindictae deesse maluit*".

Virgil., *Aen.* 816 ss., por su lado dice: "*uis et Tarquinius reges animamque superbam/ ultoris Bruti, fascisque uidere receptos?/ consulis imperium hic primus saeuasque securis/ accipiet, natosque pater noua bella mouentis/ ad poenam pulchra pro libertate uocabit,/ infelix, utcumque ferent ea facta minores:/ uincet amor patriae laudumque immensa cupido*". En este caso, todos los autores nos señalan que Bruto actuó en su calidad de cónsul<sup>85</sup> para condenar a sus hijos, pues lo que recalca la leyenda es la superioridad ética de la comunidad por sobre el individuo. Los sentimientos personales deben dejarse de lado a la hora de asumir un cargo público (*exiit patrem, ut consulem ageret*).

Bonfante afirma que pudo igualmente condenar a los hijos como padre o como cónsul<sup>86</sup>, aunque debe destacarse que es difícil de aceptar que un simple cónsul tuviese facultades de condenar a muerte a un ciudadano dentro de la ciudad sin apelación, ni siquiera a principios de la República; por otro lado, bien podría replicarse que las posibilidades de los hijos de L. Bruto de salir absueltos en una *provocatio ad populum* serían insignificantes si su propio padre es quien los condena.

En fin, de la presente leyenda es muy poco lo que podemos sacar en limpio sobre el derecho de un padre para matar a sus hijos, pero mucho lo que se deduce de su deber de asesinarlos en determinadas circunstancias.

La patria sería moralmente anterior a la familia y la eliminación de quienes atentan contra ella es un deber ciudadano que pesa sobre los *patres* siendo necesario anteponerlo al amor filial. En fin, nuevamente la leyenda nos habla de la limitación en épocas muy antiguas del *ius vitae*, mas poco nos dice del *ius necis*.

c) Sp. Cassius y su aspiración al reino. La cuestión de Sp. Cassius

<sup>85</sup> Véanse VOICI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 422, HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 82; RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 118.

<sup>86</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 99.

conforma todavía parte del panorama semimítico de la historia romana. Presuntamente ocurrida en el siglo V a. C., corresponde a uno de los episodios que mayor atención ha suscitado entre la romanística. Spurius Cassius, cónsul tres veces y con dos triunfos a su haber, dio lugar a fuertes sospechas por parte de la aristocracia romana de aspirar a reestablecer la monarquía proclamándose rey. Esto se vio reforzado por su iniciativa de proponer leyes agrarias que distribuyesen de mejor manera los territorios conquistados por los romanos.

Finalmente, la respuesta de la aristocracia no se dejó esperar y terminó muerto, no obstante ser discutido desde la antigüedad misma si el autor de su homicidio fue el pueblo o su propio padre.

Debemos recordar que la historia es dudosa, y su similitud con el caso de Tiberio Graco en lo referente a las leyes agrarias la hace altamente sospechosa de haber sido reelaborada hacia finales del siglo II a. C., por lo que no pocos autores dudan de su historicidad<sup>87</sup>. Sin embargo, creemos que al margen de la existencia de Sp. Cassius mismo, pueden obtenerse importantes conclusiones de ella, sobre todo en lo referente a las facultades que tendría el *pater* para matar a sus hijos, no tanto en la época de la supuesta ocurrencia del hecho, sino en la era en que es escriturado el acontecimiento.

Las versiones son bastante disímiles entre sí, por lo que se nos perdonará que las transcribamos a fin de tratarlas con mayor exactitud.

Val. Max. 5, 8, 2: "*Huius aemulatus exemplum Cassius filium <suum Sp. Cassium>, qui tribunus pl. agrariam legem primus tulerat multisque aliis rebus populariter <actis> animos hominum amore sui deuinctos tenebat, postquam illam potestatem deposuit, adhibito propin- quorum et amicorum consilio adfectati regni crimine domi damnauit uerberibusque adfectum necari iussit ac peculium eius Cereri consecrauit*".

Val. Max. 6, 3, 1b: "*Par indignatio ciuitatis aduersus Sp. Cassium erupit, cui plus suspicio concupitae dominationis nocuit quam tres magnifici consulatus ac duo speciosissimi triumphu profuerunt: senatus enim populusque Romanus non contentus capitali eum supplicio adficere interempto domum superiecit, ut penatium quoque strage puniretur: in solo autem aedem Telluris fecit. itaque quod prius domicilium inpotentis uiri fuerat nunc religiosae seueritatis monumentum est*".

Cic., *De Rep.* 2, 49: "*Habetis igitur primum ortum tyranni; nam hoc nomen Graeci regis iniusti esse voluerunt; nostri quidem omnes reges vocitauerunt, qui soli in populos perpetuam potestatem haberent. Itaque et Spurius Cassius et M. Manlius et Spurius Maelius regnum occupare voluisse dicti sunt, et modo <Tib. Gracchus> [...]*".

Cic., *De Rep.* 2, 60: "*Quo in statu rei publicae Sp. Cassium de occupando regno molientem, summa apud populum gratia florentem, quaestor accusavit, eumque, ut audistis, cum pater in ea culpa esse conperisse se dixisset, cedente populo morte mactavit*".

<sup>87</sup> Al respecto, véanse RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 119; PAIS, Ettore, *Storia critica di Roma* (Roma, Loescher, 1913), I, pp. 737 ss; COSTA, Emilio, *Storia del Diritto Romano Privato* (Torino, 1925), pp. 78 ss.; MUNZER, *Sp. Cassius Vellinus*, en *PW.* 6, coll. 1749-1753, n. 91.

Plin. sen., *Hist. nat.* 34, 15: “*Transiit deinde ars vulgo ubique ad effigies deorum. Romae simulacrum ex aere factum Cereri primum reperio ex peculio Sp. Cassi, quem regnum adfectantem pater ipsius interemerit*”.

Plin. sen., *Hist. nat.* 30, 34. “*L. Piso prodidit M. Aemilio C. Popilio iterum cos. a censoribus P. Cornelio Scipione M. Popilio statuas circa forum eorum, qui magistratum gesserant, sublatas omn<e>s praeter eas, quae populi aut senatus sententia statuae essent, eam vero, quam apud aedem Telluris statuisset sibi Sp. Cassius, qui regnum adfectaverat, etiam conflata a censoribus*”.

Liv. 2, 41, 8: “*Uerginius dicere passurum se adsignari agros, dum ne cui nisi ciui Romano adsignentur: Cassius, quia in agraria largitione ambitiosus in socios eoque ciuibus uilior erat, ut alio munere sibi reconciliaret ciuium animos, iubere pro Siculo frumento pecuniam acceptam retribui populo. id uero haud secus quam praesentem mercedem regni aspernata plebes; adeo propter suspicionem insitam regni, uelut abundarent omnia, munera eius [in animis hominum] respuebantur. quem ubi primum magistratu abiit damnatum necatumque constat. sunt qui patrem auctorem eius supplicii ferant: eum cognita domi causa uerberasse ac necasse peculiumque filii Cereri consecrauisse; signum inde factum esse et inscriptum: ‘ex Cassia familia datum.’ inuenio apud quosdam, idque propius fidem est, a quaestoribus Caesone Fabio et L. Ualerio diem dictam perduellionis, damnatumque populi iudicio, dirutas publice aedes. ea est area ante Telluris aedem. ceterum siue illud domesticum siue publicum fuit iudicium, damnatur Seruio Cornelio Q. Fabio consulibus*”.

Como podemos apreciar la leyenda presentaba problemas a los mismos antiguos. Se ha sostenido modernamente que la versión de la condena por parte del padre sería, en principio, la más antigua y sobre ella se apoyarían los sostenedores de la existencia de un *iudicium domesticum*<sup>88</sup>. Volterra<sup>89</sup>, en cambio, califica esta versión de legendaria y sólo le atribuye fuerza a fin de negar la existencia de tal *iudicium*, señalando que el *pater* condena a Cassius por su *vitae necisque potestas* antes que por una jurisdicción paralela a la estatal que ejercería sobre su hijo.

Al respecto, Bauman<sup>90</sup> señala que del relato liviano parece deducirse una diferencia importante respecto a la calificación del delito. En efecto, cuando se refiere a la condena paterna no habla del crimen imputado, mientras que cuando la condena proviene del pueblo señala expresamente que el cargo sería el delito de *perduellio*.

Harris<sup>91</sup>, por su parte, expresa que a pesar de lo muy controvertido del caso, se puede concluir que el *ius vitae necisque* podía usarse para condenar a un individuo cuando fuese dudoso determinar si había cometido o no un delito de tal magnitud.

Rabello<sup>92</sup>, con bastante originalidad y apoyándose en la versión de Cicerón,

<sup>88</sup> En este sentido, CASTELLO, Carlo, *Studi sul diritto familiare* (Roma, L’Erma di Bretschneider, 1972), pp. 103 ss.; KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.; LONDRES DA NÓBREGA, Vandick, *A Restituição do dote* (n. 70), pp. 56 y hasta cierto punto VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 414 ss.

<sup>89</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 110 ss.

<sup>90</sup> BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1289 ss.

<sup>91</sup> HARRIS, William, *The Roman Father’s Power* (n. 74), pp. 89.

<sup>92</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), p. 119.

estima que habría sido condenado por el pueblo, pero la ejecución de la pena habría sido dejada al padre para reestablecer el honor de la familia.

Nosotros, para comenzar, diremos que el delito mismo imputado presenta dudas. Sólo Livio habla expresamente de *perduellio*, el cual, de conformidad a la leyenda de los Horacios antes tratada, requeriría un juicio público, al menos para el caso de no ser condenado por su propio padre, pues parece ser que en situaciones de tal magnitud el *pater* carecería del *ius vitae*. Es interesante acotar que tanto Livio como Cicerón imputan el conocimiento de la causa a los cuestores en lugar de los *duumviri*, que debían resultar competentes. De todos modos las versiones que se apoyan en el juicio público insisten en que luego el asunto habría sido conocido por el pueblo (¿en apelación?) y que habría sido condenado por orden de éste. Valerio Máximo, en una contradicción inexplicable, da en dos lugares de su libro versiones contradictorias de la historia, haciendo en el juicio público participar al senado y al pueblo en su condena y en la posterior consagración del terreno de su casa a Ceres como templo.

Las versiones relativas a la condena paterna son también contradictorias. Valerio Máximo lo hace condenar por el *consilium propinquorum et amicorum*, que ordenaría su muerte y consagración de su peculio a Ceres, rol que Plinio el viejo atribuye a su padre, lo mismo que Livio después de conocida la causa en casa (*cognita domi causa*), lo que ha llevado a la crítica a estimar ambas expresiones (*consilium propinquorum* y *cognita domi causa*) como equivalentes<sup>93</sup>, cuestión que someteremos a análisis en los casos siguientes.

Cicerón hace participar al padre en la condena pública junto al cuestor, lo que aporta aun mayor confusión en torno al incidente.

La prueba de la versión doméstica que Livio aporta sería la inscripción *ex Cassia familia datum* que constaría en la estatua de que nos habla también Plinio. Sin embargo, como señala Harris<sup>94</sup>, esto podría probar exactamente lo contrario. El pueblo podía perfectamente ordenar la consagración de un monumento expiatorio de una culpa para reestablecer la *pax deorum*, sea que absuelva al autor, como en el caso de Horacio y el *sororis tigillum*, o que lo condene. Por otro lado, hasta donde sabemos, para la consagración de estatuas fue entre los romanos necesaria la autorización de la autoridad pública, aunque en una época tan antigua tal vez una familia o una gens podría haberlo hecho por sí misma.

En nuestra opinión, existen dos niveles dentro de los cuales debemos movernos para intentar obtener alguna información útil en torno al incidente de Sp. Cassius. Por un lado, está el incidente, real o fantástico, sobre el cual se construyó la leyenda que habría ocurrido a comienzos del siglo V a. C. y por otro se encuentra la reelaboración y escrituración de la historia, que seguramente ocurrió en el curso del siglo II a. C. y que por consiguiente nos otorga información sobre lo que le parecería posible a un hombre de esa época antes que lo que realmente ocurrió hacia principios de la República.

<sup>93</sup> Véase KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.; CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 103 ss.; y DÜLL, Rudolf, *Iudicium Domesticum*, (n. 59), pp. 54 ss.

<sup>94</sup> HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 83.

Respecto al incidente original, parece ser que hubo algún tipo de intervención conjunta de la familia y del pueblo en la condena de Cassius, al igual que en la absolución de Horacio. Seguramente el crimen imputado, la *perduellio*, al afectar íntimamente la estabilidad de la República, negaba la posibilidad al *pater* de utilizar el *ius vitae* para absolver al hijo. Ante esto, el padre mismo pudo haber condenado al hijo una vez que los cuestores entrasen a conocer el asunto o tal vez pidió para sí la ejecución de la sentencia popular, como cree Rabello, a fin de mantener la posición de la familia.

En el segundo momento, esto es, cuando la leyenda fue escriturada, a la mayor parte de los autores les parecía tan normal que la condena hubiese provenido del padre como de la autoridad pública. Como hace notar Volterra<sup>95</sup>, esto descarta completamente para nuestra época la existencia de dos jurisdicciones paralelas que postula la teoría de Bonfante, una familiar y otra pública, que se excluyan mutuamente. La potestad paterna no previene sobre el conocimiento del poder público y tan válidamente puede condenar la una como la otra. Es más, parece ser que sólo puede absolver el pueblo, mientras que al *pater* únicamente se le deja la posibilidad de condenar previamente al juicio de la ciudad.

Sobre la forma judicial o no que debe adquirir la condena paterna no se puede concluir terminantemente nada. Mientras Valerio Máximo habla en una de sus versiones de un *consilium*, en el recuento de Livio aparece el padre actuando solo, aunque en una modalidad que recuerda a un juicio público (*cognita domi causa*). Plinio, por su parte, omite toda mención a algún procedimiento, aunque dicha omisión no prueba que no se haya llevado a cabo. Creemos que la cuestión del procedimiento se verá con mayor claridad en el estudio de los casos sucesivos, como también en el acápite correspondiente que dedicaremos al estudio del *iudicium domesticum* como posible límite a la *patria potestas*. Por el momento, al menos podemos decir que en dos versiones de la historia, ante una decisión muy importante como es el ejercicio de la *necis potestas*, los autores sintieron la necesidad de que la voluntad paterna se expresase de una manera cuasijudicial, sea a través de un acuerdo colectivo (*consilium*), sea conociendo el padre la causa (*cognita domi causa*). El ejercicio arbitrario y sin más de la *necis potestas* no sería aceptable.

d) Virginio y Appio Claudio el Decemviro. La leyenda de Virginio es un elemento importante de la imaginería nacional romana, pues en ella se mezcla la primera codificación jurídica, la rebelión de la plebe y la reinstauración del sistema republicano que los decemviros habrían intentado pervertir.

Las fuentes están contestes en los detalles más importantes del incidente<sup>96</sup>. Appio Claudio era el más influyente de los decemviros, quienes habían sido nombrados a fin de redactar la Ley de las XII Tablas, que se convertiría en el fundamento de todo el Derecho Romano.

El problema surgió porque Appio deseaba sexualmente a la joven plebeya Virginia. A fin de procurarse los favores de la muchacha, que, de más está decirlo, no consentía al asunto, le encarga a uno de sus clientes, un tal M. Claudio, que

<sup>95</sup>VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 110 ss.

<sup>96</sup> Las más importantes son LIV. 3, 44 ss.; CIC. *De rep.* 2, 63; *De fn.* 2, 66; VAL. MAX. 6.1.2.

la vindicara como esclava. Puesto que el juez de la causa sería el propio Appio, el resultado iba a ser evidentemente favorable a M. Claudio, quien luego le cedería graciosamente a la joven. Hasta aquí el plan de nuestro noble legislador era perfecto, pero no contaba con la determinación del centurión Virginio, padre de la muchacha, quien se encontraba a dos días de camino combatiendo por Roma.

Cuando M. Claudio vindica la esclavitud de la muchacha, para sorpresa general, Virginio, advertido de las maniobras de Appio, llega para encargarse de la defensa de su hija.

A pesar de los argumentos de Virginio, Appio, contra todo derecho, la declara esclava. Entonces, en uno de los mejores momentos del melodrama histórico romano, Virginio saca su espada y mata a su propia hija diciendo “Hija, te doy la libertad de la única forma que puedo”<sup>97</sup>. Todo concluye en una rebelión general contra los diez tiranos, la retirada de la plebe al Aventino y la final restauración de la República.

Aunque su historicidad es bastante dudosa, como muy bien señala Voci<sup>98</sup>, lo que importa no es la realidad del evento, sino las ideas morales que envuelve. La muerte de la joven parece plenamente justificada a los ojos de la opinión pública romana de todos los tiempos, a pesar que la muchacha es completamente inocente de cualquier cargo<sup>99</sup>. Esto supone una objeción fundamental a toda la visión que tenemos de la *patria potestas* y el *ius vitae necisque* como instancia jurisdiccional paralela a la estatal. Si el ejercicio de la *necis potestas* es una manifestación de la jurisdicción penal familiar<sup>100</sup>, por qué puede Virginio matar a su hija, que a todas luces es inocente. Ante la ausencia de culpa, tampoco puede existir ningún rastro de *iudicium domesticum* ni nada que se le parezca.

Evidentemente, para la sociedad romana el homicidio estaba justificado pues tenía una causa que habilitaba al *pater* a proceder en esta forma, la defensa del honor familiar y la libertad personal de la muchacha, pero evidentemente nada tiene que ver con una pretendida jurisdicción penal familiar.

Podemos concluir del incidente que el *ius vitae necis* no está necesariamente relacionado con alguna potestad jurisdiccional del *pater*. El *pater* podría, eventualmente, utilizarlo en este sentido, como en el caso de Sp. Cassius, para lo cual actuará de una manera cuasi judicial, sea conociendo la cuestión solo (*domi causa cognita*), sea convocando a un *consilium*; pero también podía ejercerlo cuando graves circunstancias lo ameritasen, sin que el hecho que lo ocasione tenga necesaria conexión con algún delito cometido. La *necis potestas* puede incluir un comportamiento semijudicial, pero evidentemente rebasa los límites de lo jurídico.

e) A. Postumio y Manlio Torquato. Los próximos dos casos serán tratados conjuntamente pues presentan tanta similitud entre sí, que los mismos

<sup>97</sup> LIV. 3, 48, 5.

<sup>98</sup> RABELLO, Alfredo M, *Effetti personali* (n. 54), pp. 415.

<sup>99</sup> Lo hacen notar VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 414 y ss, y HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 87.

<sup>100</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 7 ss. como también en *La gens e la familia*, en *Scritti giuridici, Famiglia e Successione* (Torino, Unione Tipografica, 1916); en la misma línea DE MARTINO, Francesco, *La gens, lo Stato e le classi* (n. 1), pp. 25 ss.

antiguos los trataron de igual modo. Son los incidentes de A. Postumio<sup>101</sup> (431 a. C.) y T. Manlio Torquato<sup>102</sup> (340 a. C.), correspondiendo el primero a una época en que la leyenda y la historia se confunden, mientras que el segundo accede a una etapa netamente histórica.

A. Postumio fue nombrado dictador a fin de combatir a los ecuos y volscos. Durante la batalla, su hijo abandona su puesto a fin de luchar con el enemigo contraviniendo las órdenes del dictador. Como consecuencia, una vez ganada la batalla el hijo es condenado a muerte por el padre y decapitado (presuntamente por los lictores).

Las fuentes dicen que Postumio actuó en su calidad de dictador<sup>103</sup> y no en la de padre, por lo que no ejercería el *ius vitae necisque* derivado de la *patria potestas*, sino más bien el *imperium* que tienen todos los dictadores. No existe, por consiguiente, rastro de un *iudicium domesticum*<sup>104</sup>.

Livio pone en duda su historicidad y señala que más bien corresponde tan terrible honor a Manlio. En cuanto a éste, siendo cónsul en la guerra contra los latinos, condena a muerte a su hijo también por haber abandonado filas en la batalla a fin de entablar combate singular con Demino Mecio. La orden de decapitamiento la ejecuta el lictor, lo que revela que actuó en su calidad de cónsul dotado de imperio. Las conclusiones que obtenemos son las mismas que en el caso de Postumio, pues ambos son perfectamente análogos.

Respecto al tono empleado por los comentaristas de la historia, podemos señalar que Livio es claramente contrario a una decisión que considera *tam saevi exempli*<sup>105</sup>. Valerio Máximo, en cambio, usa un tono laudatorio para dicha acción; en todo caso, a pesar de justificar el hecho, en otro lugar<sup>106</sup> nos señala que la juventud romana rechazó la actitud del cónsul y lo odió profundamente. Nos muestran estas impresiones contrastantes, y especialmente el rechazo de la juventud contra Manlio, que hacia el siglo IV a. C. ya no parece plenamente justificable el homicidio de un hijo ni aún a resguardo de la disciplina militar, por lo que suponemos que al menos su ejercicio arbitrario estaría limitado, por lo pronto socialmente, aunque por el momento no nos pronunciaremos sobre la existencia de limitaciones jurídicas.

f) L. Manlio y M. Pomponio. En el presente episodio no nos enfrenta-

<sup>101</sup> Véase LIV. 4, 29, 6; VAL. MAX. 2, 7, 6.

<sup>102</sup> El mismo LIV. 4, 2, 6 y 8, 7, 12 ss.; como también VAL. MAX. 2, 7, 6; 9, 3, 4; CIC., *De finibus* 1, 23; OROSIUS, *Adversus paganos* 3, 9.

<sup>103</sup> VAL. MAX. 2, 7, 6: "*Tu namque, Postumi, dictator A. Postumium, quem ad generis penetrantiumque sacrorum successionem propagandam genueras, cuius infantiae blandimenta sinu atque oculis foueras, quem puerum litteris, quem iuuenem armis instruxeras, sanctum, fortem, amantem tui pariter ac patriae, quia non tuo iussu, sed sua sponte <e> praesidio progressus hostis fuderat, uictorem securi feriri iussisti et ad hoc peragendum imperium paternae uocis ministerio sufficere ualuisti: nam oculos tuos certum scio clarissima in luce tenebris offusos ingens animi opus intueri nequiuisse*".

<sup>104</sup> En general el caso de Postumio es poco tratado por la crítica, pero puede encontrarse un buen estudio sobre el incidente en HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 85 ss.

<sup>105</sup> LIVIO 4, 2, 6.

<sup>106</sup> VAL. MAX. 9, 3, 4.

mos directamente con el ejercicio del *ius vitae necisque* de un *pater* sobre un hijo, sino con la aplicación arbitraria del poder disciplinario que supone el *ius vitae necisque*, como también al control que puede sufrir dicha potestad por parte de la ciudad.

Hacia el año 362 a. C. el entonces dictador L. Manlio Imperioso<sup>107</sup> fue acusado por el tribuno M. Pomponio para comparecer ante el pueblo por varios motivos, entre los que se contaban los malos tratos que inflingía a su hijo, a quien mantenía relegado en el campo tratándolo como a un esclavo. El hijo (Manlio también, que será conocido como Torquato más tarde), en un impulso de amor filial, amenaza al tribuno con una espada si no retira la acusación que pesa sobre su padre. El tribuno, asustado por la actitud de Manlio Torquato, retira la acusación y el hijo gana gran popularidad entre los romanos por su piedad filial.

El caso es objeto de amplio debate entre la crítica, pues sobre él buena parte de la doctrina ha fundado una concepción limitada de la *patria potestas*. De Fresquet<sup>108</sup> lo utiliza para sostener que sin la anuencia del tribunal doméstico el *pater* carecería del derecho de relegar al hijo en el campo, exponiéndose al control de los tribunos.

Bonfante<sup>109</sup> expresa que aunque sea acusado públicamente por los tribunos, el derecho de vida y muerte permanece fuera de la cuestión, ya que no serían límites propiamente jurídicos.

Voci<sup>110</sup> dice que para el caso de sustraerse a un ciudadano del servicio de la ciudad a través del ejercicio abusivo de la *patria potestas*, ésta entraría en conflicto con los intereses de la comunidad y por tanto sería tal acción perseguible por los tribunos.

Rabello<sup>111</sup> se limita a señalar que la opinión pública podía limitar el ejercicio efectivo de la *patria potestas*, no siendo inverosímil la intervención de un órgano estatal como los tribunos en situaciones extremas.

Finalmente, Voltterra<sup>112</sup> no acepta la limitación tribunicia de la *patria potestas*, pues demandaría aceptar una limitación análoga a los poderes de Manlio Imperioso como dictador.

Verdaderamente lo narrado no es fácil de tratar. Por una parte las conclusiones de De Fresquet no nos parecen confirmadas por los textos con que contamos. No se señala que se juzgue a Manlio por haber omitido las formalidades de un *iudicium domesticum*, pues en verdad nada se dice al respecto en ninguna de las versiones que se conservan de la historia, por lo que dicha inferencia no sería válida.

El verdadero conflicto que se expone en la narración liviana es la extensión de

<sup>107</sup> Curiosamente, Valerio Máximo lo llama Torquato, que es el sobrenombre que adquirirá su hijo con posterioridad. El incidente está contenido en LIV. 7, 3, 9 ss.; VAL MAX. 5, 4, 3.

<sup>108</sup> DE FRESQUET, Henri, *Du tribunal de famille chez les Romains*, en RHDF. 1 (1855), pp. 135 ss.

<sup>109</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 104 ss.

<sup>110</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 415.

<sup>111</sup> RABELLO, Alfredo M, *Effetti personali* (n. 54), pp. 122 ss.

<sup>112</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 142 ss.

los poderes del tribuno para citar en juicio a un dictador<sup>113</sup> en ejercicio por sus actos. El tribuno carecía de facultades para citar a juicio a Manlio en su calidad de dictador y tal vez justamente por eso recurrió a acusaciones respecto a su vida privada para citarlo como *pater* que abusa de su *patria potestas*.

Lleva razón Volterra en que de este episodio no podemos inferir que los dictadores en ejercicio puedan ser enjuiciados por los tribunos, aunque existe la probabilidad que ante la imposibilidad de juzgar a Manlio como dictador, haya decidido el tribuno juzgarlo como *pater*, cuestión que tal vez sí esté dentro de sus facultades. En todo caso, del análisis conjunto de este incidente con los siguientes que estudiaremos, llegaremos a una conclusión más segura y diferente a la de Volterra.

En la época en que la narración se desenvuelve, los poderes del tribuno se hallan en pleno desarrollo y aún no han encontrado límites precisos en su actuar. Si en definitiva no cuajó la tesis por la cual podían sobreponerse los tribunos a los poderes de un dictador en ejercicio, la pregunta relativa al control político que un tribuno puede ejercer sobre los hechos de un padre cuando estos causan escándalo a la comunidad quedó en el aire en este episodio en particular, principalmente por la actitud de la supuesta víctima, pero será respondida afirmativamente con el trascurso del tiempo.<sup>114</sup>

De todos modos parece deducirse de la narración que el clima moral de Roma hacia mediados del siglo IV a. C. exigía que las sanciones que un padre aplicase a sus hijos se encontrasen, de alguna manera, justificadas. Un ejercicio arbitrario del *ius vitae necisque* no sería aceptable por la sociedad. Si bien en este caso en concreto, la acusación es un ataque político que fue desvirtuado por la intervención del propio hijo víctima de la sanción, la existencia de un ambiente ético que repruebe tales abusos puede bien con el tiempo derivar en una normativa jurídica que los reprima.

g) Fabio Censorio. El caso de Fabio Censorio es difícil de analizar, sobre todo por la escasez de fuentes confiables que lo referan. Nuestra única información al respecto proviene del tardío apologeta cristiano Orosio (4, 13, 18) quien nos relata que Fabio Censorio (censor en 241 a. C. y dictador en el 216 a. C.) habría muerto a su hijo M. Fabio Buteón por el delito de hurto.

Voci<sup>115</sup> concluye de aquí que el ejercicio de la *necis potestas* sería una alternativa a la entrega noxal del hijo, liberando a la familia de la infamia de contar con un ladrón entre sus miembros. Tal opinión no resulta del todo convincente, puesto que la muerte del culpable no exonera a la familia de su responsabilidad, toda vez que debe entregar el cuerpo del hijo al ofendido<sup>116</sup>.

Harris<sup>117</sup>, por su parte, plantea la posibilidad que en esta narración los hechos

<sup>113</sup> En este sentido VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 143; COCCHIA, Enrico, *Il tribunato della plebe* (Napoli, 1917), pp. 365 ss.

<sup>114</sup> Véase más abajo el caso de Fabio Máximo.

<sup>115</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 419 ss.

<sup>116</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 146.

<sup>117</sup> HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 84.

reales hayan sido intencionalmente alterados, de conformidad a la intención del apologeta cristiano de denostar las costumbres paganas. Así, según el mismo Harris, sería posible que el padre castigase al hijo con un castigo inferior a la muerte<sup>118</sup>, pero que el hijo mismo agravó después con su suicidio.

Verdaderamente, no nos parece que sea necesario suponer una alteración en la historia. El caso de Fabio Censorio puede bien explicarse de conformidad con lo que hasta aquí hemos recopilado relativo a la *patria potestas*. Ciertamente M. Fabio Buteón era responsable de un delito grave y la opción de castigarlo con la muerte estaría dentro de los poderes del *pater*. Por otro lado, no encontraría tampoco una fuerte reprobación social al no ser arbitraria dicha orden, que se funda en hechos objetivos, por lo que no habría una desaprobación pública que justificase la eventual intervención del tribuno o del censor. Es lamentable que la escueta narración de Orosio no nos informe convenientemente acerca de si se siguió algún procedimiento especial, si intervino algún consejo o si el padre simplemente decidió por sí mismo, por lo que nada podemos señalar al respecto.

h) T. Manlio Torquato y D. Junio Silano. Al estudiar los casos en que la *vitae necisque potestas* es utilizada, llama la atención que las familias y los nombres se repitan, pues nuevamente nos encontramos con un Manlio Torquato (cónsul en el 165 a. C.) utilizando una fuerte severidad con su hijo, D. Silanus (pretor en el 141 a. C.).

La situación es la siguiente, T. Manlio ha dado a su hijo en adopción, como ya se puede adivinar por los diversos nombres de ambos. Con posterioridad a la pretura, Silano fue nombrado gobernador de la provincia de Macedonia, siendo acusado por sus habitantes por cargos de corrupción ante el Senado. No obstante encontrarse ya vigente la *lex Calpurnia de repetundum* para estas situaciones y, por tanto, deber ser conocido el asunto mediante una *quaestio extraordinaria* para exigir la devolución, Manlio obtuvo del Senado una autorización para conocer por sí mismo el incidente. Oídas las pruebas durante tres días, condenó a su hijo a ser apartado de su vista y de su familia (*abdicatio*). Como consecuencia previsible, Silano se ahorcó.

La historia nos llega referida a través de tres fuentes diversas:

Cic., *De finibus* 1, 24: “*quid? T. Torquatus, is qui consul cum Cn. Octavio fuit, cum illam severitatem in eo filio adhibuit, quem in adoptionem D. Silano emancipaverat, ut eum Macedonum legatis accusantibus, quod pecunias praetorem in provincia cepisse arguerent, causam apud se dicere iuberet reque ex utraque parte audita pronuntiaret eum non talem videri fuisse in imperio, quales eius maiores fuissent, et in conspectum suum venire vetuit, numquid tibi videtur de voluptatibus suis cogitavisse?*”.

Livius, *Epi. AUC* 54 [1 ex libro LIII]: “*cum Macedonum legati questum de D. Iunio Silano praetore venissent, quod acceptis pecuniis provinciam spoliasset, et senatus de querellis eorum vellet cognoscere, T. Manlius Torquatus, pater Silani, petit impetravitque, ut sibi cognitio mandaretur; et domi causa cognita filium condem-*

<sup>118</sup> Sería similar a la situación planteada en torno al caso de Silano, que analizaremos más adelante.

*navit abdicavitque. ac ne funeri quidem eius, cum suspendio vitam finisset, interfuit sedensque domi potestatem consultantibus ex instituto fecit*".

Val. Max. 5, 8, 3: "T. autem Manlius Torquatus, propter egregia multa raræ dignitatis, iuris quoque civiliis et sacrorum pontificalium peritissimus, in consimili facta ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit: nam cum ad senatum Macedonia de filio eius D. Silano, qui eam provinciam optinuerat, querellas per legatos detulisset, a patribus conscriptis petiit ne quid ante de ea re statuerent quam ipse Macedonum filiique sui causam inspexisset. summo deinde cum amplissimi ordinis tum etiam eorum, qui questum uenerant, consensu cognitione suscepta domi consedit solusque utrique parti per totum biduum uacavit ac tertio plenissime die diligentissimeque auditis testibus ita pronuntiauit: 'cum Silanum filium meum pecunias a sociis accepisse probatum mihi sit, et re publica eum et domo mea indignum iudico protinusque e conspectu meo abire iubeo'. tam tristi patris sententia percussus Silanus lucem ulterius intueri non sustinuit suspendioque se proxima nocte consumpsit. peregerat iam Torquatus seueri et religiosi iudicis partis, satis factum erat rei publicæ, habebat ultionem Macedonia, potuit tam uerecundo filii obitu patris inflecti rigor: at ille neque exequiis adulescentis interfuit et, cum maxime funus eius duceretur, consulere se uolentibus uacuas aures accommodauit: uidebat enim se in eo atrio consedisse, in quo imperiosi illius Torquati seueritate conspicua imago posita erat, prudentissimoque uiro succurrebat effigies maiorum [suorum] cum titulis suis idcirco in prima parte aedium poni solere, ut eorum uirtutes posterius non solum legerent, sed etiam imitarentur".

El presente caso ha despertado gran interés entre la crítica y ha sido profundamente analizado por diferentes autores<sup>119</sup> que deducen de él conclusiones bastante dispares.

Existen tres cuestiones fundamentales respecto al incidente: en primer término está el problema relativo a la autoridad de Manlio para juzgar a Silano, en segundo lugar, se encuentra la particularidad de haber juzgado Manlio a Silano sin el auxilio de un *consilium* y en tercer término se halla el conflicto de competencias entre la familia y la ciudad.

La mayor parte de la doctrina está conteste en indicar que en principio Manlio, por la adopción a que habría estado sujeto Silano y la consecuente pérdida de la *vitæ necisque potestas* por parte de Manlio, no tiene potestad alguna sobre él<sup>120</sup>.

<sup>119</sup>Al respecto podemos encontrar distintas interpretaciones del mismo en PÓLAY, Elemér, *Das regimen morum des Zensors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, pp. 285 ss.; DÜLL, Rudolf, *Iudicium domesticum* (n. 59), pp. 56 ss.; KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 62 ss.; RUGGIERO, Antonio, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, en *Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), IV, pp. 1596 ss.; BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1294 ss.; RUSSO RUGGERI, Carmela, *Ius occidendi e lex Iulia de adulteriis*, en *BIDR.* 31-32 (1989-1990), pp. 116 ss.; RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 125 ss.; HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 84; LONDRES DA NÓBREGA, Vandick, *A Restituição do dote* (n. 70), pp. 58 ss.; VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 416 ss.; VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 116 ss.

<sup>120</sup>En este sentido, DÜLL, Rudolf, *Iudicium domesticum* (n. 59), pp. 62 ss.; VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 416 y ss.; BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1294 ss.

A consecuencia de carecer el padre natural de la *patria potestas*, Manlio habría juzgado a Silano solamente por expresa delegación del Senado, lo que Volterra utiliza para demostrar la inexistencia del *iudicium domesticum*, pues no habría ninguna jurisdicción paralela de la familia sobre aquella estatal<sup>121</sup>.

Düll y Voci señalan que este no sería un verdadero caso de *iudicium domesticum*, tanto por la ausencia de potestad del *pater*, como por el hecho de haber juzgado la situación sin el auxilio de un *consilium*.

Costa<sup>122</sup>, por su parte, cree que la decisión del *pater* constituiría un antejuicio previo al pronunciamiento del Senado e independiente de él.

Bauman estima que el episodio revelaría un alejamiento por parte del Senado de los estrictos vínculos agnaticios para ejercer el *iudicium domesticum* a favor de los vínculos de sangre. En la cuestión de la superposición de las jurisdicciones, indica que no habría conflicto toda vez que el Senado habría delegado expresamente la competencia en el *pater*, mientras que en lo relativo a la ausencia de *consilium*, plantea una ingeniosa solución apuntando que realmente el Senado habría delegado la facultad de juzgar a Silano sólo en Manlio, por lo que no tendría cabida el pronunciamiento conjunto con los *propinqui*.

Recientemente una parte de la doctrina ha sostenido también la supervivencia de alguna parte de la *patria potestas* después de la adopción, fundándose esencialmente en la facultad de matar a la hija sorprendida en adulterio por el padre con cuya autoridad se ha cedido la *manus* sobre ella que establece la *lex Iulia de adulteriis coercendis*<sup>123</sup>.

Comenzaremos nuestro análisis por el problema de las facultades que habría tenido Manlio para juzgar a Silano. De partida creemos que por la adopción, al transferirse la *patria potestas*, termina la *vitae necisque potestas* del padre natural. Plantear la subsistencia de alguna parte del mismo se contradice con todo lo que sabemos de la familia romana y su funcionamiento interno. ¿Qué sucedería si un padre quiere castigar al hijo y el otro absolverlo? ¿Y si un padre adoptivo compromete al hijo en matrimonio con una mujer y el natural otro con otra? ¿Y si uno de ellos quiere que se divorcie de su actual mujer mientras que el otro pretende que persista en el matrimonio? ¿Podría uno de ellos asignarle un peculio y el otro retirárselo? ¿Los actos del hijo a quién beneficiarían? ¿Existiría algún tipo de veto entre ambos padres? Las dificultades son demasiado numerosas y sería muy extraño que hubiese existido tal supervivencia sin que hubiese quedado constancia en toda la literatura romana de algún indicio para confirmar esta sospecha<sup>124</sup>. Pensar en la supervivencia de “una parte” de la *patria potestas* implica determinar qué porción de ella es la que se mantendría vigente y cuál desaparece.

<sup>121</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 116 ss.

<sup>122</sup> COSTA, Emilio, *Cicerone giureconsulto* (Bologna, 1927), I, pp. 65.

<sup>123</sup> RUSSO RUGGERI, Carmela, *Ius occidendi e lex Iulia de adulteriis*, en *BIDR.* 31-32, (1989-1990), pp. 116 ss.; y, hasta cierto punto, RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 125 ss.

<sup>124</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 123, cree encontrar rastros de este conflicto en la comedia *Adelfos* de Terencio. Nosotros creemos que tal comedia pone de relieve aspectos completamente distintos respecto a la *patria potestas*.

Por otra parte, en general, cuando dos personas detentan una misma potestad, como es el caso de los cónsules o los socios de una sociedad, se le asigna a cada uno de ellos un poder de veto sobre los actos del otro, institución que no existe en absoluto respecto a la *patria potestas*.

El que se haya otorgado al padre natural el derecho de juzgar al hijo dado en adopción en este asunto en particular, se debe a la expresa delegación del Senado. Tal designación encuentra su explicación en factores distintos a la *patria potestas*. En primer término, aunque Silano haya sido dado en adopción, es un hecho conocido por la sociedad de la época su procedencia de la familia Manlia. Puede recordarse la historia de Escipión Emiliano, popular por su pertenencia cruzada a dos de las más importantes familias patricias, cuestión que acrecentaba su fama. Socialmente se tiene en cuenta el prestigio de su padre natural, especialmente en lo relativo a su carrera política, aunque jurídicamente los lazos con éste hayan desaparecido.

Un hecho que ensombrezca la vida pública de Silano afecta, por tanto, no sólo a su familia actual, sino también empaña a la reputación de la familia Manlia donde se crió, salvo que dicho hecho se expurgue convenientemente de ella, lo que explicaría el interés de T. Manlio de juzgar por sí mismo la cuestión.

La reputación tanto de T. Manlio Torquato en particular, como de la familia Manlia en general es de gran severidad. T. Manlio era conocido por su pericia en el derecho y por su pertenencia al colegio de Pontífices, por lo que la rectitud de su juicio estaba fuera de duda. Además, la familia Manlia contaba con varios sangrientos ejemplos de haber preferido la patria por sobre el amor filial, como lo atestiguan los casos antes analizados.

En definitiva, encargar la cuestión a Manlio equivale a poner a prueba a la familia completa, colocando al hombre más perito en derecho de su época en la difícil posición de demostrar si su familia ha perdido el antiguo amor patrio que siempre la ha caracterizado. En definitiva, podía esperarse mayor rigor de Manlio para con Silano que de la *quaestio repetundae*, pues esta última sólo podría haberlo obligado a devolver el dinero malamente obtenido, mientras que Manlio debía mostrar la integridad de toda la familia ordenando una sentencia equivalente a la muerte.

La superposición de jurisdicciones se explica fácilmente desde este punto de vista. Manlio carecía de poderes para juzgar. Sólo mediante la delegación expresa del Senado solicitada por él mismo es que llegó a conocer del asunto, pero su función se parece más a la de un verdugo que a la de un juez, ya que por el historial de la familia, resulta evidente que otorgarle competencia era condenar a muerte a Silano.

En cuanto al procedimiento mismo, Manlio se comporta de una manera cuasijudicial. A diferencia de los casos anteriores, en que existen testimonios cruzados que hablan de un *consilium* o del *pater* actuando por sí mismo *cognita domi causa* (lo que ha llevado a muchos autores a creer que dichas expresiones son equivalentes<sup>125</sup>), aquí queda claro que Manlio actúa solo. Livio describe su conducta

<sup>125</sup> Véase KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.; CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 103 ss.; DÜLL, Rudolf, *Iudicium Domesticum* (n. 59), pp. 54 ss.

de juez único que escucha las opiniones y pruebas de las partes como *causa domi cognita*, mientras que Valerio Máximo nos da la descripción del procedimiento. En otras palabras, contra la opinión de Kunkel, el caso prueba que un *pater* puede comportarse de manera cuasijudicial sin convocar a un *consilium*.

Posiblemente, puesto que la opinión pública puede revisar su proceder, se espera que un *pater* prudente se comporte casi como un juez al ejercer su *vitae necisque potestas* y para ello la convocación de un *consilium* puede ser útil, aunque no imprescindible. Un *consilium* da imparcialidad, pero la buena reputación del padre y su amplio conocimiento del derecho, como en este caso, también.

Parece ser que muchos de los elementos que van implícitos en la concepción bonfantina de una jurisdicción familiar paralela a la estatal, donde el padre se sienta a juzgar acompañado de su consejo, deben ser revisados. Lo que creemos saber del *iudicium domesticum* debe ser actualizado y su función se aclarará en el momento oportuno, una vez terminado el análisis de los casos.

i) Pontio Aufidiano. El presente caso es indatable<sup>126</sup>, no obstante lo situamos en este lugar preciso por figurar en la exposición de Valerio Máximo antes del caso Fabio Máximo que trataremos en el acápite siguiente. Sólo podemos decir muy imprecisamente que se ubicaría en la época Republicana, aunque sospechamos, por la ausencia de todo elemento fantástico y legendario en el relato, así como por la presencia de un pedagogo esclavo, que debió ocurrir, lo más temprano, a principios del siglo II a. C.

El incidente es como sigue, Poncio Aufidiano, caballero romano, tenía un pedagogo encargado de la educación de sus hijos. Este gentil maestro hizo de alcahuete para facilitar los amores de su hija con un tal Fanio Saturnio. Al enterarse de ello Poncio mató tanto al esclavo como a su hija.

Val. Max. 6, 1, 3: “*Nec alio robore animi praeditus fuit Pontius Aufidianus eques Romanus, qui, postquam conperit filiae suae uirginitatem a paedagogo proditam Fannio Saturnino, non contentus sceleratum seruuum adfessisse supplicio etiam ipsam puellam necauit. ita ne turpes eius nuptias celebraret, acerbis exequias duxit*”.

Todo el episodio es algo oscuro, especialmente por la expresión *filiae suae uirginitatem a paedagogo proditam Fannio Saturnino* que utiliza Valerio Máximo. No queda claro si el nombre del pedagogo es Fanio Saturnio<sup>127</sup> y se habría aprovechado él mismo de la joven, o es un tercero a quien se la entrega. Tampoco resulta del todo prístino el uso de la voz *proditam*, ya que puede interpretarse tanto en el sentido que se apoderó el esclavo o el tercero por la fuerza de la muchacha, como sostiene Harris<sup>128</sup>, o tal vez que la traición a que alude *proditam* es cometida contra el padre de ella, en cuyo caso ella habría participado activamente.

Si es que la muchacha fue violada, entonces nos encontraríamos ante una situación muy similar a la de Virginia, en que el *pater* utiliza legítimamente el *ius necis* sin darle un contenido jurisdiccional a su acción; ahora, si accedió voluntariamente a los amores, estaríamos ante un caso en que se aplica la *necis potestas* como sanción sin recurrir a nada que nos recuerde el pretendido *iudicium*

<sup>126</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 416.

<sup>127</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 416.

<sup>128</sup> HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 87.

*domesticum*, pues no existe ningún tipo de *consilium* envuelto ni se señala que el *pater* esté procediendo *domi causa cognita*, ni nada por el estilo.

En ambas alternativas, las tesis tradicionales relativas al rol del *vitae necisque potestas* quedan desvirtuadas.

j) Quinto Fabio Máximo. El caso que tratamos en el presente apartado es de gran importancia y ha merecido amplio tratamiento por la crítica. Se refiere a la muerte ordenada por Quinto Fabio sobre su hijo al ser “dudosa su castidad”. Ante este homicidio, el padre es citado por el tribuno de la plebe y condenado al exilio. La cuestión está tratada en diferentes autores que exponemos a continuación:

Val. Max. 6, 1, 5 “*Q. uero Fabius Maximus Servilianus honoribus, quos splendidissime gesserat, censurae grauitate consummatis exegit poenas a filio dubiae castitatis et punito pependit uoluntario secessu conspectum patriae uitando*”.

Quintiliano, *Decl. Mai.* 3, 17: “*quid de Fabio Eburno loquar, qui filium impudicum cognita domi causa necavit? iamiam, commilito, quicumque casus manet, etiam si te imperator damnaturus est, habes solacium: satius est quam a patre occidi*”.

Orosius, *Adv.* p. 5.16 “*isdem temporibus Q. F. Maximus filium suum adulescentem rus relegatum cum duobus servis parricidii ministris interfecit; ipsosque servos in pretium sceleris manumisit; die dicta Cn Pompeio accusante damnatus est*”.

El caso es interesante y sumamente controvertido. Rabello<sup>129</sup> duda que la cita de Orosio sea una ampliación del suceso relatado por Valerio Máximo. Harris, sin embargo, demuestra que los tres episodios coinciden<sup>130</sup>.

Al respecto, siguiendo a Harris, podemos señalar que el nombre del protagonista del suceso contado por Quintiliano es Fabio Eburno, mientras que Valerio Máximo lo llama Serviliano, quien habría sido censor. Sin embargo, no se registra ningún censor con el nombre de Fabio Máximo Serviliano en el período en que el hecho habría ocurrido, mientras que un Fabio Máximo Eburno fue censor en el 108 a. C. El padre de Eburno tenía por nombre Fabio Máximo Serviliano, por lo que se trataría de una confusión de Valerio Máximo entre los nombres del padre y del hijo, cuestión, por otro lado, bastante común en dicho autor y similar a la que se conserva entre Manlio Imperioso y Torquato<sup>131</sup>.

En cuanto a la versión de Orosio, ahí se habla de un Q. F. Máximo que habría muerto a su hijo en una época claramente fijada (*isdem temporibus*) entre el 104 y el 102 a. C., siendo el único candidato posible para tan dudoso honor el mismo Fabio Máximo Eburno. Por lo demás, sabemos que un Q. Fabio caído en desgracia (*in calamitate*) se exilió en Nuceria a través del testimonio de Cicerón<sup>132</sup>, lo que correspondería al exilio “voluntario” de Valerio Máximo y que más bien sería una pena impuesta o una alternativa a dicha condena, de conformidad a Orosio.

El hecho más importante que se desprende de la narración y que cabe destacar es que el incidente acredita que hacia finales del siglo II a. C., la *patria potestas*

<sup>129</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 123.

<sup>130</sup> HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 84 ss.

<sup>131</sup> Véase la nota 108.

<sup>132</sup> CIC., *Pro Balb.* 28 “*Neque solum dicatione, quod in calamitate clarissimis viris Q. Maximo, C. Laenati, Q. Philippo Nuceriae, C. Catoni Tarracone, Q. Caepioni, P. Rutilio Zmyrnae vidimus accidisse*”.

no puede ser ejercida arbitrariamente. No parece aceptable que un *pater* condene sin más a muerte a su hijo. Albanese<sup>133</sup> califica la situación expresamente como un límite jurídico y ya no sólo social, como Kaser<sup>134</sup>, al ejercicio abusivo del *ius vitae necisque*.

El problema para calificar de meramente social o jurídico el límite impuesto a la *patria potestas* radica en que Cn. Pompeio, el acusador de Fabio Máximo, es un tribuno de la plebe. Como tal, su actuación no es netamente jurídica, sino política. Puede haber basado su acusación en la infracción de una norma preestablecida relativa a la *patria potestas*, pero no estamos en condiciones todavía de determinarlo con certeza, por lo que dejaremos este debate para más adelante.

De todas maneras, un elemento importante que puede concluirse del presente caso es que, contra lo que opina Volterra<sup>135</sup>, el ejercicio de la *patria potestas* puede ser controlado por los tribunos de la plebe, conclusión que hacemos extensiva al caso de Manlio Imperioso. Si en la época de Manlio un *pater* podía ser acusado por los malos tratos que propinaba a su hijo, en la época de Fabio Máximo es condenado.

Respecto al análisis del fundamento de la sanción que recibe Q. Fabio Máximo, las opiniones son bastante variadas. Existen básicamente dos posibilidades, ora el *pater* no convocó al tribunal doméstico o excedió la condena establecida por éste, ora la ofensa no era considerada como suficiente para matar a un hijo.

De Fresquet<sup>136</sup>, seguido por Y. Thomas<sup>137</sup>, señala que el *pater* habría sido condenado por no utilizar el *iudicium domesticum* o excederse de las penas por él impuestas, apreciación que con justicia juzga Volterra<sup>138</sup> como una petición de principio, puesto que da por demostrada la hipótesis que se quiere probar, es decir, que la omisión del *iudicium domesticum* o el no ceñirse estrictamente a las sanciones por él impuestas acarrea responsabilidades para el *pater*.

Es más, en el recuento de Quintiliano, que De Fresquet no tiene presente en su análisis, el *pater* sí habría *cognita domi causa*, expresión que la romanística moderna identifica con el actuar del *iudicium domesticum*<sup>139</sup>. A pesar de haberse comportado el *pater* de una manera cuasi judicial, igualmente habría sido condenado con posterioridad.

La expresión *cognita domi causa* usada por Quintiliano y Livio, en el ya analizado caso de Sp. Cassius, siempre se ha sostenido como equivalente a *iudicium domesticum*; y si el padre puede ser condenado a pesar de actuar ciñéndose a dicho procedimiento, es porque el *iudicium domesticum* no excluye en absoluto la competencia estatal en la materia.

Esta conclusión invalida gran parte de lo que la doctrina cree conocer sobre

<sup>133</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sul evol. stor.* (n. 62), pp. 360 ss.

<sup>134</sup> KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 62 ss.

<sup>135</sup> En este sentido VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 143.

<sup>136</sup> DE FRESQUET, Henri, *Du tribunal de famille chez les Romains*, en *RHDF*. 1 (1855), pp. 135 ss.

<sup>137</sup> THOMAS, Y., *Parricidium*, en *MEFRA*. 93 (1981), pp. 663.

<sup>138</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 140.

<sup>139</sup> Véase KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.; CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 103 ss.; DÜLL, Rudolf, *Iudicium Domesticum* (n. 59), pp. 54 ss.

el particular, puesto que todos los sostenedores de la existencia de una instancia jurisdiccional familiar se fundan en el empleo de esta fórmula para identificar los casos en que se habría utilizado tal procedimiento. Evidentemente los autores antiguos se referían a *algo* cuando decían que el *pater* había *cognita domi causa* previa convocatoria de su *consilium*. Ese *algo*, modernamente denominado *iudicium domesticum*, debe cumplir *alguna* función en la vida familiar romana, pero tal vez dicha función sea diferente a lo que la doctrina estima.

Contra la opinión de buena parte de la doctrina podemos decir que el *iudicium domesticum* no es una competencia familiar análoga a la jurisdicción estatal, pues no produce cosa juzgada respecto a la instancia pública y no exculpa al *pater* de los abusos cometidos en el ejercicio de su *patria potestas*. Claramente, la razón de que se haya sancionado a Fabio Máximo por matar a su hijo debe buscarse en la insuficiencia de los motivos que dieron lugar al homicidio, sea esta injustificación producto de una norma jurídica o de un sentir social que se tradujo en una condena política.

k) El liberto P. Atilio Filisco y su hija. Nuevamente nos encontramos con un caso sin datación posible. Si lo ubicamos en este lugar preciso, es simplemente porque nuestra única fuente, Valerio Máximo, lo relata a continuación de la historia de Fabio.

La cuestión es bastante curiosa, P. Atilio Filisco fue un esclavo que se ganó su libertad a través de la prostitución. Una vez libre, formó una familia y tuvo una hija; a pesar de su pasado escandaloso, cuando su hija tuvo lo que las novelas del siglo XIX calificarían como un desliz, no vaciló en matarla.

Val. Max. 6, 1, 6: “*Dicerem censorium uirum nimis atrocem extitisse, nisi P. Atilium Philiscum in pueritia corpore quaestum a domino facere coactum tam seuerum postea patrem cernerem: filiam enim suam, quia stupri se crimine coinquinauerat, interemit. quam sanctam igitur in ciuitate nostra pudicitiam fuisse existimare debemus, in qua etiam institores libidinis tam seueros eius uindices euasisse animaduertimus?*”.

La verdad es que no es mucho lo que podemos concluir del presente episodio. No sabemos si Filisco la descubrió en el acto o si se enteró del hecho con posterioridad. En todo caso, no parece mencionado ningún tipo de *consilium* o cualquier otro elemento que nos induzca a creer que se comportó de una manera que imitara a la jurisdicción estatal. Aparte de esto, nada más podemos decir.

l) M. Escauro y su hijo Emilio. M. Escauro, personaje consular y de gran reputación en la Roma de finales del siglo II a. C., también ejerció el *ius vitae necisque* sobre su hijo Emilio Escauro casi coetáneamente a Q. Fabio. Emilio había partido a la guerra contra los cimbras bajo las órdenes del cónsul Cátulo. Cuando el cónsul fue derrotado y las tropas huyeron, se enteró el viejo Escauro que su hijo era uno de los desertores que regresaban a la patria sanos y salvos (102 a. C.). La orden del viejo patriota para su hijo fue terrible, mandándole que se apartase de su vista, puesto que su sola presencia le deshonoraba. El muy predecible resultado fue el suicidio del hijo. La exposición de los hechos que hacen las fuentes es como sigue:

Lucius Ampelius Mem. 19, 10: “*Scaurus qui vetuit filium in conspectum suum venire, quia bello Cimbrico deseruerat*”.

Sextus Iulius Frontinus Str. 4, 1, 13: “*M. Scaurus filium, quod in saltu Triden-*

*tino loco hostibus cesserat, in conspectum suum venire vetuit: adolescens verecundia ignominiae pressus mortem sibi conscivit”.*

Val. Max. 5, 8, 4: “*M. uero Scaurus, lumen ac decus patriae, cum apud Athesim flumen impetu Cimbrorum Romani equites pulsi deserto <consule> Catulo urbem pauidi repeterent, consternationis eorum participi filio suo misit qui diceret libentius se in acie eius interfecti ossibus occurrurum quam ipsum tam deformis fugae reum uisurum: itaque, si quid modo reliquum in pectore uerecundiae superesset, conspectum degenerati patris uitaturum: recordatione enim iuuentae suae qualis M. Scauro aut habendus aut spernendus filius esset admonebatur. quo nuntio accepto iuuenis coactus est fortius aduersus semet ipsum gladio uti quam aduersus hostes usus fuerat”.*

Como observa Harris<sup>140</sup>, al igual que en el caso de Silano, aquí nuevamente el *pater* no mata directamente a su hijo, aunque pronuncia una condena tan grave que a todas luces deja al inculpado, por sus consecuencias sociales, psicológicas y económicas, con la sola opción de quitarse la vida<sup>141</sup>.

Curiosamente este episodio ha sido muy escasamente tratado por la doctrina, pero creemos que podemos sacar algunas conclusiones interesantes de él, sobre todo si tenemos en consideración lo señalado para el caso de Q. Fabio. En efecto, ambos casos ocurren casi al mismo tiempo y con resultados tan diversos que uno parece la contracara del otro.

Primeramente llama la atención la total ausencia de un procedimiento cuasijudicial por parte de Escauro para condenar a Emilio. En ninguna de las versiones que conservamos del hecho existe una reunión de un *consilium*, o se utiliza alguna fórmula que recuerde a la expresión “*domi causa cognita*”. El padre se limita a repudiar de su presencia a Emilio y la opinión pública no se muestra hostil; no recibe ningún tipo de sanción de parte del censor, de los tribunos ni de nadie. En cambio, Q. Fabio, hombre no menos importante que Escauro, después de haber conducido de manera cuasijudicial un procedimiento contra su hijo, es acusado por los tribunos y termina en el exilio. La diferencia no puede ser solamente la sanción que aplican uno y otro, pues de la condena de Escauro resultaba tan inevitablemente la muerte de Emilio como si lo hubiese asesinado él mismo.

Desde nuestro punto de vista, la diferencia sólo puede apuntar a la culpa de uno y otro hijo. Mientras que Escauro se encuentra apoyado por numerosos ejemplos de aplicación del *ius necis* por desobediencia en campañas militares (aunque en los casos de Postumio y Manlio Torquato ellos operaban como magistrados antes que como padres), Q. Fabio condena a su hijo por un cargo oscuro que las fuentes llaman dudosa castidad (¿homosexualidad?). No obstante haber actuado Fabio de manera semijudicial, a los romanos pareció su condena excesiva y fuera completamente de los límites de la *pietas* que todo padre debe a su hijo, en cambio la espontánea condena de Escauro se encontraba plenamente justificada en la tradición romana.

En definitiva, este caso demuestra que la *patria potestas* no podía ejercerse arbitrariamente, sino que tenía que contar con algún tipo de justificación en la

<sup>140</sup> HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 84 ss.

<sup>141</sup> CANTARELLA, Eva, *Famiglia romana e demografia sociale*, en *Iura* 43 (1992), pp. 104 ss.

tradicción romana para ser aceptable. Si los límites eran propiamente jurídicos, es algo que todavía tenemos que demostrar, pero ya contamos con buenos motivos para sospecharlo.

m) L. Gelio, el Senado y su hijo. El caso de L. Gelio es bastante llamativo. Lucius Gellius<sup>142</sup> fue uno de los personajes más relevantes de inicios del siglo I. a. C. Pretor en el 94 a. C., cónsul en el 72 a. C. y censor en el 70 a. C., su actuación pública fue muy loada, especialmente por Cicerón<sup>143</sup>. Sin embargo existió en su vida privada un episodio bastante oscuro que llega a nosotros solamente a través del testimonio de Valerio Máximo. Sospechaba él amargamente de su hijo, pues pensaba que había cometido adulterio con su madrastra y que eventualmente terminaría por matarlo. A fin de aclarar la cuestión, decidió convocar a un consejo compuesto por la mayor parte de los senadores donde se examinó la cuestión. Finalmente el hijo resultó absuelto, no sólo por la opinión mayoritaria de los senadores, sino también por la del propio padre. El relato que conservamos es como sigue:

Val. Max 5, 9, 1 [1 *de parentum adversus suspectos*] [1 *liberos moderatione*]: “*L. Gellius omnibus honoribus ad censuram defunctus, cum grauissima crimina de filio, in nouercam commissum stuprum et parricidium cogitatum, propemodum explorata haberet, non tamen ad uindictam continuo procucurrit, sed paene uniuerso senatu adhibito in consilium expositis suspicionibus defendendi se adulescenti potestatem fecit <in>spectaque diligenti- tissime causa absoluit eum cum consilii tum etiam sua sententia. quod si impetu irae abstractus saeuire festinasset, admisisset magis scelus quam uindicasset*”.

El episodio está plagado de elementos de sumo interés. En primer término cabe preguntarse por la curiosa composición del *consilium*. No lo integran los parientes, sino el conjunto de los senadores en ejercicio. Volterra<sup>144</sup> utiliza este episodio para refutar la existencia del tribunal doméstico, pues señala que no se encuentra formado exclusivamente por miembros de la familia. Kunkel y Bauman<sup>145</sup>, en cambio, no ven objeción en que extraños a la familia integren el consejo, puesto que su conformación sería más o menos voluntaria.

En segundo término, está el problema del delito por el cual sería juzgado el hijo. Volterra<sup>146</sup> expresa que el caso es contradictorio con todo lo que sabemos sobre el parricidio, pues desde tiempos antiguos sería perseguido por procedimientos públicos y no por alguna jurisdicción familiar. Realmente, como señala Bauman<sup>147</sup> la cuestión depende del alcance que demos a las leyes relativas al parricidio y si ya se encontraba vigente la *Lex pompeia de parricidio*.

<sup>142</sup> Respecto a la biografía paterna véase KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.

<sup>143</sup> Véanse 2, 1, 125, 14 y 2, 2, 95, 7; *Pro. Cluent.* 120, 4; 131, 7; *Pro Balb.* 19, 9; *Pro Pis.* 6, 4, *Brut.* 105, 3 y 174, 2 y, finalmente, *Ad fam.* 10, 17, 3, 4.

<sup>144</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 133.

<sup>145</sup> KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), p. 224 y BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1290 ss.

<sup>146</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 133.

<sup>147</sup> BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1290 ss.

En principio, son dos los cargos que se imputan al hijo, el adulterio, respecto al cual no existe competencia pública en la época, y el *parricidium cogitatum*, es decir, el planear un parricidio, sin haber intentado llevar a cabo su comisión. En el particular sumamente convincente resulta la argumentación de Kunkel respecto a que dicho delito de *parricidium cogitatum* no se podría encontrar comprendido en la normativa referente al parricidio<sup>148</sup>, aunque la conclusión que encuentra el autor, respecto a ubicar el delito dentro de la jurisdicción familiar del tribunal doméstico es más objetable.

En lo relativo a la vigencia de la *lex pompeia*, Bauman hace un análisis sumamente sugerente en que, adelantando la promulgación de la misma a la época del primer consulado de Pompeyo, habría servido este caso como antecedente y gatillante de su promulgación. Sin embargo, tal visión es altamente especulativa, por lo que no creemos contar con suficientes antecedentes para confirmarla o refutarla.

Un tercer elemento de interés es la decisión de esta cuestión. Según nos señala Valerio Máximo, la mayoría de los senadores decidieron que era inocente, opinión confirmada por el mismo padre. ¿Podría el padre haber actuado en contra del parecer del *consilium* y condenar al hijo a pesar del pronunciamiento general? Volterra observa en el incidente un intento del padre de lavar su honor y buen nombre, citando a la mayor parte del Senado a fin que reconozcan la inocencia de su hijo y acallar la maledicencia popular, por lo que la intención del padre nunca habría sido condenar al hijo.

El principal obstáculo para esta tesis es que resulta difícil pensar que el pleno del Senado se prestaría para llevar adelante una farsa; algún rol más importante debe tener el *consilium* si tantos de los más relevantes personajes de Roma aceptaron sentarse en él.

Según Kunkel<sup>149</sup>, el *pater* sí se encontraba jurídicamente vinculado por la decisión del *consilium*, por lo que debía respetar su sentencia aunque no la compartiese personalmente.

Según el análisis hasta aquí realizado en los casos anteriores nosotros intentaremos responder a estas cuestiones punto por punto.

En primer lugar, hemos visto que la opinión pública de la época hace tiempo que rechaza el ejercicio arbitrario de la *patria potestas*. Si Manlio Imperioso se salvó solamente por la intervención de su hijo de una acusación de los tribunales, no tuvo tanta suerte Fabio Máximo, quien debió partir al exilio a fin de evitar las penas que se le habrían impuesto. Este último hecho ocurrió sólo treinta años antes del caso que nos ocupa, por lo que debe ser tenido en consideración al evaluar la actitud de L. Gelio.

Hemos visto también que, salvo que el *pater* se encuentre amparado por una potestad de orden público, como la dictadura en el caso de M. Pomponio o del consulado en campaña militar en el caso de L. Manlio, la opinión pública espera que él al ejercer la *necis potestas* se comporte de una manera semijudicial, como

<sup>148</sup> KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 224.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 224.

algunas versiones de la muerte de Sp. Cassius demuestran, e incluso en tal situación puede que igualmente se le condene por los tribunales, según hemos concluido del caso de Fabio Máximo.

Si Lucius Gellius quería evitar el peligro que sobre él se cernía al ejercer la tan peligrosa *vitae necisque potestas*, debía precaverse contra la opinión pública y la mejor manera de hacerlo era incluir a los miembros más relevantes de la misma en su consejo a fin que lo asistieran en el ejercicio de sus poderes, y de ahí la idea de juzgar conjuntamente con el Senado.

En cuanto al conflicto entre la jurisdicción pública y la *vitae necisque potestas*, Kunkel lleva la razón al excluir el *parricidium cogitatum* de la competencia pública. Si así hubiese ocurrido seguramente al *pater* se le retiraría la *vitae potestas*, como en el caso de la *perduellio*. Pero por otra parte, no puede estimarse que por este hecho la situación caiga sin más dentro de la “jurisdicción familiar” excluyente del poder público, pues el actuar del *pater* puede ser revisado y juzgado incluso si la opinión pública cree que no tiene un motivo suficiente para ejercer la *necis potestas*.

En cuanto a la decisión del consejo, no es que sea vinculante para el *pater* por existir algún tipo de reglas jurídicas que fijan tal obligatoriedad, como parece indicar Kunkel<sup>150</sup>, sino que ésta representa el juicio anticipado que la opinión pública tendrá sobre la acción. Si el *pater* se marginara de ella, con toda seguridad sería acusado y condenado, y con mayor motivo que Fabio Máximo.

El peso de la opinión pública constituía un formidable freno al ejercicio abusivo de la *patria potestas*. No podemos decir aún si la ética social reflejada por ella había cristalizado en normas jurídicas propiamente tales, por lo que no es factible entrar de momento en el debate entre Kaser y Albanese al respecto, el cual analizaremos en su oportunidad. Por ahora, baste con lo expuesto.

n) Fulvio y la conjuración de Catilina. Aulo Fulvio era senador en la época en que Catilina puso en serio peligro a la República romana con sus intentos revolucionarios (63 a. C.). Tras la denuncia del cónsul Cicerón, se tomó la decisión de ejecutar a los responsables de la misma. En este momento Fulvio se encontró con la terrible noticia que su propio hijo estaba implicado en ella y se disponía a marchar junto con los revolucionarios.

Tristemente célebre fue la determinación entonces tomada por él: arrestó a su hijo y ordenó su muerte.

El incidente está bien documentado, los testimonios con que contamos son:

Dio Cas., *Hist. Rom.* 37, 36, 1, 1: ἐγένοντο μὲν γὰρ ἀμφίβολοι, καὶ παρ’ ὀλίγον αὐτοὺς ἀπέλυσαν. ὁ γὰρ Καίσαρ, πάντων τῶν πρὸ αὐτοῦ ψηφισαμένων ἀποθανεῖν σφας, γνώμην ἔδωκε δῆσαι τε αὐτοὺς καὶ ἐς πόλεις ἄλλους ἄλλη καταθέσθαι, τῶν οὐσιῶν ἔστερημένους, ἐπὶ τῷ μῆτε περὶ ἀδείας ἔτι αὐτῶν χρηματισθῆναι τί ποτε, κἂν διαδρᾶ τις, ἐν πολεμίων μοίρα τὴν πόλιν ἐξ ἧς ἂν φύγη εἶναι: καὶ τοῦτο πάντες οἱ μετὰ ταῦτα ἀποφηνάμενοι μέχρι τοῦ Κάτωνος ἐψηφίσαντο, ὥστε καὶ τῶν προτέρων τινὰς μεταγνῶναι. ἐπεὶ δὲ οὗτος αὐτὸς τε τὸν θάνατον αὐτῶν κατεδίκασε καὶ τοὺς λοιποὺς πάντας ὁμοψήφους ἐποιήσατο, οὕτω δὲ ἐκείνοί τε ἐκ τῆς νικώσης ἐκολάσθησαν.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pp. 224.

καὶ ἐπ' αὐτοῖς καὶ θυσία καὶ ἱερομηνία ἐψηφίσθη, ὃ μῆποτε ἐπὶ τοιοῦτῳ τινὶ ἐγεγόνει: καὶ οἱ ἄλλοι οἱ μνησθέντες ἐζητοῦντο, καὶ τινες καὶ ἐπὶ τῷ μελλῆσαι συμφρονήσειν αὐτοῖς ὑποπτευθέντες εὐθύνοντο. καὶ τὰ μὲν ἄλλα οἱ ὑπατοὶ δῶκουν, Αὔλον δὲ Φούλουιον ἄνδρα βουλευτὴν αὐτὸς ὁ πατὴρ ἀπέσφαξεν, οὗτι γε καὶ μόνος, ὥς γέ τισι δοκεῖ, τοῦτ' ἐν ἰδιωτείᾳ ποιήσας: συχνοὶ γὰρ δὴ καὶ ἄλλοι, οὐχ ὅτι ὑπατοὶ ἀλλὰ καὶ ἰδιῶται, παῖδάς σφῶν ἀπέκτειναν.

Sal. Cat. 39, 5: "*fuere tamen extra coniurationem complures, qui ad Catilinam initio profecti sunt. in iis erat Fulvius, senatoris filius, quem retractum ex itinere parens necari iussit*".

Val. Max. 5, 8, 5: "*Nec minus animose A. Fulvius uir senatorii ordinis euntem in aciem filium retraxit quam Scaurus ex proelio fugientem increpuit: namque iuuenem et ingenio et litteris et forma inter aequales nitentem, prauo consilio amicitiam Catilinae secutum inque castra eius temerario impetu ruentem medio itinere abstractum supplicio mortis adfecit, praefatus non se Catilinae illum aduersus patriam, sed patriae aduersus Catilinam genuisse. licuit, donec belli ciuilibus rabies praeteriret, inclusum arcere: uerum illud cauti patris narr<ar>etur opus, hoc seueri refertur*".

La única discrepancia fundamental que encontramos en los diversos testimonios se refiere a que Dión Casio sugiere que varios senadores habrían imitado el ejemplo de Fulvio, sin embargo tal consideración parece ser una generalización propia de Dión Casio antes que una expresión exacta de la realidad<sup>151</sup>.

Las opiniones respecto al incidente son relativamente contestes, inclinándose la crítica a manifestar que la condena emanó del Senado y fue ejecutada por el padre, por lo que se explicaría la ausencia de un *consilium* que se pronuncie sobre la cuestión.

Al respecto Volterra subraya que sería un caso de ejercicio del *ius vitae necisque* que acreditaría la inexistencia del *iudicium domesticum*<sup>152</sup>. Kunkel<sup>153</sup>, por su parte, piensa que la ausencia de un *iudicium domesticum* se entiende por la declaración de "*hostis*" que habrían recibido los miembros de la conjuración. En virtud de ella es que habría actuado Fulvio. Al respecto con razón hace notar Bauman<sup>154</sup> que la declaración de enemigo habilitaría a cualquiera a matarle, no sólo a su padre.

Si bien la explicación de Kunkel parece probable, a fin de evitar la dificultad apuntada por Bauman, intentaremos dar una interpretación alternativa que cuadre mejor con lo que sabemos de la familia romana y que sea coherente con los demás casos examinados.

El principal problema que enfrentamos para explicar la cuestión es el cargo imputado al hijo de Fulvio. Su participación en la conjura bien puede caer bajo el tipo de la *perduellio*<sup>155</sup>. Como recordaremos de las leyendas de Horacio y Sp.

<sup>151</sup> En este sentido, BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1294 ss.; RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 120 ss.; HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 85.

<sup>152</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 134 ss.

<sup>153</sup> KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 247.

<sup>154</sup> BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1295.

<sup>155</sup> En este sentido, BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1295.

Cassius, desde tiempos muy remotos el padre no contaba con el *ius vitae* ante este delito, es decir, con la capacidad de perdonar al hijo culpable de *perduellio*. Ante el pronunciamiento del Senado y el precedente de Sp. Cassius podemos confiar en que la aplicación del *ius necis* se encontraría plenamente justificada ante la opinión pública. Por lo demás, como afirma Rabello<sup>156</sup>, no sería aceptable para el honor de una familia importante que un senador se comportase de una manera diferente. En fin, pensamos que ante el cargo imputado el *pater* no tenía más alternativa que aplicar la máxima sanción a su hijo ya que, por una parte, no contaría con facultades para perdonarlo, y por otra, el honor de la familia se encuentra en juego. Es éste un caso en que la *necis potestas* representa un pesado deber que cae como una espada sobre la cabeza del padre antes que una facultad o un derecho.

La ausencia de un comportamiento judicial, sea a través de la recopilación de pruebas y la audiencia de defensas (*domi causa cognita*), sea a través de su asesoramiento mediante un *consilium*, se explica porque la culpa estaba ya perfectamente acreditada ante la opinión pública por el decreto del Senado. El peso de la tradición y el prestigio de la familia lo obligaban ante lo manifiesto de la culpa.

ñ) L. Tarius Rufus y Augusto. Tarius Rufus representa uno de los casos de mayor interés en la literatura latina en relación con las facultades de que dispone el padre para castigar al hijo.

En el episodio en cuestión, el hijo de Tarius fue sorprendido planeando el homicidio de su propio padre. Ante tal situación, Tarius convoca a una multitud de importantes personalidades a su *consilium*, incluido el mismo César Augusto, a fin que le ayuden a juzgar la causa. El resultado de tal investigación fue la culpabilidad del hijo, pero en lugar de condenárselo a la pena tradicional del saco (*culleus*) simplemente se lo destierra por orden del *pater* a Marsella.

La narración del hecho se la debemos a Séneca:

Clem. 1, 15, 2: “*Tarium, qui filium deprensus in parricidii consilio damnavit causa cognita, nemo non suspexit, quod contentus exilio et exilio delicato Massiliae parricidiam continuit et annua illi praestitit, quanta praestare integro solebat; haec liberalitas effecit, ut, in qua civitate numquam deest patronus peioribus, nemo dubitaret, quin reus merito damnatus esset, quem is pater damnare potuisset, qui odisse non poterat. Hoc ipso exemplo dabo, quem compares bono patri, bonum principem. Cogniturus de filio Tarius advocavit in consilium Caesarem Augustum; venit in privatos penates, adsedit, pars alieni consilii fuit, non dixit: Immo in meam domum veniat; quod si factum esset, Caesaris futura erat cognitio, non patris. Audita causa excusisque omnibus, et his, quae adulescens pro se dixerat, et his, quibus arguebatur, petit, ut sententiam suam quisque scriberet, ne ea omnium fieret, quae Caesaris fuisset; deinde, priusquam aperirentur codicilli, iuravit se Tarii, hominis locupletis, hereditatem non aditurum. Dicit aliquis: Pusillo animo timuit, ne videretur locum spei suae aperire velle fili damnatione. Ego contra sentio; quilibet nostrum debuisset adversus opiniones malignas satis fiduciae habere in bona conscientia, principes multa debent etiam famae dare. Iuravit se non aditurum hereditatem. Tarius quidem eodem*

<sup>156</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 121.

*die et alterum heredem perdidit, sed Caesar libertatem sententiae suae redemit; et postquam adprobavit gratuitam esse severitatem suam, quod principi semper curandum est, dixit relegandum, quo patri videretur. Non culleum, non serpentes, non carcerem decrevit memor, non de quo censeret, sed cui in consilio esset; mollissimo genere poenae contentum esse debere patrem dixit in filio adulescentulo impulso in id scelus, in quo se, quod proximum erat ab innocentia, timide gessisset; debere illum ab urbe et a parentis oculis submoveri”.*

El caso es sumamente controvertido. Volterra<sup>157</sup> afirma que se contradice con todo lo que sabemos acerca del parricidio en la Roma imperial, puesto que no habría duda que quien verdaderamente era competente para juzgar el caso era la autoridad pública. El proceso ante el pater y su *consilium* sería un burdo simulacro de juicio al que Augusto se habría prestado simplemente para salvar al hijo de Tarius de la pena tradicional del saco.

Al respecto, Londres da Nóbrega<sup>158</sup> acierta al reputar increíble que el todo poderoso Augusto se preste a tales simulacros. Su conclusión es la coexistencia de una jurisdicción familiar paralela y sobrepuesta a la pública.

Voci<sup>159</sup> señala que el procedimiento familiar estaría imitando al oficial, de manera que la participación de Augusto en el mismo resumiría en un mismo juicio ambas jurisdicciones.

Bauman<sup>160</sup> hace notar que el conflicto entre jurisdicciones es más aparente que real. En efecto, es improbable que la *lex Pompeia de parricidiis* contemplase la mera intención de cometer parricidio. La argumentación de Bauman es sumamente coherente y nos remitimos a ella para el particular, limitándonos a subrayar que el relato señala que *quod si factum esset* (porque si hubiese sido cometido el parricidio), *Caesaris futura erat cognitio, non patris* (de César habría sido el conocimiento de la causa, no del padre). De esta manera la objeción de Volterra cae completamente, pues al tratarse de una tentativa de parricidio, la jurisdicción pública no resulta competente.

No parece posible sostener que Augusto se prestase a una mera farsa de proceso para evitar el castigo al hijo de Tarius, pero entonces vale la pena preguntarse qué fue lo que ocurrió en este caso.

Como ya hemos visto en el caso de L. Gellius (con el cual este incidente presenta notable paralelismo), no resulta aceptable que el *pater* ejerza su *ius vitae necisque* de una manera arbitraria. Salvo que la culpa esté bien acreditada y la sanción establecida por la costumbre, es razonable que, a fin de evitar la reprobación pública y eventuales procedimientos en su contra por su actuación, especialmente de parte de los tribunos, cuente con un amplio respaldo moral al aplicar un castigo grave.

Si Gelio reunió al senado completo como *consilium* a fin de dar validez a su actuar, Tario decidió llamar al mismo Augusto al suyo, quien por estar dotado de la *tribunicia potestas* estaba además facultado para sancionarlo. En fin, nos

<sup>157</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunal domestico* (n. 60), pp. 135 ss.

<sup>158</sup> LONDRES DA NÓBREGA, Vandick, *A Restituição do dote* (n. 70), pp. 60 ss.

<sup>159</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 427 ss.

<sup>160</sup> BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1291 ss.

parece que el caso en cuestión confirma todo lo que hemos podido inducir de los demás casos que hemos analizado, no presentando excepcionalidad alguna al respecto. Expondremos sistemáticamente y en forma de enunciados generales todo lo que ha sido posible recabar del análisis particular de cada uno de los casos en las conclusiones del presente acápite una vez estudiadas las posibles limitaciones a la *patria potestas* que a continuación trataremos.

### 3. Límites al "ius vitae necisque". Generalidades y teorías.

Una vez analizados los casos históricos en que efectivamente se ejerció el *ius vitae necisque* por parte del *pater familias* podemos finalmente intentar un análisis de corte general donde inferir la existencia o no de límites a la *patria potestas*, y en la afirmativa, determinar el carácter que estos ostenten.

Como ya habíamos expresado, la cuestión es sumamente controvertida en la romanística, existiendo una amplia gama de opiniones al respecto. En primer término está la doctrina que apunta al carácter ilimitado y arbitrario de la *patria potestas*, que sólo sería regulada por obra del derecho imperial, desde la época de los Antoninos en adelante. La visión más pura en este sentido la representa Volterra<sup>161</sup>, que realiza prolijos estudios a fin de demostrar la inexistencia de límites en la aplicación de las facultades del *pater*.

Una segunda posición, que se funda en la concepción política de la familia, es la concebida por Bonfante<sup>162</sup>, según la cual, el *pater* no tendría límites en sus facultades por parte de la *civitas*, puesto que se trata de dos entidades con competencias jurídicas distintas. La familia, como un Estado embrionario, sería independiente a la ciudad, de manera que ésta carecería de facultades para intervenir al interior de aquélla. Cuando encuentra sanciones impuestas a un *pater* por el abuso de sus derechos frente a un hijo, como es el caso de L. Manlio Imperioso y M. Pomponio, se limita a señalar que el derecho del *pater* a castigar permanece intacto<sup>163</sup>, lo cual es tanto como decir que el derecho del ladrón a robar permanece intacto aunque a consecuencia de ello deba ir a la cárcel. En todo caso, su visión es menos extrema que la de Volterra, puesto que precisa como límites a la *patria potestas* instituciones que existirían al interior de la familia, a saber, el *iudicium domesticum*<sup>164</sup>, como equivalente a la jurisdicción pública, y los *mores familiares*, como sustituto del Derecho estatal.

Existen también visiones matizadas sobre el carácter absoluto de la *patria potestas*. La más importante es sin duda la de Kaser<sup>165</sup>, que establece la existencia

<sup>161</sup> Al respecto véase VOLTERRA, Edoardo, *Sui mores della familia romana* (Napoli, Jovene, 1995), II, pp. 517 ss.; y, en especial, *Il preteso tribunale domestico* (n. 71), pp. 243 ss.

<sup>162</sup> Véase BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 105 ss.; como también *La gens e la famiglia*, en *Scritti Giuridici, I: Famiglia e successione*, (n. 1), pp. 10 ss.

<sup>163</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 105, seguido más modernamente por CREMADES, IGNACIO - PARICIO, Javier, *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres* (Barcelona, 1983), pp. 18 ss.

<sup>164</sup> En este punto en particular es seguido por KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.

<sup>165</sup> KASER, Max, *La famiglia romana arcaica* (n. 2), y también *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 62 ss.

de límites de carácter consuetudinarios (“Sitte”) a la *patria potestas* romana provenientes de la más antigua jurisprudencia sacra, que identifica con las leyes regias. También la actuación de los censores constituiría un segundo límite extrajurídico de la *patria potestas*. Esta posición será analizada en detalle cuando estudiemos las leyes regias y la actuación de los censores en particular, pero podemos adelantar al respecto que depende en gran medida de la idea que se tenga en general de norma jurídica, para compartir o no la naturaleza consuetudinaria de tales limitaciones.

Si por norma jurídica entendemos una prescripción que manda, prohíbe o permite algo, conminando a quien quebrante el enunciado con sanciones, entonces la naturaleza extrajurídica de las leyes regias no parece justificada. A partir de esta opinión, Albanese<sup>166</sup> propone su propia teoría que establece como límites jurídicos aquellos a los que Kaser niega este carácter. Ni Kaser ni Albanese se pronuncian directamente sobre la calidad del *iudicium domesticum* como moderador de la *patria potestas*.

Una posición intermedia la encontramos en Castello<sup>167</sup>, que reconoce como límites a la *patria potestas* normas de carácter religioso, morales, consuetudinarias y propiamente jurídicas, donde ubica específicamente el *iudicium domesticum*.

Las causas de tal variedad de opiniones se encuentran, a nuestro entender, en la aproximación al problema que suelen tener los autores, usualmente partiendo de posiciones preconcebidas que se fundamentan con el estudio de uno o dos casos a lo sumo, pero sin intentar una visión global del problema. Creemos que el largo camino emprendido de estudio separado y autónomo de cada una de las situaciones en que efectivamente se aplica la *nevis potestas* es más seguro para inferir de ahí conclusiones de carácter general. Los autores que han empleado un método similar generalmente establecen que el *ius vitae nevisque* se encuentra limitado por la *civitas* mediante normas de carácter jurídico, ya desde los tiempos más remotos. Representan esta posición Pasquale Voci<sup>168</sup> y E. M. Rabello<sup>169</sup>, a los cuales seguimos con bastantes matices en nuestra exposición.

A fin de estudiar exhaustivamente todos los posibles límites de la *patria potestas* dividiremos la exposición que sigue en cinco partes. En la primera de ellas observaremos el ambiente social reinante en la época, para enseguida estudiar las leyes regias y las disposiciones pertinentes de la Ley de las XII Tablas a fin de determinar si es que en la más remota antigüedad romana existieron límites a la *patria potestas*. La tercera parte se centrará en el *iudicium domesticum*, para intentar una teorización coherente a su respecto. En la cuarta veremos la actuación de magistrados que podrían estar involucrados en el control de la *potestas* paterna, especialmente el censor y el tribuno de la plebe. Finalmente daremos una conclusión general sobre el carácter del *ius vitae nevisque*.

<sup>166</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sul evol. stor.* (n. 62).

<sup>167</sup> CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 104 ss.

<sup>168</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 399 ss.; EL MISMO, *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, en *SDHI*. 19 (1953), pp. 198 ss.

<sup>169</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54).

#### 4. *Ambiente social en la literatura.*

Las normas jurídicas encuentran su fuente y fundamento en un determinado cúmulo de valores sociales que las respaldan. Una norma será generalmente válida en la medida que su sustrato ético sea compartido por la sociedad a la que está destinada, pues de apartarse excesivamente de los ideales que conforman el concepto que cada sociedad tiene de lo justo y lo injusto, ésta será rechazada y su cumplimiento se hará ilusorio. De esta manera, para determinar el alcance preciso de una disposición dada en una sociedad, no resulta ocioso investigar el marco ético en que dicha comunidad se mueve, puesto que en caso contrario, la norma aparecerá desvinculada de su alcance real.

El arte es un instrumento indispensable que nos ayuda a comprender las inquietudes y necesidades de un grupo humano; lo que teme, lo que ama y lo que repudia son objeto de la atención de los creadores.

Para la sociedad romana existe un largo vacío literario que abarca desde su antigüedad más remota hasta el siglo II a. C., momento en que la comedia florece como expresión de los sentimientos reinantes. Estos documentos son de gran valor, ya que nos proporcionan una visión interior de las mismas en las comedias de Plauto y Terencio. Lamentablemente, sólo reflejan el momento final de dicha evolución, es decir, el ambiente social del siglo II a. C., pero no por ello dejan de ser útiles para nuestro estudio.

Tal vez las referencias de mayor trascendencia sobre la *patria potestas* y la manera más racional de ejercerla provengan justamente de esta época. No es raro que tal cosa suceda, si se tiene en consideración los profundos cambios sociales que Roma viene experimentando a partir del fin de las Guerras Púnicas. La sociedad de agricultores austeros y ejércitos de ciudadanos lentamente va siendo desplazada por un sentimiento nuevo de urbanidad, comercio y cultura que parece incompatible con los viejos valores familiares. La Roma que gobierna el Mediterráneo no es la misma que lucha por su supervivencia en las Guerras Anibálicas, y los valores de una y otra son distintos.

Lejos del arcaísmo conservador de los autores del principado, que se sienten, en alguna medida, miembros de una sociedad en disolución, los comediógrafos del siglo II a. C. se plantean frente al conjunto de valores nuevos que se van introduciendo en la sociedad con asombro y ecuanimidad. Notable en este sentido es Terencio, quien como miembro del ilustrado grupo de los escipiones representa, de alguna manera, este conjunto ético y cultural de corte helenista que lucha por imponerse en la mentalidad romana.

El contraste entre derecho y usos sociales es explícito en varios fragmentos del autor, como por ejemplo en Hécyra, cuando Fidipo dice a su hija: "[Ph.] *Etsi scio ego, Philumena, meum ius esse ut te cogam quae ego imperem facere, ego tamen patrio animo victu' faciam ut tibi concedam neque tuae libidini advorsabor*".

El padre tiene la *patria potestas* para obligar a los hijos a cumplir sus deseos, pero un buen *pater* (como Fidipo) no impone su voluntad, sino que atiende los deseos de sus descendientes.

Tal vez la comedia más sugestiva respecto a este tema es Adelfos, donde el autor pone en escena un interesante contraste entre la manera de pensar antigua y la nueva.

La trama es como sigue, dos hermanos Demeas y Micio deciden tomar dos caminos diferentes en sus vidas. Demeas representa a la Roma tradicional, agrícola y esforzada, él se casa, tiene hijos y pasa toda su vida en la aspereza del campo. Micio, por su parte, representa un conjunto de valores completamente diferente, vive en la ciudad y se enorgullece de ello, comercia, no se casa y se mantiene en una existencia regalada y feliz. Para hacer más patente el contraste, Micio adopta a uno de los hijos de Demeas, Esquino, mientras que Demeas retiene como hijo al segundo, Ctesifón.

Según el carácter de cada uno son criados los hijos, y toda la comedia gira en torno a cuál es la mejor manera de actuar para un padre. Veamos el monólogo particularmente sugestivo de Micio con que se abre la comedia, v. 40 y ss.: *“atque ex me hic natus non est sed ex fratre. is adeo dissimili studiosus iam inde ab adolescentia: ego hanc clementem vitam urbanam atque otium secutus sum et, quod fortunatum isti putant, uxorem, numquam habui. ille contra haec omnia: ruri agere vitam; semper parce ac duriter se habere; uxorem duxit; nati filii duo; inde ego hunc maiorem adoptavi mihi; eduxi a parvulo; habui amavi pro meo; in eo me oblecto, solum id est carum mihi. ille ut item contra me habeat facio sedulo: do praetermitto, non necesse habeo omnia pro meo iure agere; postremo, alii clanculum patres quae faciunt, quae fert adolescentia, ea ne me celet consuefecerunt filium. nam qui mentiri aut fallere institerit patrem aut audebit, tanto magis audebit ceteros. pudore et liberalitate liberos retinere satius esse credo quam metu. haec fratri mecum non conveniunt neque placent. venit ad me saepe clamitans ‘quid agi’, Micio? quor perdis adolescentem nobis? quor amat? quor potat? quor tu his rebus sumptum suggeris, vestitu nimio indulges? nimium ineptus es. nimium ipse durus praeter aequomque et bonum, et errat longe mea quidem sententia qui imperium credat gravius esse aut stabilius vi quod fit quam illud quod amicitia adiungitur. mea sic est ratio et sic animum induco meum: malo coactu qui suum officium facit, dum id rescitum iri credit, tantisper cavet; si sperat fore clam, rursus ad ingenium redit. Illi quem beneficio adiungas ex animo facit, studet par referre, praesens absensque idem erit. hoc patriumst, potius consuefacere filium sua sponte recte facere quam alieno metu: hoc pater ac dominus interest. hoc qui nequit fateatur nescire imperare liberis”*.

Es sumamente ilustrativa la comparación, por un lado están los valores tradicionales y por otro la nueva forma urbana de concebir la vida y las relaciones filiales. Ser padre no es ser un amo, y saber mandar a los hijos es lograr que ellos, *de motu proprio* realicen sus actos con justicia. Es mejor el amor que el miedo, y un buen padre se abstendrá de utilizar las facultades extremas que lleva consigo la *patria potestas*.

El contrapunto es muy poderoso y llega incluso a convencer al severo Demeas, quien se convierte en un padre liberal para reconquistar el amor de su hijo y se arrepiente de la vida severa que ha llevado: v. 855 y ss.: *“Numquam ita quisquam bene subducta ratione ad vitam fuit quin res aetas usu semper aliquid adportet novi, aliquid moneat: ut illa quae te scisse credas nescias, et quae tibi putaris prima, in experiundo ut repudies. quod nunc mi evenit; nam ego vitam duram quam vixi usque adhuc iam decurso spatio omitto. id quam ob rem? re ipsa reperi facilitate nil esse homini melius neque clementia. id esse verum ex me atque ex fratre quovis facilest noscere. Illi suam semper egit vitam in otio, in conviviis, clemens placidus, nulli laedere*

*os, adridere omnibus; sibi vixit, sibi sumptum fecit: omnes bene dicunt, amant. ego ille agresti' saevo' tristi' parcu' truculentus tenax duxi uxorem: quam ibi miseriam vidi! nati filii, alia cura. heia autem, dum studeo illis ut quam plurimum facerem, contrivi in quaerendo vitam atque aetatem meam: nunc exacta aetate hoc fructi pro labore ab eis fero, odium; ille alter sine labore patria potitur commoda. illum amant, me fugitant; illi credunt consilia omnia, illum diligunt, apud illum sunt ambo, ego desertu' sum; illum ut vivat optant, meam autem mortem expectant scilicet. ita eos meo labore eductos maximo hic fecit suos paullo sumptu: miseriam omnem ego capio, hic potitur gaudia. age age, nunciam experiamur contra ecquid ego possiem blande dicere aut benigne facere, quando hoc provocat. ego quoque a meis me amari et magni pendi postulo: si id fit dando atque obsequendo, non posteriores feram. deerit: id mea minime refert qui sum natu maxumus".*

El contraste es claro y definitivo, el triunfo de la dulzura frente a la dureza, de los padres liberales frente a los severos. Todo esto nos dice mucho sobre la actitud mental no sólo del autor, sino también del público que lo escucha atentamente y comparte sus reflexiones.

Si en Terencio la actitud a favor de la liberalidad de los padres es del todo evidente, en Plauto no dejan de existir también fragmentos que revelan un modo de pensar similar. Un ejemplo lo observamos en el Stichus, donde Antifón pretende divorciar a sus dos hijas de sus maridos. Aunque cuenta con facultades para hacerlo, como deja claro en su discurso, si no logra convencer a sus hijas para que voluntariamente tomen esa decisión no insistirá más en el asunto, puesto que no le interesa agriar su vejez: "[Ant.] *Principium ego quo pacto cum illis occipiam, id ratiocinor: utrum ego perplexim lacessam oratione ad hunc modum, quasi numquam quicquam in eas simullem, quasi nil indaudiverim eas in se meruisse culpam, an potius temptem saeviter, [an minaciter. scio litis fore, ego meas novi optume] si manere hic sese malint potius quam alio nubere. non faciam. quid mi opust decurso aetatis spatio cum meis gerere bellum, quom nil, quam ob rem id faciam, meruisse arbitror? minime, nolo turbas".*

Lo mismo podemos decir del siguiente fragmento de la Asinaria, v. 64 y ss.: "[Dem.] *Omnes parentes, Libane, liberis suis, qui mi auscultabunt, facient obsequellam quippe qui mage amico utantur gnato et benevolo. atque ego me id facere studeo, volo amari a meis; volo me patris mei similem, qui causa mea nauclerico ipse ornatu per fallaciam quam amabam abduxit ab lenone mulierem; neque puduit eum id aetatis sycophantias struere et beneficiis me emere gnatum suum sibi. eos me decretumst persequi mores patris. nam me hodie oravit Argyrippus filius, uti sibi amanti facerem argenti copiam; et id ego percupio obsequi gnato meo. [volo amari obsecutum illius, volo amet me patrem.] quamquam illum mater arte contenteque habet, patres ut consueverunt: ego mitto omnia haec. praesertim quom is me dignum quoi concederet habuit, me habere honorem eius ingenio decet; quom me adit, ut prudentem gnatum aequomst patrem, cupio esse amicae quod det argentum suae".*

Los fragmentos de Plauto revisten una importancia adicional frente a los de Terencio, puesto que no sólo son más antiguos, sino que también reflejan el pensamiento popular y no necesariamente el ilustrado, como se produce en Terencio. Plauto escribe para un público distinto, buscando el aplauso de la mayoría, el sentir general de la comunidad romana, y no solamente de los refinados y helenizados escipiones.

En definitiva, las comedias de la época nos dan una base firme para suponer que la sociedad romana de la época no se encuentra ya dispuesta a aceptar el uso arbitrario de las facultades emanadas de la *patria potestas*. Prefiere a padres liberales que razonan con sus hijos, o incluso les obedecen en sus caprichos, antes que padres severos que los castiguen.

Estas sospechas se ven confirmadas por la renuencia manifestada por los padres de la época para aplicar la extrema facultad de la *nevis potestas*. Como hemos visto en el análisis de los casos, a finales del siglo II a. C., un personaje tan destacado como Fabio Máximo es sancionado con el destierro ante la aplicación extrema de su *nevis potestas*, no obstante haber actuado *cognita domi causa*, es decir, de una manera cuasijudicial.

Como nos hace notar Harris<sup>170</sup>, ya hacia el siglo II a. C. los padres intentaban evitar que fuese directamente atribuible a ellos la muerte de sus hijos en ejercicio del *nevis potestas*, prefiriendo sanciones que condujesen a los hijos al suicidio antes que ensuciarse sus propias manos, como hacen Manlio al juzgar a Silano o M. Escauro con Emilio.

En definitiva, podemos afirmar con relativa seguridad que la opinión pública de la época ya no era favorable al ejercicio de la *nevis potestas*. Si este hecho germinó ya en un período temprano en normas jurídicas que moderen el ejercicio de las facultades del *pater* será el objeto de estudio del presente acápite.

##### 5. Antiguas tradiciones. Las leyes regias y las XII Tablas.

El estudio del derecho romano se inicia con una etapa de gran oscuridad, donde es poco lo que podemos afirmar con algún grado de certeza. Es el período que se extiende desde la fundación de la ciudad hasta la Ley de las XII Tablas, era en la cual, sin embargo, debió producirse una importante evolución que marcó el carácter de la sociedad romana.

Nada de lo que sabemos para dicho período es realmente seguro, y para su conocimiento, al margen de los elementos que nos aporta la arqueología, debemos basarnos en inseguras tradiciones donde la historia y la mitología se entremezclan.

Dentro de esta época los romanos ubican una serie de normas que se denominan leyes regias, por ser atribuidas a los primeros reyes que habrían gobernado Roma en su etapa mitológica. Las referencias que de ellas tenemos provienen principalmente de historiadores griegos, en particular de Dionisio de Halicarnaso y Plutarco, amén de ciertas referencias marginales de algunos autores latinos como Festo, entre otros.

El origen y naturaleza de las mismas es una cuestión sumamente discutida. Voci<sup>171</sup> señala que serían parte del derecho consuetudinario más antiguo de Roma.

Kaser<sup>172</sup>, frente a esta opinión, nos recuerda que una de las características más

<sup>170</sup> HARRIS, William, *The Roman Father's Power* (n. 74), pp. 88.

<sup>171</sup> VOCI, Pasquale, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, en *Studi in onore di Arangio-Ruiz*, (Napoli, Jovene, 1953), I, pp. 128 ss.

<sup>172</sup> KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 70 ss.

propias del Derecho Romano es su tajante separación entre costumbre y derecho. De esta manera, les otorga un carácter religioso, siendo atribuidas a los reyes en su dimensión sacerdotal por la tradición de la jurisprudencia pontifical. En este sentido, declara que tal normativa corresponde a la costumbre ("Sitte") romana y les niega su carácter jurídico. Estas normas habrían servido de fundamento a los censores a la hora de aplicar su nota, por lo que su coercibilidad consuetudinaria se apoyaría en la acción más o menos libre de este magistrado. Así, aunque no constituyan normas jurídicas, serían efectivos límites a la *patria potestas*.

Frente a esta idea, Albanese<sup>173</sup> ha reivindicado el carácter jurídico de las leyes regias. Aceptando la teoría de su origen sacro y de la aplicación censoria de las mismas, argumenta que en caso de no considerar como jurídicas tales disposiciones no podrían ser aplicadas por el censor para justificar su nota. Por otro lado, alega que entrarían dentro del *ius civile* a través de los *mores maiorum* como fuente propiamente jurídica.

Castello<sup>174</sup>, por su parte, sin pronunciarse expresamente sobre el carácter jurídico o el origen efectivo de las leyes regias, señala que constituyen un claro indicio que el Estado ha intervenido desde tiempos remotos en la familia. Por otra parte, ya que eran coercibles a través de la actividad censoria, no puede prescindirse de ellas para estudiar el derecho romano.

Rabello<sup>175</sup>, adhiriendo a la argumentación de Albanese, se inclina por el carácter jurídico de las mismas.

En nuestra opinión, el problema no ha sido planteado desde una perspectiva correcta. Una cosa es el origen histórico efectivo que tengan las leyes regias y otro su carácter jurídico. Si realmente existió alguien que llevase el nombre de Rómulo que fuese muy amigo de la leche de loba, o de Numa, con una particular debilidad por muchachas vestidas de diosas en el campo, el que haya o no dedicado parte de sus múltiples actividades a legislar sobre la familia romana no es verdaderamente relevante. Lo importante es que desde tiempos realmente remotos existían enunciados cuyos contenidos establecían deberes del *pater* en su actividad familiar. Tan primigenias eran dichas disposiciones que a los romanos les parecía que sólo sus dos primeros reyes, los menos históricos de todos, podían haberlas redactado. En otras palabras, decir que tal o cual cosa la hicieron Rómulo o Numa equivale a afirmar que desde que se tiene memoria han existido. Los romanos las conceptualizaron como emanadas de los reyes, por lo que con prescindencia de la existencia de los presuntos legisladores, para ellos eran verdaderas leyes.

En cuanto a la coercibilidad de las mismas, es necesario recordar que este es un problema común a todas las disposiciones arcaicas de Roma, pues todas tienen una similar imprecisión en sus efectos. Negarles el carácter jurídico equivale a negar la existencia de un Derecho en la sociedad arcaica romana, pues dichas normas son tan obligatorias y tan coercibles como todas las demás que existían en la Roma de los Reyes y en la primera República. Si eran aplicadas por los censores, por los

<sup>173</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sul evol. stor.* (n. 62), pp. 358 ss.; como también en *Sulla repressione penale romana*, en *Conferenze romanistiche* (Milano, Giuffrè 1967), II, pp. 213 ss.

<sup>174</sup> CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 94 ss.

<sup>175</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 88.

tribunos o por otra autoridad, es necesario recordar que será también la misma que exija el cumplimiento de todas las demás normas que la ciudad promulgue.

En definitiva, desde el punto de vista de los romanos, emanaban de la autoridad competente para dictarlas y contenían un deber tan jurídicamente exigible como todas las demás disposiciones que existían en la ciudad, por lo que afirmaban que eran leyes. Si esto no basta al teórico moderno para considerarlas normas jurídicas, entonces será el estudioso quien deberá revisar su concepto de “Derecho”, pues difiere claramente de la idea que de él tenían los primeros romanos.

En cuanto al contenido mismo de las leyes regias, debemos advertir que en este acápite sólo estudiaremos los aspectos referidos al *ius vitae necisque* del *pater* respecto de sus descendientes. Aquella parte que se refiere a las relaciones maritales la analizaremos en la sección correspondiente a la *manus*, mientras que las que se refieren al *ius vendendi* del *pater* serán estudiadas en el acápite que dedicamos a ese problema en particular.

Lo que sabemos respecto a las leyes regias es fragmentario no siempre seguro. Existen normas que se atribuyen tanto a los reyes como a las XII Tablas<sup>176</sup>, no siendo claro si estas últimas reiteraron parte del contenido originario de dicho cuerpo jurídico o si se atribuye falsamente a los reyes la obra de los decenviros.

Lo que parece evidente es que conservamos sólo una pequeña parte de un cuerpo jurídico de alcance más vasto, de manera que carecemos de una visión completa del asunto. Podemos, eso sí, estimar que si acreditamos la existencia de una norma referida a la *patria potestas* y que tenga efectos limitantes, podemos igualmente inferir con algún grado de seguridad, que existieron otras que desconocemos, aunque no estemos en condiciones de precisar su contenido.

Un fragmento de Dionisio de Halicarnaso particularmente interesante es el siguiente:

Ant. Rom 2, 15, 2, 1: πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκῆτορας αὐτῆς ἄρρενα ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύνουσι δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθένοι τοὺς γειναμένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κάκεῖνοις συνδοκῆ. κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῷ νόμῳ ζημίας ὥρισεν ἄλλας τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν εἶναι δημοσίαν.

En el fragmento encontramos cuatro normas diferentes que podemos conceptualizar de la siguiente manera:

- i) Obligatorio criar a todos los hijos hombres.
- ii) Obligatorio criar a la primogénita mujer.
- iii) De aquellos que han de ser criados de conformidad a los puntos i) y ii), se prohíbe matarlos antes de cumplir tres años.
- iv) Permitido matar a los neonatos monstruosos, para lo cual deben cumplirse determinadas formalidades, como la presencia de cinco vecinos que ratifiquen su monstruosidad.

<sup>176</sup> Véase al respecto DIO HAL. 2, 27.

De las reglas uno y dos no trataremos en esta tesis por escapar a su objeto, ya que se refieren esencialmente al *ius exponendi*. En este acápite nos centraremos sólo en los puntos tres y cuatro.

Antes de comenzar, cabe advertir que la historicidad de la norma tres es dudosa, puesto que no contamos con otras fuentes que corroboren su existencia. Sin embargo, en cuanto a la norma cuatro, tenemos antecedentes de una prescripción similar en las XII Tablas y de carácter más restrictivo de cuya historicidad no podemos dudar, de manera que se hace probable la efectividad de la misma en una etapa anterior, si bien con un alcance menor.

Respecto a la regla tres, podemos sostener que esta fija claramente un límite a la *nevis potestas*, puesto que se restringe su empleo en razón de la edad del hijo. Si la norma realmente podemos considerarla como histórica, entonces la facultad del *pater* de matar a sus hijos no era absoluta ya desde la época más primitiva del derecho romano, pues se restringe por causa de edad.

En lo relativo a la norma cuatro, nuevamente se expresaría una limitación al *ius nevis* del *pater*, puesto que aunque puede matar al parto monstruoso, no puede hacerlo a su pleno arbitrio, ya que necesita la previa acreditación del hecho por parte de cinco vecinos que le sirvan de testigos. La labor de estos vecinos no es asimilable al tribunal doméstico, por cuanto no examinan ningún tipo de culpa ni imponen sanción alguna. La muerte viene prescrita por la ley y la presencia de los testigos tiene como única función dar fe de la exactitud del supuesto.

Si la *vitae nevisque potestas* fuese absoluta e ilimitada, ¿por qué tendrían los vecinos que intervenir en ella? La respuesta radica en que es necesaria alguna clase de justificación para ejercerla, algún tipo de causa. El *pater* no puede simplemente afirmar que mata al neonato porque *ita volo*, sino que debe apoyar la juridicidad de su acción en la monstruosidad del niño. A la pregunta de por qué lo eliminó responderá que lo hizo fundado en tal motivo debidamente acreditado por los testigos.

De la norma propuesta es posible inducir con cierta probabilidad que la monstruosidad es una causa que los romanos pensaban "justa" o apropiada para el ejercicio de la *nevis potestas*. De esta manera, *a fortiori*, la *nevis potestas* requiere, en general, de la presencia de una justa causa para ser ejercida. La presente conclusión tiene un carácter provisional, pero se verá confirmada al analizar la ley de las XII Tablas.

Es un hecho generalmente aceptado por la doctrina que la Ley de las XII Tablas contenía la primera limitación a la *patria potestas* en su norma referida al *ius vendendi*<sup>177</sup>. Sin embargo, aunque se acepte que el derecho a vender al hijo se encuentre expuesto a restricciones, la posibilidad que el derecho a matarlo se halle de igual manera circunscrito a reglamentación civil es generalmente rechazada por la doctrina.

---

<sup>177</sup> Al respecto véanse DIO HAL. 2, 27; Gai 1, 132. BONFANTE, Pierto, *Corso* (n. 1), pp. 102; LEVY BRUHL, Henri, *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*, en *Nouvelles études sur le très ancien Droit romain* (Paris, 1947), pp. 80 ss.; así como también *Sur l'abandon noxal, Mélanges Philippe Meylan*, (Lasaunne, 1963), I; KASER, Max, *Zur altromanischen Hausgewalt*, en *ZSS. rom. Abt.* 67 (1950), pp. 474 ss.; RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 94 y ss, entre los más importantes.

Hasta aquí hemos observado que en los casos históricos que conservamos no parece que la *vitae necisque potestas* pudiese aplicarse de una manera arbitraria por parte del *pater familias*. Si bien la observación de los casos no nos basta para inferir la existencia de normas jurídicas, pues las limitaciones pueden derivarse de la opinión pública o del afecto antes que del derecho, del análisis de ciertas normas atribuida a los reyes parece entenderse la existencia de limitaciones de carácter general que obligan al *pater* a aplicar la muerte sólo cuando haya una causa que justifique el hecho. Si bien las leyes regias son inseguras y de datación fantástica, lo que podemos afirmar con seguridad es que corresponden al recuerdo de un primer *corpus* normativo de carácter más amplio que debió existir en una época bastante remota de la antigüedad romana, constituyendo probablemente una suerte de compendio de las primeras costumbres latinas.

Los romanos las conceptualizaron como leyes y les dieron un contenido jurídico preciso que seguramente se complementaba con las verdaderas leyes que más tarde dictaron, especialmente la de las XII Tablas, donde algunas de las normas atribuidas a los reyes se repiten, mientras que otras se amplían y modifican.

Lamentablemente nuestro conocimiento de las XII Tablas es tan fragmentario e impreciso como aquél que tenemos de las leyes regias, ya que sólo conservamos ciertas normas que se refieren a materias muy determinadas gracias a la feliz casualidad de haber sido citadas por algún gramático, orador o jurista.

En todo caso, entre los fragmentos con que contamos, existen algunos que se refieren a la *patria potestas* y específicamente al *ius vitae necisque* que nos preocupa en este momento.

La primera norma que encontramos al respecto se refiere a los recién nacidos y es similar en su contenido a la norma cuatro que más arriba dedujimos del fragmento de Dionisio referido a las leyes regias:

Cic., *De legibus*, 3, 19, 12: “*Deinde, quom esset cito <n>ecatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer, breui tempore nescio quo pacto recreatus multoque taetrior et foedior <re>natus est*”.

Sen. 3, 15, 2, 5: “*portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrisque editi sunt, mergimus; nec ira sed ratio est a sanis inutilia secernere*”.

Como bien señala Bonfante<sup>178</sup>, los fragmentos expresan un deber jurídico impuesto al *pater* consistente en matar todo parto monstruoso. Las razones para tal conducta se encuentran tanto en una política eugenésica común a muchos pueblos antiguos, como también en la necesidad de orden económico y militar de criar ciudadanos sanos. Adicionalmente cabe añadir que los romanos creían en la existencia de seres divinos, como los centauros, cuya existencia querían conjurar eliminando a cualquier ser sobrenatural que eventualmente fuese parido.

Sin embargo, lo que el insigne jurista se niega a ver es que al imponer la ley un deber, restringe, al mismo tiempo, un derecho, en este caso, el *ius vitae*. El *pater* no tenía facultades para criar a un hijo deforme, obligándole la ciudad, es decir, la autoridad pública, a hacer uso de su *necis potestas*, con lo que se ve privado del aspecto positivo de la misma, es decir, de su *vitae potestas* o facultad para perdonar.

<sup>178</sup> BONFANTE, PIETRO, *Corso* (n. 1), pp. 108 ss.

La crítica no ha prestado demasiada atención al fragmento en estudio y los comentarios a él referidos suelen ser de carácter marginal<sup>179</sup>, pero nosotros pensamos que constituye una pieza importante que manifiesta el carácter limitado que tuvo *ab antiquo* la *patria potestas*, pues al igual que el caso de los Horacios, expresa que el *pater* no siempre se encontraba en posesión del *ius vitae*, sino que muchas veces tenía la obligación de aplicar su *necis potestas*<sup>180</sup>.

La segunda norma que se refiere al *ius vitae necisque* en la codificación decemviral es muy debatida, pues por una parte tiene un alcance más amplio y por otra su conservación es tan lamentable que su misma existencia se hace dudosa para buena parte de la crítica.

El problema se refiere esencialmente a los fragmentos de Autun, donde constan partes de la obra de Gayo. En efecto, en Gai. 4, 86, entre las muchas lagunas que contiene se puede leer: “*De filio hoc crudele est sed ... non est ... r ... occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum. Sed deferre iu(dici) debet propter calumniam*”.

En cambio, en el lugar correspondiente del manuscrito veronense (4, 80) se lee solamente “*(XII) tabul(arum)*”.

El fragmento en cuestión ha sido ampliamente debatido por diferentes autores sin llegar a un general acuerdo sobre su inteligencia.

Albanese<sup>181</sup> llamó la atención sobre la comparación de los fragmentos y sostuvo que ya en la Ley de las XII Tablas se habría limitado jurídicamente la facultad del *pater* para matar al hijo, pues sólo le era lícito hacerlo en caso de mediar justa causa. El problema, según apunta el autor, es qué cosa debemos entender por justa causa.

Paralelamente, Kunkel<sup>182</sup> también dedica atención al problema de la reconstrucción del Gayo veronense, donde integra la referencia de los Fragmentos de Autun, concluyendo también que el *pater* no podría matar arbitrariamente al hijo. Según la visión de este autor, el órgano llamado a determinar la existencia de una justa causa es el tribunal doméstico, especialmente por el análisis comparativo que hace de D. 48, 8, 2. Puesto que el *iudicium domesticum* será prolijamente tratado en su oportunidad, nos reservamos la crítica a esta parte de la doctrina del autor para ese momento.

Guarino<sup>183</sup>, en una escueta réplica a los planteamientos de Kunkel, señala que los fragmentos se hallan demasiado mutilados, por lo que les quita toda credibilidad.

<sup>179</sup> Un ejemplo curioso es el de Rabello, que después de citar erradamente los fragmentos en cuestión le quita su significado jurídico señalando que era verdaderamente una facultad más que una obligación. Véase RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 92.

<sup>180</sup> En este sentido parece inclinarse VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 414, aunque se refiere sólo tangencialmente al problema.

<sup>181</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sul evol. stor.* (n. 62), pp. 357 ss.

<sup>182</sup> KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.; seguido en este punto por FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), pp. 55 ss.

<sup>183</sup> GUARINO, Antonio, *Il iudicium domesticum*, en *Pagine di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1995), VI, pp. 539 ss.

Volterra<sup>184</sup> realiza a propósito de la cuestión una interpretación interesante. Acepta la legitimidad de integrar el manuscrito veronense con el fragmento de Autun y lo pone en un contexto más amplio. Señala que el límite a la potestad del *pater* es de origen estatal, emanando del principio expresado en la Ley de las XII Tablas y obligándolo, en la época de Gayo, a llevar la cuestión delante del *pretor*, es decir, ante la autoridad pública. El problema esencial de la hipótesis de Volterra es que, no obstante ser bastante probable para el siglo II d. C., deja sin resolver la cuestión para la época de las XII Tablas en que ni siquiera existía el *pretor* como magistratura. En otras palabras, ¿si la *vitae necisque potestas* estaba limitada en la época de Gayo, lo estaba también en la de las XII Tablas o es producto esta limitación de una interpretación posterior de sus preceptos?

Finalmente, Voci<sup>185</sup> acepta también la integración propuesta, estableciendo que por la referencia de Gayo parece innegable que la Ley de las XII Tablas debió limitar la *necis potestas* a sólo los casos en que existiese una justa causa, señalando que probablemente tal limitación emanase de normas incluso anteriores relacionadas con las leyes regias.

A fin de resolver la cuestión, trataremos el problema por partes. En primer término, parece válido aceptar que las XII Tablas limitaban la facultad del *pater* de matar a sus hijos. La frase *occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum* en una obra de carácter jurídico es lapidaria y atribuye directamente a dicho cuerpo normativo la existencia de un precepto en este sentido, no pudiendo el intérprete excusarse en lo mutilado del texto, como hace Guarino, para evadir su significado.

Aceptado que la frase ha de tener un origen decemviral, ella sólo admite dos interpretaciones posibles<sup>186</sup>, o que la ley permitía *occidere sine iusta causa*, precepto bárbaro e irracional a todas luces, o que no lo permitía, lo que pondría al precepto en relación con lo que hemos inducido del análisis de los casos de aplicación histórica del *ius vitae necisque*.

En efecto, de las limitaciones establecidas por las leyes regias parece probable la inducción de un precepto superior no expresado que establecería la necesidad de una causa justa para la aplicación de castigos de parte del padre a los hijos. Por lo demás, esto coincide fundamentalmente con lo que sabemos de la aplicación efectiva del *ius vitae necisque* desde los tiempos más remotos. En efecto, en todas las situaciones en que un padre, real o presuntamente, ordenó la muerte de un hijo, la muerte estaba justificada desde el punto de vista de la sociedad romana. Es más, normalmente se concibe como un desgraciado deber que tuvo la mala fortuna de cumplir el *pater*, como el cónsul Bruto.

En todas las situaciones que parecieron dudosas, la justicia de la causa es estudiada por un procedimiento que la garantice, sea actuando el *pater* en solitario *cognita domi causa*, es decir, escuchando los testimonios y la defensa del propio hijo, sea asesorándose por un *consilium* nombrado al efecto por el mismo con los

<sup>184</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunale domestico* (n. 60), pp. 150, seguido en este punto por RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 88 ss.

<sup>185</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 413 ss.

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 413.

miembros más relevantes de la opinión pública, como L. Gelio, que invita a la totalidad del Senado o Tarius Rufus que pone al propio Augusto de consejero. En casos en que el castigo paterno excede a lo que la sociedad puede considerar justo interviene la autoridad pública, como ante la reclusión arbitraria ordenada por L. Manlio Imperioso o la muerte decretada por Quinto Fabio Máximo.

En pocas palabras, la norma que limitase la facultad del *pater* de matar a sus descendientes sólo cuando medie una justa causa parece estar acorde tanto con la historia romana, como también con las pocas disposiciones que conocemos de la época más remota de Roma. Que tal precepto estuviese incluido en las XII Tablas no debe sorprendernos; detrás de la teoría que afirma que tal norma sería producto de una evolución o interpretación posterior se esconde un axioma no expresado que reza “a más antiguo, más bárbaro”, el cual es ciertamente dudoso. La antigüedad y el barbarismo son dos cuestiones distintas y es sólo fruto de la mentalidad evolucionista de principio del siglo XX que la romanística las asociara. Actualmente la antropología ha desmentido ampliamente dicha conjunción mítica, pues para que cualquier sociedad funcione debe encontrarse en armonía consigo misma. Si se otorgan grandes facultades a un individuo o autoridad, normalmente la comunidad también establecerá frenos al ejercicio de tales derechos para evitar que la convivencia se torne intolerable.

Finalmente, podemos señalar que existe una última confirmación de la antigüedad de la limitación de la *patria potestas* en D. 11, 7, 35 (Marc., 5 *dig.*): “*Minime maiores lugendum putauerunt eum, qui ad patriam delendam et parentes et liberos interficiendos uenerit: quem si filius patrem aut pater filium occidisset, sine scelere, etiam praemio adficiendum omnes constituerunt*”.

El fragmento es sugestivo y es mérito de Voci<sup>187</sup> el haberlo asociado con la norma decemviral. En efecto, el fragmento distingue entre la muerte *cum* y *sine scelere*, siendo la primera digna de castigo y la segunda de premio, lo que es perfectamente acorde con la *iusta causa* que exigiría la Ley de las XII Tablas. Por sí mismo el fragmento no basta para reputar decemviral dicha distinción, pero cuando los jurisconsultos clásicos se refieren a los “*maiores*”, ciertamente apuntan a la época Republicana, usualmente a la temprana.

Por último, si bien debemos aceptar que ninguno de los argumentos presentados hasta el momento conduce, por sí mismo, a la conclusión matemática de la existencia de una norma que limita la *nevis potestas* a casos donde pueda acreditarse justa causa bajo sanción por parte de la ciudad en caso de contravención, creemos que la combinación que hemos establecido entre todos ellos es un grupo de indicios que son suficientes para formar convicción y plena prueba de la limitación civil y jurídica de la *patria potestas* desde los tiempos más arcaicos por parte de la comunidad. La construcción intelectual de una *patria potestas* arbitraria y despótica debe ser revisada puesto que manifiestamente no coincide con lo que sabemos del Derecho Romano.

Hasta el momento hemos establecido la existencia de limitaciones jurídicas al *ius vitae nevisque* desde la época más antigua de la historia de Roma. Para cerrar

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, pp. 417.

la presente sección, debemos ahora investigar qué autoridad o mecanismo se encargaba de llevar a efecto el cumplimiento de tal norma. Para ello analizaremos primero lo que la doctrina ha llamado “tribunal doméstico” y luego pasaremos a estudiar la acción de los censores y tribunos.

#### 6. El *iudicium domesticum*.

El *iudicium domesticum* es una de las instituciones que mayor debate ha suscitado en el Derecho Romano. Alrededor de este nombre coexisten un sinnúmero de interpretaciones y teorías que intentan explicar sus características, por lo que sólo resumirlas ordenadamente es ya un trabajo arduo.

La controversia<sup>188</sup> viene desde los tiempos de Mommsen, relacionada con los casos en que aparece el *pater* convocando un *consilium* para tomar ciertas decisiones, como el ejercicio de la *nevis potestas* sobre quienes le están sometidos. Mommsen calificó la cuestión como mera coerción.

Posteriormente fue Bonfante<sup>189</sup> quien le dio vuelo a la institución articulándola como parte de su teoría política. De conformidad al autor, la familia sería una entidad paralela al Estado que cumpliría funciones análogas al mismo, ostentando la soberanía el *pater*. De esta manera, la familia, como entidad independiente del Estado, tendría sus propios tribunales y las normas por las que se regiría serían los *mores familiares*.

Por su parte, fue Düll quien sistematizó la institución y le dio la calificación<sup>190</sup> de *iudicium domesticum* a partir de una cita de Cicerón<sup>191</sup> y dos de Séneca<sup>192</sup> que hablan de un *iudicio amicorum* y al *pater* se lo califica de *domesticus iudici*. La teoría de Düll conceptualiza el *iudicium domesticum* como derivante de la posición del *pater* como *dominus* y centro<sup>193</sup> de la familia romana. En los casos en que tuviese que aplicar sus más altas facultades, especialmente la *nevis potestas*, sobre las per-

<sup>188</sup> Buenos resúmenes de la misma en KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 68 ss.; como también en BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1287 ss.

<sup>189</sup> Véase BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 98 ss.; como también *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociale primitive*, en *Scritti giuridici*, I: *Famiglia e successione* (Torino, 1916, Unione Tipografica), pp. 18 ss.

<sup>190</sup> DÜLL, Rudolf, *Iudicium domesticum* (n. 59), pp. 54 ss.

<sup>191</sup> CIC., *Pro Pis.* 39, 3: “Nihil enim mea iam refert, utrum tu conscientia oppressus scelerum tuorum nihil umquam ausus sis scribere ad eum ordinem quem despexeras, quem adflixeras, quem deleveras, an amici tui tabellas abdiderint idemque silentio suo temeritatem atque audaciam tuam condemnarint; atque haud scio an malim te videri nullo pudore fuisse in litteris mittendis, at amicos tuos plus habuisse et pudoris et consilii, quam aut te videri pudentioem fuisse quam soles, aut tuum factum non esse condemnatum iudicio amicorum”.

<sup>192</sup> SENECA, *De ben.* 3, 11, 2: “Deinde alia condicio parentium est, qui beneficia, quibus dederunt, dant nihil minus daturique sunt, nec est periculum, ne dedisse ipsos mentiantur; in ceteris quaeri debet, non tantum an receperint, sed an dederint, horum in confesso merita sunt, et, quia utile est iuventuti regi, inposuimus illi quasi domesticos magistratus, sub quorum custodia contineretur”; *Controv.* 2, 3, 18 “Cestus hac figura declamavit, ut rogaret patrem, tamquam <non> exoratus esset raptae pater; deinde ad hanc sententiam transit: numquid peiorem causam habeo si apud alterum iudicem vici? Eadem figura declamavit et Hispo Romanus, sed transit mollius: scio quid responderi possit mihi: facile est domesticus iudici satis facere; videro <de> te cum ab raptae patre veneris”.

<sup>193</sup> DÜLL, Rudolf, *Iudicium Domesticum* (n. 59), pp. 56 ss.

sonas a él sometidas debía utilizar un procedimiento judicial que estableciese con equidad la culpa. Para esto convocaba a su *consilium*, que estaría conformado por un grupo de amigos y parientes más o menos amplio y discrecional que le ayudase a tomar la decisión. Su determinación no sería simplemente coerción, puesto que sería llevada a cabo mediante un mecanismo jurisdiccional al interior de la familia y de conformidad a normas conocidas de antemano, los *mores maiorum*. En casos excepcionales podía dispensarse al *pater* de la convocación del *consilium*, por ejemplo, cuando el autor ha sido sorprendido *in fraganti*.

Este punto de vista defendido por Düll y Bonfante, fue duramente criticado por Volterra en dos artículos que atacan cada una de las partes de la teoría. Por un lado eliminó el mito de los *mores familiares*<sup>194</sup> demostrando ampliamente que la voz *mores* sólo se refiere a la *civitas*, mas no a grupos intermedios como la familia, y por otro, escribió una demoledora crítica a la teoría tradicional negando la existencia y el funcionamiento jurídico del pretendido tribunal doméstico<sup>195</sup>. En esta última establece que la convocación de un *consilium* es expresión de la misma *patria potestas* y no un poder diferente de aquélla<sup>196</sup>. No sería una jurisdicción paralela a la estatal<sup>197</sup>, como manifiestan los partidarios de Bonfante, sino simplemente una instancia facultativa que sirve al *pater* para fundamentar sus decisiones más importantes<sup>198</sup>, no constituyendo un verdadero límite a sus facultades, las que sólo serán restringidas por obra de los emperadores<sup>199</sup>.

Las conclusiones de Volterra, que básicamente validan y amplían la posición de Mommsen, dejaron amplia huella y fueron seguidas por buena parte de la doctrina, entre otros, por Guarino<sup>200</sup> y Pólay<sup>201</sup>.

Frente al ataque de Volterra, la teoría tradicional sobrevivió gracias a encontrar un defensor de la talla de Kunkel<sup>202</sup> que la defendió de sus críticos y consiguió el apoyo de muchos seguidores<sup>203</sup>.

La teoría de Kunkel ya la hemos examinado parcialmente y difiere de la visión política pura de Bonfante en que concibe la *patria potestas* como limitada por la misma ciudad a través de dicho procedimiento. Sus argumentos esenciales son que las facultades más leves de corrección del *pater* pueden ejercerse sin necesidad de convocar a un *consilium*, como la de multar a su mujer en la dote, mientras que las más importantes como el *ius vitae necisque*, debían ejercerse a través de

<sup>194</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Sui mores della familia romana* (Napoli, 1995, Jovene Editore), II.

<sup>195</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunale domestico* (n. 60), pp. 103 ss.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 107 ss.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 123 ss.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>200</sup> GUARINO, Antonio, *Il iudicium domesticum* (n. 183), pp. 539 ss.

<sup>201</sup> PÓLAY, Elemér, *Das regimen morum des Zensors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, pp. 3264 ss.

<sup>202</sup> KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.

<sup>203</sup> Entre otros, RUGGIERO, Antonio, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, en *Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), IV, pp. 1593 ss.; LONDRES DA NÓBREGA, Vandick, *A Restituição do dote* (n. 70), pp. 53 ss.

un órgano jurisdiccional paralelo a los tribunales del Estado que sería el *consilium domesticum*.

El *ius vitae necisque* se encontraría limitado por este procedimiento, y ya desde la época de las XII Tablas necesita el *pater* de una *iusta causa* para aplicar la pena al hijo. Para determinar la existencia de esta justa causa es que se convoca al tribunal doméstico. Si el *pater* omite tal convocatoria, se arriesga a sanciones.

A fin de establecer esto, pone en relación el fragmento de Autun 4, 86 antes examinado con el mutilado D. 48, 8, 2, integrándolo de la siguiente manera: “*Inauditum filium pater occidere non potest, sed (cognoscere de eo cum amicis vel accusare eum apud praefectum praesidemve debet)*”.

Guarino<sup>204</sup>, seguido en este punto por Rabello<sup>205</sup> afirma que la construcción de Kunkel es poco elegante, puesto que “Ulpiano non allude al *iudicium domesticum* nella prima proposizione, nè si contraddice con la seconda parte del suo discorso. Egli si limita a segnalare l’obbligo, posto dal *ius novum* imperiale, di esercitare il *ius vitae ac necis* solo dopo avere ascoltato le ragioni del figlio, oppure di deferire quest’ultimo al giudizio *extra ordinem* del *praefectus* o del *praeses* provinciale. Del *iudicium domesticum* in Ulpiano non vi è traccia, nè necessità”.

Finalmente, una última opinión bastante minoritaria en el medio continental, pero con muchos adeptos entre los anglosajones es la defendida por Voci<sup>206</sup> y Watson<sup>207</sup>. Según estos autores, el *consilium domesticum* tendría por función la justificación social del ejercicio de los actos más graves por parte del *pater*. Así, su misión sería extralegal<sup>208</sup>, pues el verdadero titular del *ius vitae necisque* es el *pater* y no el *consilium*.

En casos de flagrancia y de culpa manifestamente demostrada sería innecesario convocarlo, pues la posición del *pater* se encuentra suficientemente salvaguardada<sup>209</sup>.

Dentro de esta misma línea, Bauman<sup>210</sup> señala que lo importante no es si el *consilium* puede calificarse como un tribunal en el sentido moderno de la expresión, sino más bien que efectúa algunas funciones propias de un tribunal y otras que no lo son. La convocatoria sería voluntaria, pero si el *pater* cree innecesario convocarlo la opinión pública puede criticarlo.

Frente a esta verdadera vorágine de opiniones y teorías, intentaremos establecer un punto de vista que se apoye esencialmente en las conclusiones que hemos podido obtener hasta ahora de los casos examinados y de la existencia de normas que limiten el *ius vitae necisque*.

En primer lugar podemos descartar que el *ius vitae necisque* pueda ejercerse arbitrariamente. Del análisis realizado es factible concluir con bastante seguridad que tenía un límite y este era, no de carácter social como sostiene Kaser<sup>211</sup>, sino

<sup>204</sup> GUARINO, Antonio, *Il iudicium domesticum* (n. 183), pp. 540 ss.

<sup>205</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 144 ss.

<sup>206</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 419 ss.

<sup>207</sup> WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables* (n. 67), pp. 42 ss.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 43.

<sup>209</sup> VOCI, Pascuale, *Storia della patria potestas* (n. 61), pp. 420.

<sup>210</sup> BAUMAN, Richard A., *Family Law* (n. 82), pp. 1287 ss.

<sup>211</sup> KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 70 ss.

de índole jurídica. Este límite, provenía de la *civitas* misma y no de los cuerpos intermedios, teniendo un reconocimiento legal a lo menos en las XII Tablas, sino antes.

En segundo lugar, es importante señalar que el *pater* se encuentra facultado para ejercer su *ius vitae necisque* en casos en que no exista una culpa que podamos imputar a la víctima, es decir, de manera no “penal”, siempre que encuentre una justa causa para hacerlo.

Los ejemplos más claros están en los casos de defensa del honor de la familia, como el de Virginia, que evidentemente es inocente, o en el caso de Pontius Aufidianus, en que la descripción de Valerio Máximo da lugar a sospechas en este mismo sentido.

Es decir, el *ius vitae necisque* no es un instrumento de naturaleza necesariamente jurisdiccional, puesto que puede operar con independencia de la culpa, necesitando tan solo de la existencia de una justa causa, en estos casos, el honor familiar. La necesidad de la justa causa no debe confundirnos y llevarnos a creer que el *pater* está ejerciendo necesariamente una potestad jurisdiccional en el uso de su *vitae necisque potestas*, como un Estado paralelo, en el sentido de Bonfante.

En tercer término, existe un amplio grupo de casos en que el *pater* condena sin hacer amago alguno de procedimiento judicial, como nos revelan los incidentes del cónsul Bruto, Virginio, A. Postumio, M. Torquato, M. Escauro y Fulvio.

Los seguidores de la teoría del *iudicium domesticum* señalan que en estos casos se trata de excepciones, puesto que los *patres* que habrían aplicado la muerte a sus hijos se encontrarían en ejercicio de magistraturas que los habilitarían para efectuar tales actos sin el auxilio de un *consilium*<sup>212</sup>, como Bruto, Postumio y M. Torquato, o al amparo de orden directa del cónsul, como Fulvio. Sin embargo, dichas interpretaciones no resultan convincentes en lo relativo a Virginio o Escauro, puesto que ninguno de los dos se encontraba cobijado por alguna magistratura en ese momento. El único elemento común a todos ellos es que la causa se encontraba plenamente demostrada y era considerada como justa por la opinión pública.

En el caso de Bruto fue la defensa de la República la justa causa, donde el testimonio del esclavo Vindicio<sup>213</sup> demostraba claramente la realidad del peligro que se cernía sobre Roma.

Tanto Postumio como Manlio Torquato, defendían la disciplina militar, y si podían matar a un soldado cualquiera por romper sus filas, evidentemente también podían hacerlo con sus hijos, no obstante ser por ello Manlio Torquato objeto del odio de los jóvenes<sup>214</sup>.

El peligro que corría Virginia era evidente no sólo para Virginio, sino también para la ciudad toda, por lo que su muerte se consideró justa.

Otro tanto podemos decir de Fulvio, pues la investigación del Senado y el *senatum consultum ultimum* daban por sentado el peligro, la legitimidad de la causa y la necesidad de la pena.

<sup>212</sup> Véase al respecto BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 95 ss.; como también KUNKEL, Wolfgang, *Das Konsilium* (n. 70), pp. 219 ss.

<sup>213</sup> LIV. 2, 5, 9.

<sup>214</sup> VAL. MAX. 9, 3, 4.

En cuanto a M. Escauro, la fuga de su hijo era también cosa evidente y probada para toda la ciudad, y la causa era considerada justa por toda la tradición romana, de modo que su orden era legítima.

En otras palabras, el único elemento común a todas las muertes sin procedimientos especiales es la flagrancia o la evidencia de la causa que la costumbre acreditaba como “justa”.

Existe también otro grupo de casos en que el *pater* se comporta de una manera que recuerda a un procedimiento jurisdiccional. Esto se realiza de una de dos maneras, ora se nos presenta el *pater* en solitario escuchando los testimonios del hijo y los testigos (*cognita domi causa*), o convoca un *consilium* para que lo asesore.

Dentro del primer grupo, es decir, actuando en solitario *cognita domi causa*, se ubican los casos correspondientes a T. Manlio Torquato y Quinto Fabio Máximo, mientras que militan en el segundo grupo, es decir, actuando conjuntamente con un *consilium*, Sp. Cassius L. Gelio y L. Tarius Rufus.

En estos casos es manifiesto que la culpa era dudosa y el *pater* se comporta de una manera cuasi judicial a fin de imponer una sanción equitativa para el hijo. Los partidarios de la teoría del *iudicium domesticum* como una instancia de carácter jurisdiccional paralela a la estatal se aferran a estos casos para demostrar el carácter jurídico del *consilium*, puesto que ven en esta conducta una demostración de su teoría.

El principal problema que tiene la teoría del *iudicium domesticum* es que, en caso de ser verdadera, el *ius vitae necisque* no estaría en manos del *pater*, sino más bien del *consilium*<sup>215</sup>. Si el *pater* sólo puede matar a sus descendientes en virtud de la aprobación del consejo familiar, sería el consejo el verdadero titular de tal poder, teniendo el *pater*, a lo sumo, un *ius postulandi* ante éste para solicitar su aplicación. Nada de esto es posible encontrarlo en las fuentes. Es más, ya hemos señalado que existen ocasiones en que el *pater* actúa conociendo la causa en solitario, limitándose a escuchar a los testigos y al afectado. Esto echa por tierra la teoría de Kunkel que supone en el consejo un verdadero control para el *pater*.

El punto es que afirmar el carácter jurisdiccional del *iudicium domesticum* implica, a lo menos, aprobar las siguientes premisas básicas:

i) La conducta cuasijudicial del *pater*, sea a través de la convocación del *consilium* o al menos de la *domi causa cognita* son obligatorias, los casos en que se ejerza el *ius vitae necisque*.

ii) La sanción impuesta por el *iudicium domesticum* produce cosa juzgada en instancia estatal, por lo que la sentencia del *iudicium domesticum* no es revisable por los tribunales públicos.

iii) La sentencia del *iudicium domesticum*, como instancia legítima, no acarrea sanciones para quien la aplique.

Ninguna de estas premisas puede ser aceptada a la luz de los casos históricos.

En primer término, no en todos los casos, ni siquiera en todos los que podríamos calificar de “dudosos”, se convocó a un *consilium* ni se actuó *cognita domi*

<sup>215</sup> WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables* (n. 67), pp. 43.

*causa*. Ni en el caso de Fabius Censorius, ni en el de Pontio Aufidiano, ni en el de Filisco tenemos noticia alguna de haber estos padres actuado de alguna manera que recuerde un procedimiento judicial.

En cuanto a la cosa juzgada, es evidentemente errado sostener que una decisión del *pater* no pueda ser revisada por la comunidad política. El caso más antiguo en este sentido se confunde con la leyenda, lo que nos indica que desde la época más arcaica romana las familias no tenían ninguna independencia ante la ciudad y no constituían un “Estado paralelo”. Horacio fue juzgado por la comunidad a pesar de la absolución paterna. El *pater* simplemente tuvo que comparecer como testigo ante la acusación y la absolución paterna, aunque fue tomada en cuenta, no paralizó por sí misma el procedimiento.

Otro tanto podemos decir del caso de Quinto Fabio, pues su sentencia no sólo fue revisada, sino que además se le impuso el exilio por su acción ya que no estaba amparada por una causa suficiente como para considerarse justa. Esto atenta contra las premisas dos y tres conjuntamente.

Creemos estar en posición de descartar el rol jurisdiccional del *iudicium domesticum*, pero sin embargo, esto abre una duda evidente, ¿entonces qué papel jugaba aquello que los romanos llamaban *consilium*?

El problema principal de la teoría de Volterra y sus seguidores es que deja en la sombra todas las referencias que tenemos al *consilium* y todos los casos en que el *pater* utiliza un procedimiento cuasi judicial para determinar la justicia de su decisión, y es por ello que haremos un planteamiento alternativo sobre la cuestión.

Sabemos que existía una norma jurídica que obligaba al *pater* a ejercer su *nevis potestas* sólo en los casos en que mediase una justa causa.

La existencia de esta justa causa bien puede ser la comisión de un delito por parte del afectado como también otros hechos habilitantes, por lo pronto el honor familiar.

Esta causa puede o no estar suficientemente probada ante los ojos de la comunidad. Si el hecho que sirve como causa es de carácter delictual, el *pater* puede proceder de una manera que ponga en evidencia su existencia actuando de un modo similar a la que utilizaría un tribunal, es decir, escuchando los testimonios de los afectados y la defensa que su hijo pueda llevar a cabo.

En el evento que el asunto sea de un carácter muy delicado, será conveniente que invite a esta deliberación a otras personas que podrían eventualmente sentirse afectadas por la decisión que tome. Así tendrá especial cuidado de incluir en el *consilium* a los parientes de su mujer, a algunos miembros del Senado o al mismo César Augusto.

El rol que toma el *consilium* no es jurisdiccional sino más bien social, en el sentido que le sirve al *pater* para justificar la extrema medida que ha tomado o moderar la que planea llevar adelante. Si no lo convoca o no se comporta de una manera judicial, eventualmente puede ser sancionado, no tanto por el hecho de omitirlo, sino más bien por carecer de una justa causa para dar muerte a su hijo. Incluso en el evento de comportarse casi como un juez o con el asesoramiento del *consilium* puede verse puesto en entredicho, pero entonces podrá invocar el rigor de su investigación o la autoridad de sus amigos para evitar la condena.

También en caso que no lo convoque o no crea necesario actuar a modo de juez puede verse libre de acusaciones si la causa es justa y aprobada por la tradición.

Este papel de justificante social con miras a la posible sanción jurídica que el *consilium* tiene explica la variedad de las referencias que a él se hace. Podrá formarse con amigos, con parientes, con vecinos o, en general, con personas cuya autoridad garantice al *pater* buenos consejos.

Un ejemplo que parece confirmar nuestra tesis lo encontramos en la comedia de Plauto llamada *Stichus*. La situación es la siguiente: el *pater* desea divorciar a sus hijas de sus maridos ausentes desde hace tres años. La cuestión es espinosa, no sólo por lo importante de la decisión, sino también por la probable oposición de sus hijas, con las cuales el padre no desea enemistarse. Al entrar a tratar el asunto, les señala que ha consultado con sus amigos y junto con ellos ha decidido divorciarlas, 125 ss.: “[Ant.] *Edepol vos lepide temptavi vostrumque ingenium ingeni. sed hoc est quod ad vos venio quodque esse ambas conventas volo: mi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum*”. Las muchachas se oponen y refutan los argumentos del padre, el cual finalmente se da por vencido y decide volver a revisar la cuestión con sus amigos, 141 “[Ant.] *Bene valete. ibo atque amicis vestra consilia eloquar*”.

Nos parece que esta situación nos muestra el modo efectivo que un *pater* tiene para actuar al tomar una decisión importante. Reúne a un *consilium* formado por personas de su confianza. Después de discutir con ellas sus intenciones y la justicia de las mismas toma una decisión, pero, contra lo que piensan los sostenedores del *iudicium domesticum*, ésta no es vinculante para el *pater*. De acuerdo a las circunstancias, puede decidir no ejecutar las medidas aconsejadas por el *consilium* e incluso volver a consultarle de nuevo.

Creemos haber encontrado el rol real del *consilium* y del comportamiento cuasijudicial del *pater* mediante la *cognita domi causa*, pero todavía nos queda algún camino que recorrer a fin de determinar qué autoridades estarían encargadas del control del *ius vitae necisque*, lo que llevaremos a cabo en el acápite siguiente.

### 7. *Censores y tribunos.*

Constituye un notable mérito de Kaser<sup>216</sup> haber llamado la atención de la doctrina sobre la institución de la censura como limitadora de la *patria potestas*. De conformidad a su tesis, serían los censores, en su calidad de encargados de velar por las costumbres de la ciudad, quienes ejercerían un control de carácter social sobre los *patres* sancionando con su nota a quienes violaran las prescripciones establecidas por la costumbre y el *ius sacrorum* respecto al ejercicio de la *patria potestas*.

Dentro de su concepción, dicho control no tendría un carácter jurídico<sup>217</sup>, tanto por estar basado en reglas de orden consuetudinario, como por ser discrecional, dependiente del carácter más o menos severo que tenga cada censor en particular.

<sup>216</sup> El trabajo de KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 63 ss. es ya un clásico para la romanística.

<sup>217</sup> KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 74 ss.

Contra esta visión, Albanese sostiene el alcance jurídico de la nota censoria<sup>218</sup>, sobre todo por las notables consecuencias que de ella podrían sobrevenir, privando incluso al *pater* de su ciudadanía.

Volterra cita la obra de Albanese para reafirmar la inexistencia de limitaciones a la *patria potestas* por parte del *iudicium domesticum*<sup>219</sup> o de los *mores familiares*<sup>220</sup>, pero deja completamente abierta la pregunta relativa a si es que los censores ejercían una función moderadora de la *patria potestas* o no, principalmente porque la cuestión no presentaba interés para él en el contexto de su trabajo.

La crítica posterior ha sido unánime<sup>221</sup> en aceptar la intervención de los censores dentro de la vida familiar romana y fijar la acción de éstos como limitante a la *patria potestas*, aunque ha declinado terciar en el debate relativo a la juridicidad de la misma.

En nuestra opinión, hay dos elementos diferentes en la tesis de Kaser que deben ser considerados separadamente. Sobre el carácter jurídico de las leyes regias ya nos hemos pronunciado en su momento y pensamos que, dentro de la mentalidad romana, la cuestión no deja lugar a dudas, pues para ellos eran leyes con un efecto tan vinculante como cualquier otra norma jurídica legislativa.

Un segundo problema es determinar si la acción de los censores tiene o no un carácter jurídico. En principio, no puede dudarse de la amplia discrecionalidad con que cuentan a la hora de llevar a cabo su función, como lo atestigua un gracioso episodio ocurrido en plenas Guerras Anibálicas entre Saltinator y Claudio Nerón.

Ambos pertenecían a corrientes políticas rivales y como tales tenían una larga historia de malos entendidos y acusaciones recíprocas. Sin embargo, puesto que la victoria sobre Asdrúbal había sido obra común de los viejos enemigos políticos, obtuvieron ambos la censura al mismo tiempo. En ese momento, y a pesar de su aparente reconciliación, se dedicaron a tacharse mutuamente con notas infamantes, llegando a poner en crisis la censura como institución. Leemos en Liv. 29, 37, 9 y ss.: “*cita’ inquit Nero ‘M. Liuium’; et siue ex residua uetere simultate siue intempestiua iactatione seueritatis inflatus M. Liuium quia populi iudicio esset damnatus equum uendere iussit. item M. Liuius cum ad tribum Arniensem et nomen collegae uentum est, uendere equum C. Claudium iussit duarum rerum causa, unius quod falsum aduersus se testimonium dixisset, alterius quod non sincera fide secum in gratiam redisset. aequae foedum certamen inquinandi famam alterius cum suae famae damno factum est exitu censurae. cum in leges iurasset C. Claudius et in aerarium escendisset, inter nomina eorum quos aerarios relinquebat dedit collegae nomen. deinde M. Liuius in aerarium uenit; praeter Maeciam tribum, quae se neque condemnasset neque condemnatum aut consulem aut censorem fecisset, populum Romanum omnem,*

<sup>218</sup> ALBANESE, Bernardo, *Note sul evol. stor.* (n. 62), pp. 359 y ss

<sup>219</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Il preteso tribunale domestico* (n. 60), pp. 140 ss.

<sup>220</sup> VOLTERRA, Edoardo, *Sui mores della familia romana*, en *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene 1995), II, p. 530.

<sup>221</sup> Al respecto véanse los extensos estudios de RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 108 ss.; LONDRES DA NÓBREGA, Vandick, *A Restituição do dote* (n. 70), pp. 64 y ss.; CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 78 ss.

*quattuor et triginta tribus, aerarios reliquit, quod et innocentem se condemnasset et condemnatum consulem et censorem fecissent neque infitiri possent aut iudicio semel aut comitiis bis ab se peccatum esse: inter quattuor et triginta tribus et C. Claudium aerarium fore; quod si exemplum haberet bis eundem aerarium relinquendi, C. Claudium nominatim se inter aerarios fuisse relicturum. prauum certamen notarum inter censores; castigatio inconstantiae populi censoria et grauitate temporum illorum digna. in inuidia censores cum essent, crescendi ex iis ratus esse occasionem Cn. Baebius tribunus plebis diem ad populum utrique dixit. ea res consensu patrum discussa est ne postea obnoxia populari aerae censura esset”.*

El asunto es interesante pues nos muestra con bastante agudeza la manera regular que tenían los censores para actuar. Primero, citaban al acusado. En caso de no comparecer o no ser atendibles sus defensas, aplicaban sanciones.

Estas podían ser anuladas por el Senado, pero quedaba bien asentado el principio según el cual los censores no podían ser sancionados por ellas ante el pueblo<sup>222</sup>. La *intercessio* no parece tener lugar entre los censores, a diferencia de los cónsules y tribunos.

En cuanto a los hechos mismos que generan las sanciones, tal vez lo más interesante es que el episodio deja claro que éstos podían ser de carácter ajeno al *ius* de la *civitas*. Toda la guerra de sanciones que llevan a cabo ambos censores está basada en resentimientos de tipo personal, a los que se da una excusa más o menos creíble para aplicar su nota, sin que se observe en ellos rastro de juridicidad.

En otras palabras, los censores no están limitados en su actuar por el derecho vigente, sino que tienen completa libertad para imponer sus propias convicciones éticas a la hora de aplicar su nota.

Por supuesto, ello no impide que apoyen también su nota en normas jurídicas propiamente tales. Si existe una norma perteneciente al derecho de la ciudad que declare ilegítima una conducta, podrá también ser aplicada la nota, pero lo importante es que ésta puede extenderse a cuestiones que no están directamente contempladas en el *ius*.

De esta manera, el actuar del censor se orienta principalmente en un sentido ético antes que jurídico, por lo que la tesis de Kaser, en este aspecto, estaría justificada, ya que la nota censoria supone una limitación moral y social, mas no necesariamente jurídica.

El problema de la tesis de Kaser es que el censor también puede aplicar normas jurídicas como base a su nota. De la misma manera que no basta para calificar de jurídica una norma por el simple hecho que el censor la aplique como base para su nota en un caso determinado, tampoco puede calificarse como meramente social una norma por el hecho de haber sido aplicada ocasionalmente por el censor.

En otras palabras, el control de la actividad familiar por parte del censor sirve para acreditar la existencia de limitaciones de carácter social a la *patria potestas*, pero no desacredita la existencia paralela de controles jurídicos a la misma.

---

<sup>222</sup> Rabello, por su parte, sostiene que probablemente la opinión popular tendría cierto peso en las decisiones de los censores, especialmente a la hora de las elecciones, lo que no deja de ser razonable. RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 112 ss.

La acción de los censores en la vida interna de la familia se encuentra acreditada por testimonios fragmentarios y siempre escasos. El texto más importante, sobre el que llamó la atención de la crítica Castello<sup>223</sup>, lo entrega Dionisio de Halicarnaso, *Ant. Rom* 20, 13, 3: Ῥωμαῖοι δὲ πᾶσαν ἀναπετάσαντες οἰκίαν καὶ μέχρι τοῦ δωματίου τὴν ἀρχὴν τῶν τιμητῶν προαγαγόντες ἀπάντων ἐποίησαν ἐπίσκοπον καὶ φύλακα τῶν ἐν αὐταῖς γινομένων, οὔτε δεσπότην οἰόμενοι δεῖν ὤμῶν εἶναι περὶ τὰς τιμωρίας οἰκετῶν οὔτε πατέρα πικρὸν ἢ μαλθακὸν πέρα τοῦ μετρίου περὶ τέκνων ἀγωγὰς οὔτε ἄνδρα περὶ κοινωνίαν γαμετῆς γυναικὸς ἄδικον οὔτε παῖδας γηραιῶν ἀπειθεῖς πατέρων οὔτε ἀδελφοὺς γηνησίους τὸ πλεῖον ἀντὶ τοῦ ἴσου διώκοντας, οὐ συμπόσια καὶ μέθας παννυχίους, οὐκ ἀσελγείας καὶ φθορὰς ἡλικιωτῶν νέων, οὐχ ἱερῶν ἢ ταφῶν προγονικὰς τιμὰς ἐκλιπούσας, οὐκ ἄλλο τῶν παρὰ τὸ καθῆκον ἢ συμφέρον τῇ πόλει πραττομένων οὐδέν. ἐλπίζοντο τὰς κτήσεις τῶν πολιτῶν κατὰ τὴν τοῦ βασιλίζειν αἰτίαν”.

En el fragmento se tratan las distintas funciones del censor y se señala expresamente su intervención al interior de la familia como control en la educación de los hijos. Resulta especialmente relevante el “πέρα τοῦ μετρίου” que recuerda, como señala Rabello<sup>224</sup>, a la *iusta causa* de los fragmentos de Autun de las XII Tablas.

Otro testimonio de gran valor es el de Valerio Máximo<sup>225</sup> respecto al senador Lucio Annio, pero lo trataremos más adelante en este estudio por estar íntimamente relacionado con la *manus*.

Un testimonio final que ejemplariza la intervención constante del censor en la vida íntima de la familia romana lo tomamos de Plauto. En su comedia *Trinummus* nos muestra a Calicles sumamente preocupado discutiendo con Megarónides, quien lo critica por haber comprado la casa del corrupto Lesbónico, hijo de su amigo Cármides, a quien debía supervisar en ausencia de su padre.

Sabemos que Megarónides es el censor de Calicles, pues es llamado *castigatorem*<sup>226</sup> de Calicles a lo largo de la obra, voz que en este caso es usada como sinónimo de censor<sup>227</sup>. Incluso, cuando se entera que Lesbónico ha comprometido a su hermana sin dote, va inmediatamente donde su censor a fin que lo aconseje, según muestra la siguiente escena de los v. 601 ss.:

v “[Calicles] *Quo modo tu istuc, Stasime, dixti?*

[Stasimvs] *Nostrum erilem filium Lesbonicum suam sororem despondisse. em hoc modo.*

[Call.] *Cui homini despondit?*

[Stas.] *Lysiteli Philtonis filio, sine dote.*

[Call.] *Sine dote ille illam in tantas divitias dabit? non credibile dicis.*

[Stas.] *At tu edepol nullus creduas. si hoc non credis, ego credidero-*

<sup>223</sup> CASTELLO, Carlo, *Studi sul dir. fam.* (n. 88), pp. 85 ss.

<sup>224</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 113.

<sup>225</sup> VAL. MAX. 2, 9, 2.

<sup>226</sup> v. 187 y v. 614.

<sup>227</sup> Entre otros, podemos encontrar este uso en HORATIUS, *Ars* 174: “*castigator censorque minorum*”.

[Call.] *Quid?*

[Stas.] *Me nihili pendere.*

[Call.] *Quam dudum istuc aut ubi actumst?*

[Stas.] *Ilico hic ante ostium, tam modo, inquit Praenestinus.*

[Call.] *Tanton in re perditā, quam in re salva Lesbonicus factus est frugalior?*

[Stas.] *Atque equidem ipsus ultro venit Philto oratum filio.*

[Call.] *Flagitium quidem hercle fiet, nisi dos dabitur virgini. postremo edepol ego istam rem ad me attinere intellego. ibo ad meum castigatorem atque ab eo consilium petam.”*

La escena nos enseña que el control censorio llega al interior de la familia y que es motivo de constante preocupación para un hombre prudente como Calicles.

De todos modos, aunque el censor intervenga en la vida íntima de la familia romana y con el ejercicio de sus funciones limite la *patria potestas*, en ninguno de los casos examinados en que se hace uso del *ius vitae necisque* aparece el censor. Es más, no tenemos siquiera un testimonio en que aplique ningún tipo de sanción a un *pater* por maltratar a su hijo. Sabemos que el censor tenía facultades para intervenir, pero no tenemos referencia alguna que nos indique que efectivamente lo hizo.

De todas maneras, que no figure en las fuentes una situación en que efectivamente haya intervenido puede bien deberse a lo incompleto de las mismas o tal vez a que de hecho los censores actuaron muy pocas veces en este ámbito.

Curiosamente la magistratura que sí vemos actuando efectivamente cuando el *pater* ha abusado de su *ius vitae necisque* o incluso de su derecho a castigar solamente, es el tribuno.

Resulta extraño que la crítica no haya prestado atención al tribunado como ente limitador de la *patria potestas*, no obstante encontrarse ejerciendo esta función a lo menos en dos ocasiones dentro del análisis de los casos.

Se recordará que el dictador L. Manlio fue acusado por el tribuno de la plebe Pomponio por los malos tratos a que sometía a su hijo, el futuro Manlio Torquato. También la condena impuesta contra Quinto Fabio Máximo es sometida a votación por iniciativa del tribuno luego de haber dado muerte a su hijo sin causa suficiente. En este último caso, fue el tribuno quien acusó a Quinto Fabio, se llevó adelante un proceso y se lo condenó por la muerte de su hijo, lo que es ciertamente significativo.

En cuanto a la acusación contra Manlio, recordaremos que era dictador y como tal no podía ser acusado por el tribuno. Sin embargo, es justamente por este impedimento que el tribuno inteligentemente toma el camino de acusarlo, no como dictador, sino más bien como padre por los malos tratos que sufre su hijo. Si la acusación no prosperó, fue por la milagrosa intervención del mismo hijo agraviado, pero de hecho, la maquinaria del procedimiento popular estaba andando y había día fijado para conocer el asunto.

Pensamos que el tribunado era una magistratura con el poder suficiente para controlar el ejercicio abusivo del *ius vitae necisque*, aunque sólo lo hará ocasionalmente, puesto que la misión del tribuno era esencialmente de carácter político. Seguramente sólo intervenía en casos graves que causasen escándalo, dejando la generalidad del control del ejercicio de la *patria potestas* al censor.

### 8. Conclusiones.

Finalmente creemos estar en condiciones de resumir nuestras conclusiones respecto al *ius vitae necisque* como elemento de la *patria potestas* de una manera sistemática.

En primer término, del estudio realizado podemos establecer que el *ius vitae necisque* se encuentra limitado desde tiempos remotos por la tradición jurídica romana. De las normas consuetudinarias y sacrales que componían la "legislación regia" se puede inducir la presencia de una norma no expresada que obligue a justificar su eliminación en una justa causa, enunciado que será consagrado en forma legislada, a lo menos, en la época de las XII Tablas.

Para ser considerada justa o apropiada la causa que habilita al pater para ejercer la *necis potestas* no es menester que ésta sea de orden penal. Basta con que se encuentre avalada por la tradición para ser aceptable en la opinión pública romana. Se consideraron justas causas la monstruosidad del parto, la deslealtad con la patria (lo que va desde la *perduellio* hasta la corrupción), la falta a la disciplina militar y la castidad sexual femenina. Otros tipos de faltas habilitan al pater para aplicar castigos menores, como el *parricidium cogitatum*, mas no la muerte. Si la causa no está probada, el pater puede precaverse del juicio contrario de la opinión pública y de las sanciones penales que podría acarrearle la eliminación del descendiente actuando de forma cuasi judicial (*domi causa cognita*); es decir, oyendo los testimonios y las defensas que el hijo tenga que presentar. Si la pena es también discutible, puede convocar a un *consilium* con los miembros más relevantes de la opinión pública de su tiempo y las demás personas que puedan tener interés en el asunto.

En el evento que el pater ejercite arbitrariamente su facultad de castigo se arriesga a una nota censoria, mas si se excede en el ejercicio de su *necis potestas* propiamente tal, los tribunales pueden incoar un procedimiento en su contra.

Finalmente, si el supuesto se encuentra bajo la jurisdicción pública el pater pierde su *vitae potestas*, es decir, su facultad de perdonar al descendiente. Podrá ejecutarlo por sí mismo o defenderlo en juicio, con el consiguiente riesgo de su reputación, pero nada más.

Creemos que a lo largo de este acápite ha sido posible desechar distintos mitos que se relacionan con la *patria potestas*. El principal de ellos es la visión política de la familia romana.

En efecto, creemos que es insostenible la concepción bonfantina de la familia romana como un Estado en miniatura independiente de la autoridad pública. La ciudad intervino en la regulación de la familia y de las facultades del pater desde los tiempos más antiguos, limitando no sólo su *necis potestas*, sino también su *vitae potestas*. La actuación del pater no es asimilable a aquélla de la *civitas*, sino que se encuentra subordinada a ésta. Sus decisiones no constituyen un equivalente jurisdiccional y ni siquiera se ve libre de la intervención de la ciudad en la esfera íntima de su casa, pues siempre pesa sobre él la autoridad más o menos arbitraria del censor.

Aunque la visión política de la familia había sido criticada por la romanística, en muchos aspectos la doctrina sigue aferrada a distintos elementos que se derivan de ella, como el tribunal familiar y la jurisdicción penal del pater para sancionar

a las personas a él sometidas. Creemos que tales ideas deben ser desechadas junto con la teoría general que les dio origen, puesto que verdaderamente no encuentran fundamento histórico en qué apoyarse.

El *pater* no es un cónsul ni un dictador, no actúa junto a ningún Senado y no tiene leyes propias y distintas de la ciudad. Es simplemente miembro de una comunidad política y actuará en consecuencia a los principios y valores que dicha comunidad le imponga, debiendo incluso dejar de lado sus sentimientos personales para ejecutar personalmente a un hijo que antes crió con cariño.

La falsedad de una premisa envuelve la no científicidad de sus consecuencias, no obstante lo cómoda que nos resulten para explicar la realidad. Si la familia no es un Estado, tampoco aquello que los romanos llamaban *consilium* podrá ser un tribunal de justicia

Si los efectos de la visión política de la familia perduran en la romanística como prejuicios una vez que la doctrina ya no se siente inclinada a aceptar tal concepción en su totalidad, se debe principalmente a la vastedad y grandeza de la mirada de su creador. En efecto, las teorías de ese gigante llamado Pietro Bonfante marcaron el desarrollo del Derecho Romano durante el siglo XX, aportando una perspectiva nueva y fructífera a la totalidad de la ciencia jurídica. Si su concepción general resultó falsa es porque tenía el defecto propio de todos los grandes teorizadores, como Spengler o Marx, que es no tomar en cuenta o no dar peso suficiente a los factores que pueden desvirtuar su teoría.

Buena parte de la labor de la ciencia es desterrar de su seno las ideas de estos grandes teorizadores. A través de las décadas que median entre Bonfante y nuestro tiempo una constante erosión de objeciones ha socavado las bases de esta teoría hasta tal punto que se nos hace necesario desprendernos ya no sólo de ella, sino de todas sus consecuencias para iluminar nuevamente las áreas que han quedado oscurecidas bajo las sombras de ese gran árbol.

#### V. EL “IUS VENDENDI” DEL “PATERFAMILIAS”

##### 1. *Conceptos*,

Una vez finalizado el análisis del *ius vitae necisque*, toca examinar otra de las facultades más características de la vida familiar romana, esto es, el *ius vendendi*.

Desde la época más remota de la antigüedad, el padre contaba entre sus facultades la de vender a sus descendientes. Es difícil dar una explicación cabal a este poder, especialmente porque buena parte de sus características se encuentran en la sombra, incluso para la época clásica.

Se han intentado explicaciones diversas, algunas conjugando la teoría política<sup>228</sup> sobre la familia con esta facultad, donde sería una manifestación de los poderes del *pater* como soberano de su grupo agnaticio; otros han intentado su análisis desde un punto de vista económico<sup>229</sup>, así, tal derecho se explicaría como consecuencia

<sup>228</sup> Especialmente BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 105 ss.

<sup>229</sup> En esta línea se ubica ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Le genti e la città* (Messina, 1914) y, modernamente, RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 51 ss.; FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), pp. 43 ss.

de la propiedad que el *pater* ostenta sobre sus hijos. Nosotros, de momento, nos mantendremos al margen de tal discusión, aunque consideramos que las objeciones planteadas a la visión política de la familia tienen importancia<sup>230</sup>.

Sabemos que en época clásica, el *pater* tenía la facultad de vender a sus descendientes, en cuyo caso estos quedaban *in mancipio*, en una condición similar a la esclavitud. Así nos lo informa Gai 1, 117: “*Omnes igitur liberorum personae, siue masculini siue feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam serui mancipari possunt*”.

Su situación se describe como “*servorum locum*”, es decir, que ocupan una posición equivalente a la de los esclavos<sup>231</sup>, lo que se revela en múltiples hechos, como el que no puedan heredar ni ser legatarios, salvo que sean manumitidos en el mismo testamento<sup>232</sup> o que puedan ser vindicados<sup>233</sup>. En todo caso, su condición no es del todo idéntica a la de los esclavos, puesto que no pueden ser maltratados de ninguna manera, ya que tienen en su favor la *actio iniuriarum*<sup>234</sup> y pueden obligar a su adquirente a ser manumitidos<sup>235</sup>.

Se encuentran sujetos sólo a una *capitis diminutio minima*, por lo que su libertad y ciudadanía se encontrarían a salvo, es decir, los aspectos más relevantes desde el punto de vista del derecho público<sup>236</sup>, aunque su *status* (familiar) cambia, como lo dice Gai 1, 162: “*Minima est capitis diminutio, cum et ciuitas et libertas retinetur, sed status hominis conmutatur; quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite diminuatur*”.

Determinar cuánto de esto es válido para las etapas Preclásica y Arcaica es sumamente arduo, puesto que escasean los testimonios en los cuales basarnos. En primer término, la teoría de la *capitis diminutio* tripartita sólo nace en la época de Cicerón<sup>237</sup>, por lo que el efecto que la venta de un hijo en el período anterior

<sup>230</sup> Amén de estas explicaciones que podríamos llamar tradicionales, existen una serie de teorías de mayor o menor verosimilitud que intentan remontarse a la etapa preetrusca para solucionar el misterio del *ius vendendi*. A modo ejemplar citamos una de las más llamativas tanto por su originalidad como por su improbabilidad, aquella por el profesor WILMS, *De wording van het Eigendomsbegrip in het oud-romeisch Recht*, en *Rechtskundig Tijdschrift voor Belgie* (Leuven 1938), p. 348 ss.; apoyada por CORNIL, Georges, *Du mancipium au Dominium*, en *Festschrift Paul Koschaker zum 60 Geburtstag* (Weimar, 1939), I, pp. 405 ss., que postula la inexistencia de la esclavitud en la etapa preetrusca de la monarquía. La clientela sería la institución original de servidumbre, donde la venta del hijo sería el medio de establecer un vínculo de clientela entre éste y el adquirente. Verdaderamente, sobre este período nada se puede decir con certeza, por lo que dicha tesis no puede ser rebatida por no ser tampoco posible sostenerla científicamente.

<sup>231</sup> Gai 1, 138

<sup>232</sup> Gai 1, 123.

<sup>233</sup> Gai 1, 134.

<sup>234</sup> Gai 1, 141.

<sup>235</sup> Gai 1, 140.

<sup>236</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 183 ss.

<sup>237</sup> En este sentido, KASER, Max, *Zur Geschichte der capitis deminutio*, en *Iura* 3 (1952), pp. 48 ss.

a la conceptualización de la *capitis diminutio* en mínima, media y máxima se oscurece.

Paradójicamente, sabemos que respecto a este aspecto de la *patria potestas* existieron también restricciones desde la época más temprana de la Historia Romana, por lo que un segundo problema consiste en saber cuántas de estas restricciones se encontraban vigentes durante nuestro período y su alcance real al interior del mismo.

Finalmente se encuentran las dificultades mismas de la institución, que extienden su tiniebla incluso para el derecho clásico. La relación exacta entre el hijo sometido al *mancipium* de un tercero y la *patria potestas* del *pater* es oscura para todas las épocas de Roma.

En la obra de Plauto existe un caso curioso. En el *Persa*, el parásito Saciadón quiere convencer a su hija para que participe en una farsa en la que se la vende como esclava a fin de engañar al lenón Dórdalo. Su hija en principio se niega, pero él se refugia en el absolutismo de su *patria potestas* para obligarla. La escena es como sigue:

“[Virgo] *Amabo, mi pater, quamquam libenter escis alienis studes, tuin ventris causa filiam vendas tuam?*

[Sat.] *Mirum quin regis Philippi causa aut Attali te potius vendam quam mea, quae sis mea.*

[Vir.] *Vtrum tu pro ancilla me habes an pro filia?*

[Sat.] *Vtrum hercle magis in ventris rem videbitur. meum, opino, imperiumst in te, non in me tibi.*

[Vir.] *Tua istaec potestas est, pater. verum tamen, quamquam res nostrae sunt, pater, pauperulae, modice et modeste meliust vitam vivere; nam ad paupertatem si admigrant infamiae, gravior paupertas fit, fides sublestior.*

[Sat.] *Enim vero odiosa es.*

[Vir.] *Non sum, neque me esse arbitror, quom parva natu recte praecipio patri. nam inimici famam non ita ut natast ferunt.*

[Sat.] *Ferant eantque maximam malam crucem; neque ego inimicitias omnes pluris existimo, quam mensa inanis nunc si apponatur mihi.*

[Vir.] *Pater, hominum immortalis est infamia; etiam tum vivit, cum esse credas mortuam.*

[Sat.] *Quid? metuis, ne te vendam?*

[Vir.] *Non metuo, pater. verum insimulari nolo.*

[Sat.] *At nequiquam nevis. meo modo istuc potius fiet quam tuo fiat”.*

Aunque la escena es sugestiva, puesto que en ella se afirma explícitamente la facultad del padre de vender a la hija, así como la impotencia de una muchacha para desobedecer las órdenes injustas de su *pater*, verdaderamente nos es poco útil para el análisis. El problema es que en la trama no será su padre quien verdaderamente la venda, y por tanto no ejercerá su *ius vendendi*. De hecho, todo el negocio será un fraude en que el esclavo Sagaristión se hará pasar por dueño de la muchacha para que el lenón la compre creyéndola esclava cuando en realidad es ingenua, para que después pueda Saciadón vindicar su libertad. Lo más que

podemos aprender de la situación es la infamia que reporta a los ojos de la opinión pública (que encarna la muchacha) el que se venda a una hija para obtener lucro, no obstante que el *pater* posea indudablemente dicho poder, por lo que la utilidad de la escena es escasa para responder las preguntas antes planteadas.

En cuanto a la fórmula de la *mancipatio* utilizada a fin de efectuar dicha venta, la doctrina ha asumido que se trataría de la misma utilizada para realizar la venta de un esclavo, expresándose por tanto en los siguientes términos<sup>238</sup>: “*hunc ego hominem ex iure quirittium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*”

Sin embargo existen algunas voces discordantes. Ya en 1935 el profesor Wilms<sup>239</sup> optó por una variante diferente, donde en lugar de afirmarse el *meum esse* de la versión tradicional, se hiciera una referencia específica a la calidad de *in mancipio* del hijo vendido. La redacción final sería: “*hoc ego in mancipio meo esse aio, mihi meisque coemptus esto*”. Aunque la formulación de Wilms es sumamente defectuosa<sup>240</sup>, la idea tuvo cierta acogida y algunas décadas después fue retomada por Lévy-Bruhl<sup>241</sup>, quien, obviando la mayor parte de los defectos de la idea de Wilms, plantea la siguiente versión: “*hanc* [se refiere a venta de una hija] *ego Titiam ex iure quirittium in mancipio meo esse aio [...]*”. La fórmula tiene varias ventajas sobre la de Wilms, pero de momento encuentra una notable objeción, ya que Gayo nos enseña que la fórmula de la *mancipatio* de un hijo es la misma que se emplea respecto a un esclavo. Se lee en Gai 1, 123: “*sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem uerbis mancipio accipi<a>ntur, quibus serui; quod non similiter <fit i>n coemptione*”.

Lévy-Bruhl<sup>242</sup> mismo previó dicha objeción y en su defensa argumentó que Gayo, en esta sección, se interesa por comparar la *mancipatio* con la *coemptio* a propósito de explicar la diferencia entre *filiae loco* y *servorum loco*, mas no en diferenciar la venta de un hijo de aquella de un simple esclavo.

Nos parece que la idea de este gran profesor no es particularmente afortunada. En efecto, la fórmula para la mancipación de un esclavo transcrita en Gayo 1, 119 está especificada a propósito de venta de un hijo. En 1, 116, siguiendo su propia clasificación y luego de tratar a las personas sujetas a *potestas* y *manus*, abre la sección relativa a los hijos *in mancipio*. Respecto a ellos tratan todos los acápites

<sup>238</sup> Gai 1, 119.

<sup>239</sup> WILMS, *Korte Schets van het oudlatijnsche Familierecht*, en *Mededeelingen van het Seminarie van Romeisch Recht aan's Rijks Universitat* (1935), pp. 22 ss.

<sup>240</sup> El reemplazo de *hunc* por *hoc* se explica porque, según WILMS, la *mancipatio* sirve también para adquirir cosas que se integrarían al *mancipio* del adquirente, que sería la noción latina de propiedad frente al *meum esse* que sería etrusco. El asunto es cuestionable, ya que en nuestra opinión la idea de ser algo mío es muy natural y ha de ser más antigua que el concepto jurídico del *mancipium*. El reemplazo de la voz *coemptus* por *emptus* tampoco parece justificable, pues en ningún texto se dice que un hijo sea objeto de *coemptio*, sino que tal idea parece propia sólo de la mujer que entra *in manum*. Respecto a la omisión de la referencia a la libra y la balanza, parece nuevamente caprichosa e infundada. En general, podemos afirmar que la formulación es completamente deficiente e indefendible desde todo punto de vista.

<sup>241</sup> LÉVY-BRUHL, Henry, *La vente de la fille de famille à Rome*, en *Festschrift Hans Lewald* (Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953), pp. 94 ss.

<sup>242</sup> LÉVY-BRUHL, Henry, *La vente de la fille de famille à Rome*, *Festschrift Hans Lewald* (Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953), pp. 95, nota 5.

sucesivos y en 1, 119 está justamente explicitando la manera en que se lleva a efecto dicha mancipación. Incluso, en la apertura de 1, 120 vuelve a subrayar *eo modo* (el descrito en 1, 119 con su fórmula) *et serviles et liberae personae* (sólo cabe pensar en los hijos de familia) *mancipantur*. En definitiva, descartamos por infundada la fórmula de Lévy-Bruhl, pues del tenor de lo expuesto por Gayo no puede sostenerse que la fórmula de la mancipación de un esclavo y de un hijo de familia realmente difieran.

A fin de cumplir los objetivos de la presente investigación, intentaremos responder separadamente a cada una de las cuestiones planteadas, determinando primeramente la condición a que quedan sometidos los hijos de familia por su venta, para luego saber a qué restricciones está sometida la facultad y finalmente comprender las difíciles relaciones entre adquirente y *pater* respecto al hijo vendido.

## 2. Estatuto personal del hijo vendido.

Existe debate respecto a la calidad que adquiere el hijo en el momento de la venta por parte de su padre para el derecho arcaico.

Por una parte, Bonfante<sup>243</sup> sostiene que desde la más remota antigüedad romana la venta de un *filius familiae* no lo reducía propiamente a la condición de esclavo, distinguiéndose su situación de la de un esclavo, a lo menos desde el punto de vista del derecho público. Se basa esencialmente en dos argumentos, en primer término que la *capitis diminutio minima* salvaguarda su ciudadanía y la libertad, y en segundo término, que en tiempos históricos sólo la venta *ultra Tiberim* lo reduciría a la esclavitud. Puesto que la expresión *ultra Tiberim* apunta a una época en que los romanos no eran señores de las tierras más allá de este río, que sería su límite con la Etruria, la salvaguarda de la libertad personal de los ciudadanos ante las ventas de que pueden ser objeto deben ser igualmente antiquísimas.

Frente a este planteamiento existen importantes objeciones sobre las cuales se ha alzado un sector doctrinario que señala precisamente que en la tripartición de la *capitis diminutio* es obra de la jurisprudencia tardo republicana a lo sumo<sup>244</sup>, por lo que la venta del hijo debió reducirlo a la condición de esclavo para toda la etapa arcaica<sup>245</sup>.

Kaser, no obstante haber establecido que la división tripartita de la *capitis diminutio* no pertenece a la etapa arcaica, por la diferenciación entre la venta

<sup>243</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 183 ss.; y, con argumentos adicionales, por FRANCIOSI, Gennaro, *Famiglia e persone* (n. 3), p. 50 ss.; como también LÉVY-BRUHL, Henry, *La vente de la fille de famille à Rome*, en *Festschrift Hans Lewald* (Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953), pp. 95 ss.; EL MISMO, *Sur L'abandon noxal*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lasauanne, 1963), I, pp. 200 ss.

<sup>244</sup> En este sentido, fundamentales son, junto al ya citado KASER, Max, *Zur Geschichte der capitis deminutio*, en *Iura* 3 (1952), pp. 48 ss.; ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, 1979), pp. 305 ss.; DESERTEAUX, F., *Études sur la formation historique de la capitis deminutio* (Paris, 1919), II, pp. 57 ss.

<sup>245</sup> Este punto de vista es defendido con fuerza y acierto por GIUNTI, Patricia, *Adulterio e leggi regie* (Milano, Giuffrè, 1990), pp. 124 ss.

dentro y fuera de los límites del Tiber, sostiene que no se reduciría a la esclavitud al hijo vendido<sup>246</sup> desde la etapa arcaica, sin precisar más al respecto.

El problema tiene verdaderamente dos caras y Kaser no sólo no se contradice, sino que probablemente tiene razón en ambos aspectos. Por un lado es completamente insostenible pensar que por no haberse realizado aun la clasificación doctrinaria de las *capitis diminutiones* en mínima, media y máxima, debamos aceptar que hasta la época de Cicerón los padres podían reducir a la esclavitud a sus hijos, cuando es manifiesto que antes de su época ningún ciudadano romano podía ser esclavizado dentro de la ciudad, lo que se revela en la expresión *trans Tiberim peregre*<sup>247</sup> usada para la *manus iniectio*.

Por otro lado, es falaz pensar que por no haber existido entonces la tripartición de la *capitis diminutio*, la venta de un hijo haya de reducirlo a la simple esclavitud. Por ese mismo argumento se llegaría a pensar que otras situaciones igualmente antiguas donde también se producía la *capitis diminutio minima* tendrían este efecto, como la *coemptio* o la *adrogatio*, lo que es a todas luces absurdo.

En la ciencia jurídica, la conceptualización suele ser posterior a la creación de una institución. Así, por el simple hecho que hasta la etapa tardo republicana no se haya llegado a reducir en un solo concepto un conjunto de situaciones distintas, como son las que se engloban bajo la denominación de *capitis diminutio minima*, no se debe pensar que todos los que padeciesen dichas situaciones quedaran inmediatamente esclavizados.

El límite temporal podemos situarlo en la toma de Veyes. La razón es bastante clara, pues la ley que establecía la diferencia entre una venta realizada a uno y otro lado del Tiber, refleja la diferencia que existen entre la protección que la ciudad puede otorgar a sus ciudadanos. En la ribera latina, Roma cuenta con suficientes alianzas y poder como para garantizar que se respete la libertad de sus ciudadanos, por lo que un hijo vendido por su padre no será reducido a verdadera esclavitud; en la otra parte del Tiber se encuentra la comunidad etrusca, donde las razones de alianza y latinidad no pueden hacerse valer, por lo que una persona ahí vendida será simplemente esclava y estará sometida al *ius gentium* común con los extranjeros.

De esta manera, si una persona queda reducida a la esclavitud o no según en qué lado del río es vendida, podemos inferir que la norma debe corresponder a una etapa en que existía una diferente situación política en una y otra orillas, es decir, antes de la toma de Veyes, que la tradición fija en el 398 a. C.

Puesto que para esta época el único cuerpo normativo que trata la materia<sup>248</sup> del que tenemos noticia es la Ley de las XII Tablas, se puede conjeturar que la distinción echa raíces, a lo menos, en dicho cuerpo, aunque nada obsta para imputarla a una época algo anterior, como la última monarquía etrusca, mas esto no pasa de ser una suposición.

<sup>246</sup> KASER, Max, *Der Inhalt der patria potestas* (n. 61), pp. 80 ss.

<sup>247</sup> GELL. 20, 1, 46.

<sup>248</sup> En efecto, sabemos que la Ley de las XII Tablas trató una importante reforma en materia de *ius vendendi* prohibiendo la triple venta del hijo de familia, según trataremos a continuación.

Es posible que antes de este período, es decir, en la primera monarquía etrusca o en el período mitológico, de los cuales poco podemos afirmar con seguridad, la venta de un hijo lo haya reducido efectivamente a la esclavitud. El problema principal para afirmarlo es que no contamos con testimonios que así lo declaren de manera explícita, por lo que solamente lo podemos dejar como una posibilidad abierta y nada más. En todo caso, la idea que el *servorum loco* que ocupa el hijo *in mancipio* sea una supervivencia de un anterior estado de esclavitud es lo suficientemente poderosa como para hacérselo sospechar.

Ahora bien, las consecuencias más importantes para el estatuto personal de un hijo de familia reducido al estado de *in mancipio* y que lo distinguen de un simple esclavo son que sus derechos políticos y obligaciones militares quedan intactos<sup>249</sup>; a consecuencia de ello, en el plano privado, no puede ser maltratado por el adquirente<sup>250</sup> (por lo que *a fortiori* el *mancipio accipiens* no tendría *ius vitae necisque* sobre él) y, a diferencia de los esclavos, puede obligar al adquirente a liberarlo mediante el censo<sup>251</sup>.

En estos aspectos públicos y privados en que se diferencia el *status* de *in mancipio* respecto a la verdadera esclavitud, los testimonios para la época arcaica son algo oscuros y lamentablemente se mezclan con aquellos relativos al *nexus*, materia que mereció mayor atención para los historiadores antiguos, sobre todo por la importancia que adquiere en la lucha de la plebe por la igualdad.

A fin de aclarar la situación de los hijos entregados *in mancipio*, podríamos utilizar a este respecto los testimonios relativos a los *nexi*, puesto que las semejanzas entre el *status* de ambos son claras. Esto es complejo, especialmente atendidas las disputas a nivel teórico que existen sobre la naturaleza del *nexum*<sup>252</sup>.

<sup>249</sup> Gai 1, 162: "*Minima est capitis diminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis conmutatur; quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite diminuat*".

<sup>250</sup> Gai 1, 141: "*In summa admonendi sumus aduersus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur. ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento; nisi scilicet ex noxali causa mancipantur*".

<sup>251</sup> Gai 1, 140: "*Quin etiam inuito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodam modo tunc pater potestatem propriam reseruare sibi uidetur eo ipso, quod mancipio recipit. ac ne is quidem dicitur inuito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, ueluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet*".

<sup>252</sup> La variedad de teorías es tan ingente que el sólo resumirlas resulta un trabajo francamente abrumador. Puede verse una excelente y muy completa clasificación en ST. TOMELESCU, Constantin, *Nexum bei Cicero*, en *Iura* 17 (1966), pp. 39 ss. Básicamente podemos distinguir las teorías según la naturaleza que otorgan a la institución; las dos más importantes son la tradicional de Huschke, según la cual el *nexum* es un contrato de préstamo libral, y la de Mitteis que lo entiende como un negocio automancipatorio. Para la primera, el *nexum* es un contrato de préstamo por *aes et libram*. Esta es la teoría que podríamos llamar tradicional en virtud de la cual el *nexum* sería una suerte de contrato de carácter público que se realiza por la solemnidad de la balanza, en virtud del cual el acreedor tiene una manus iniectio extrajudicial sobre el deudor. El creador de la misma es HUSCHKE, Philipp E., *Ueber das Recht des nexum und das alte römische*

En cualquier caso, sin entrar a discutir la tormentosa estructura del *nexum*, y puesto que dichos testimonios pueden llevarnos a resultados muy útiles en materia de *ius vendendi*, hemos decidido emplearlos, aunque evidentemente con ciertas reservas. Esto requiere un pequeño *excursus* que nos lleve a establecer con exactitud las semejanzas y diferencias que existirían entre ambos estados, por lo que solicitamos al lector paciencia mientras aclaramos estos aspectos que, en alguna medida, nos desvían del propósito principal de este acápite.

Verdaderamente, la situación del *nexus* y del hijo mancipado son suficientemente similares como para que nos hagan sospechar, si no su identidad<sup>253</sup>, al menos una analogía suficientemente estrecha como para que a través de uno se iluminen las características del otro.

En primer término, y a pesar de las objeciones que se han opuesto<sup>254</sup>, hoy por hoy puede considerarse como un hecho establecido que el *nexum* es un tipo de negocio libral. En efecto, las referencias con que contamos en este sentido son claras. Ellas son Fest., *Verb.* 165, 20: “*Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur: id quod necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti*

*Schuldrecht* (Leipzig, 1846), con numerosos seguidores [BEKKER, E. I., *Die Aktionen des röm. Privatrechts* (Berlin, 1871), entre otros], y ha sido objeto de agria polémica. Hoy se encuentra prácticamente abandonada, toda vez que la *stipulatio* se demostró más antigua de lo pensado y la *manus iniectio* extrajudicial ha sido descartada por innecesaria (KASER, Max, en *ZSS. rom. Abt.* 59 (1939), pp. 39 ss.). Según la segunda teoría, el *nexum* es un negocio automancipatorio en que el deudor, a través de un préstamo realizado en virtud de una *mancipatio*, entra bajo la dependencia del acreedor. La teoría pertenece a MITTEIS, Ludwig, *Ueber das Nexum*, en *ZSS. rom. Abt.* 22 (1901), pp. 96 ss., y causó un verdadero terremoto jurídico en su época. Sobre todo se atacó la posibilidad que el mismo deudor fuese a la vez actor y objeto de la *mancipatio*, como también la equiparación entre *nexum* y *mancipatio* (LENEL, Otto, *Das Nexum*, *ZSS* 23, pp. 84 ss.; KRETSCHMAR, P., *Das Nexum und sein Verhältnis zum Mancipium*, en *ZSS. rom. Abt.* 29 (1908), 227 ss.). El debate fue fuerte y se postularon diferentes posibilidades para solucionar la controversia. Entre estas múltiples teorías podemos citar como las más salientes a: PFLÜGER, Heinrich, *Nexum und Mancipium* (Leipzig, Dunker & Humblot), que termina por confundir el *nexum* y la *mancipatio* (véase MITTEIS, Ludwig, en *ZSS. rom. Abt.* 29 (1908), pp. 498 ss.); MOMMSEN, Theodor, *Nexum*, en *ZSS. rom. Abt.* 23 (1902), pp. 348 ss., que intenta una solución intermedia en que el *nexum* sería un contrato de préstamo cuya ejecución se realizaría mediante la *mancipatio* del deudor; PACCHIONI, G., *Nexum, Impressioni e reminiscenzi*, en *Melanges Paul Frédéric Girard* (reimpresión Aalen, 1979, Scientia Verlag), II, pp. 319 ss., que lo pone en relación con el *ius noxae dandi* en una teoría que unifica la responsabilidad delictual y pecuniaria dentro de la óptica automancipatoria; LENEL, Otto (cit. ibi) que lo une al *vadimonium*; IMBERT, Jean, *Fides et nexum*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* (Napoli, Joverne, 1951), I, pp. 338, que ilumina la oscuridad del *nexum* con otro concepto más oscuro, diciendo que el *nexum* es un acto libral que deja al deudor bajo la *fides* del acreedor; ST. TOMESCU que lo equipara a una suerte de cesión *in iure* de la persona del deudor al acreedor rebatiendo su naturaleza libral, pues tendría por objeto una *res nec mancipi*, como son las *opera* del deudor; BEHRENS, Okko, *La mancipatio nelle XII Tavole*, en *Ivra* 32 (1982), pp. 46 ss., que lo mira como una manera de transferir los inmuebles, que según el autor no serían objeto adecuado para la *mancipatio*. Como vemos, la variedad es amplia y la doctrina sigue estando lejos del acuerdo, aunque con la salvedad de ciertas opiniones heterodoxas, parece que la opinión de Mitteis es ya mayoritaria, aunque no dominante.

<sup>253</sup> Véanse MOMMSEN, Teodoro, *Nexum* (n. 252), pp. 348 ss.

<sup>254</sup> Véase la nota 268.

*factio, nexi datio, nexi liberatio*”; y Cic., *De orat.* 3, 159: “*Nam si res suum nomen et vocabulum proprium non habet... ut nexum, quod per libram agitur [...]*”.

Respecto a la clase exacta de negocio libral de que se trata, aparentemente existió disputa entre los mismos juristas republicanos, de la cual nos da noticia el célebre fragmento de Varrón, L. 7, 105 In Colace: “*‘nexum’ Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quae per aes et libram fiant ut oblige[n]tur, praeter quom mancipio de<n>tur. hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo qu<a>erit: nam id <a>es[t] quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum*”.

En efecto, el fragmento nos da noticia de una diferencia de opiniones entre dos juristas republicanos, donde el más antiguo, Manilo, identifica el *nexum* con el género, siendo los demás actos librales especies, incluyendo la *mancipatio*. Mucio, a quien Varrón apoya, prefiere excluir la *mancipatio* del término *nexum*, puesto que este último sería un acto libral, pero de naturaleza obligatoria.

En verdad, con sólo observar el fragmento se comprende que la disputa que existe hasta hoy en la doctrina echa raíces en las mismas fuentes. Así, quienes conceptualizan el *nexum* como un negocio mancipatorio suelen otorgar prioridad a la primera parte del fragmento<sup>255</sup>, alegando usualmente que esa sería la opinión más antigua en la materia. Al contrario, quienes enfocan el *nexum* como un negocio de carácter esencialmente obligacional suelen preferir la segunda sección del mismo<sup>256</sup>, arguyendo que sólo con posterioridad y mediante una evolución se habría llegado a la significación que identifica el *nexum* y la *mancipatio*<sup>257</sup>.

Objetivamente, albergamos pocas esperanzas de determinar si originalmente el *nexum* era un negocio sólo obligatorio o también mancipatorio<sup>258</sup>, pues ni los mismos romanos eran capaces de convenir en ello, aunque dejamos constancia de que la idea que identifica el *nexum* y la *mancipatio* consta en Gai. 2, 27: “*aliter enim veteri lingua a<ctus uocatur, et quod illis nexum, idem nobis est> mancipa<tio>*”.

Por el momento, nos basta con constatar que el *nexum* sería un negocio libral, muy similar a la *mancipatio* y probablemente con un grado de parentesco respecto a ella, similar al que se observa en la *coemptio* o la *mancipatio familiae*<sup>259</sup>. En prin-

<sup>255</sup> Véase MITTEIS, Ludwig, *Ueber das Nexum*, en ZSS. rom. Abt. 22 (1901), pp. 100 ss.; como también BEHREND, Okko, *La mancipatio nelle XII Tavole*, en *Ivra* 32 (1982), pp. 80 ss.

<sup>256</sup> Véase MOMMSEN, Teodoro, *Nexum* (n. 252), pp. 348 ss.

<sup>257</sup> Véase ST. TOMELESCU, Constantin, *Nexum bei Cicero*, en *Ivra* 17 (1966), pp. 103 ss.

<sup>258</sup> De hecho, el célebre fragmento de las XII Tablas “*cum nexum facit mancipioque [...]*” ha sido interpretado tantas veces en un sentido como en otro. Véase BRETONE, M., *Manlius e il nexum*, en *Ivra* 32 (1982), pp. 143 ss.; ALBANESE, Bernardo, *Cum nexum faciet mancipiumque. Brevi studi di diritto romano* (Palermo, Palumbo, 1992), pp. 50 ss.; IMBERT, Jean, *Fides et nexum* (n. 252), pp. 339 ss.; PACCHIONI, G., *Nexum, Impressioni e reminiscenzi*, en *Melanges Paul Frédéric Girard* (reimpresión Aalen, Scientia Verlag, 1979), II, pp. 319 ss.; MITTEIS, Ludwig, *Ueber das Nexum*, en ZSS. rom. Abt. 21 (1901), pp. 101 ss., entre otros muchos.

<sup>259</sup> Respecto a la *coemptio*, esta institución será tratada en su momento en nuestro próximo artículo, mientras que en relación a la *mancipatio familiae*, véanse COPPOLA BISAZZA, G., *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, en *Ivra* 50 (1999), como también el ya clásico LEVY-BRUHL, Henri, *Autor de la mancipatio familia*, en *Atti Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Milano, Giuffrè, 1948), III, pp. 70 ss.

cipio, es un negocio de carácter crediticio, de la misma manera que la primitiva *mancipatio* sería una compraventa real, sólo que por las consecuencias sociales que tal vínculo tenía para el deudor, fue prohibido por la *lex Poetelia Papiria* en el 326 a. C., sin que llegase a evolucionar por nuevos derroteros, a diferencia de lo que sí sucedió con la *mancipatio*.

No podemos decir si se articula como un acto libral obligatorio al que luego, en caso de insolvencia, sucedía una verdadera *mancipatio*<sup>260</sup>, una *in iure cessio*<sup>261</sup> u otra figura similar<sup>262</sup>, o más bien como una automancipación que dejaba al deudor ya en poder de su acreedor<sup>263</sup>. Lo que sí estamos en condiciones de hacer es describir la calidad que dicho deudor o *nexus* tomaba por este acto.

Uno de los aspectos más seguros del *nexus*, es que en virtud de éste el deudor debía trabajar en condición servil para su acreedor, a según Varr. L. 7, 105: “*liber qui suas operas in servitutum pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublaturum ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*”. En otras palabras, ocupaba la condición de un esclavo trabajando para su acreedor hasta que su deuda quedara satisfecha. Sin embargo, y a pesar de esta condición servil en que se encuentra, no es propiamente un esclavo, sino que sólo ocupa el lugar de éstos, lo que se manifiesta no sólo en la voz *liber* que utiliza Varrón, sino además que en otro texto se afirma explícitamente que conserva su ingenuidad<sup>264</sup>. Hoy podemos dar por seguro que la persona que quedaba como *nexus* mantenía su condición de ciudadano y militaba en el ejército<sup>265</sup>, es decir, que en el plano público su ingenuidad no se veía afectada.

En segundo lugar, tenemos que tampoco podía ser maltratado ni injuriado por el acreedor<sup>266</sup>. En cuanto a su liberación, posiblemente se trate de la *nexi liberatio* que menciona Festo<sup>267</sup> la que seguramente se establecía en las *nuncupationes* correspondientes al acto. En todo caso, de seguro era obligatoria para el acreedor.

<sup>260</sup> MOMMSEN, Teodoro, *Nexum* (n. 252), pp. 348 ss.

<sup>261</sup> ST. TOMELESCU, Constantin, *Nexum bei Cicero*, en *Iura* 17 (1966), pp. 39 ss.

<sup>262</sup> La idea de una *manus iniecto* extrajudicial está completamente descartada, sobre todo después de las críticas que tanto MITTEIS como KASER, Max, en *ZSS. rom. Abt.* 59 (1939), pp. 39 ss., le hicieron. En todo caso, por el vocabulario de las fuentes parece existir una suerte de auto entrega voluntaria de parte del deudor al poder del acreedor (ST. TOMELESCU, Constantin, *Nexum bei Cicero*, en *Iura* 17 (1966), pp. 57 ss.; y MOMMSEN, Teodoro, *Nexum* (n. 252), pp. 348 ss., para evitar la *manus iniectu* propiamente tal, que bien podría materializarse de esta manera.

<sup>263</sup> MITTEIS, Ludwig, *Ueber das Nexum*, en *ZSS. rom. Abt.* 21 (1901), pp. 100 ss.; PACCHIONI, G., *Nexum, Impressioni e reminiscenzi*, en *Melanges Paul Frédéric Girard* (reimpresión Aalen, Scientia Verlag, 1979), II, pp. 319 ss.

<sup>264</sup> LIV. 8, 28.

<sup>265</sup> Véase LIV. 2, 24 y 2, 27 donde se trata el problema del reclutamiento de los *nexi*.

<sup>266</sup> De hecho, el abuso cometido por los acreedores respecto a los sujetos al *nexum* es la queja constante de la plebe, véase LIV. 2, 23 y la correspondiente interpretación de WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables* (n. 67), pp. 112 ss. A mayor abundamiento, está la escena reportada por VAL. MAX. 6, 1, donde intervienen los cónsules para reprimir los abusos de un acreedor que quiere maltratar a un *nexus*.

<sup>267</sup> *Verb.* 165, 23, de AELIUS GALUS IUR. 9, 4.

Como vemos, todas estas características son comunes entre el *nexus* y el hijo *in mancipio*, salvo en la manera de forzar al acreedor a su liberación.

Lo anterior ha llevado a la doctrina a excluir que los *nexi* estén en condición de esclavitud o que su situación sea analogable en manera alguna a los que han sufrido la *manus iniecto*. Ante ello, la doctrina a debate si es que el *nexus* tenía la misma condición que el hijo dado *in mancipio*. Aquí las corrientes se dividen entre quienes están a favor<sup>268</sup> y los que son contrarios a la misma<sup>269</sup>.

La postura contraria, que rechaza la equiparación entre *nexus* e hijo *in mancipio*, tiene varios argumentos que esgrimir, aunque de distinto peso<sup>270</sup>. Entrar a debatirlos pormenorizadamente nos desviaría en exceso de la cuestión central de este acápite, aunque podemos señalar que incluso quienes son contrarios a su total equiparación admiten que su condición es muy semejante y asimilable, especialmente en cuanto a que ambos están *servorum loco*<sup>271</sup>. Seguramente la diferencia entre ambos estados sea de grado y no de naturaleza<sup>272</sup>, lo que nos lleva a una conclusión muy interesante en materia de *ius vendendi*, esto es, que el estado de *servorum loco* es muy antiguo, correspondiendo a dos clases de sujetos, a los *nexi* y a los hijos *in mancipio*, aunque con diferencias de grado entre el sometimiento de unos y otros.

---

<sup>268</sup> Dentro del primer grupo, la postura más extrema pertenece a MOMMSEN, Teodoro, *Nexum* (n. 252), pp. 348 ss. que los asimila en todos los casos, mientras que un segundo grupo, representado por MARCHI, Antonio, *Storia e concetto dell'obbligazione romana* (Torino, 1912), pp. 60 ss.; y WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables* (n. 67), pp. 117 ss., limita esta equiparación para el caso de los hijos y demás descendientes entregados en *nexum*. Existe también una tercera vertiente de esta idea postulada por SCHLOSSMANN, *Nexum* (Leipzig, 1904) y *Altrömisch Schuldrecht* (Leipzig, Deichert, 1904), que señala que los nexados estarían en una situación de *mancipatio* fiduciaria; sin embargo esta visión debe ser desechada, puesto que supone la creación demasiado antigua de los negocios fiduciarios.

<sup>269</sup> Véanse ST. TOMELESCU, Constantín, *Nexum bei Cicero*, en *Iura* 17 (1966), pp. 84 ss.; KRETSCHMAR, P., *Das Nexum und sein Verhältnis zum Mancipium* (n. 252), pp. 245 ss.; PACHIONI, G., *Nexum, Impressioni e reminiscenzi*, en *Melanges Paul Frédéric Girard* (reimpresión Aalen, Scientia Verlag, 1979), II, pp. 323 ss.

<sup>270</sup> Los más utilizados son (i) los problemas a nivel teórico que presenta la automancipación; (ii) la cuestión de si es o no aplicable la *capitis diminutio* al *nexus*; y (iii) la segunda parte del fragmento de Varrón donde distingue al *nexus* de "*quom mancipio dentur*" donde se referiría a los hijos dados *in mancipio* según esta corriente. Sin embargo, ninguno de estos argumentos parece insuperable, toda vez que respecto al primero, no estamos en condiciones de ni de refutar ni de afirmar con toda seguridad la existencia de automancipaciones en el derecho romano, baste con pensar en las dudas que la *coemptio* presenta al respecto. En cuanto a la *capitis diminutio*, es necesario recordar que se trata de una institución de la última República, es decir 270 años posterior al último *nexus* propiamente dicho, por lo que no es útil a la hora de evaluar el contenido original de la institución. Finalmente, en lo relativo a la última parte del fragmento de Varrón, debe recordarse que la primera parte del mismo, donde se cita la opinión del jurista más antiguo, incluye expresamente la *mancipatio* (y por tanto a los hijos *in mancipio*) dentro del *nexum*. En verdad, La cuestión no es clara, pues aparentemente para los mismos romanos la situación era muy cercana.

<sup>271</sup> Véase KRETSCHMAR, P., *Das Nexum und sein Verhältnis zum Mancipium* (n. 252), pp. 252 ss.

<sup>272</sup> IMBERT, Jean, *Fides et nexum* (n. 252), pp. 358 ss.

Podemos, a partir de lo que sabemos sobre los *nexi*, conjeturar que el estar *servorum loco*, a diferencia de ser un verdadero esclavo, tiene por características esenciales el conservar la ciudadanía y la exclusión no sólo del *ius vitae necisque*, sino incluso de las injurias para las personas que lo padecen. Dichas particularidades estarían vigentes en la época de las XII Tablas, a lo menos, que es el momento en que se configura tal estado. Si los *nexi* desaparecieron del mundo jurídico romano en una etapa arcaica aún, los hijos *in mancipio* se conservaron dentro del ordenamiento en etapas sucesivas por las ventajas que la figura reportaba para efectos de adopción y emancipación.

La prohibición de injuriar a los hijos entregados *in mancipio* no es tardorepublicana ni imperial, sino arcaica, abarcando todo el período sometido a nuestro estudio, puesto que fue en dicho período que el estado de *servorum loco* se configuró con este carácter.

Finalmente, en cuanto a la facultad del hijo *in mancipium* para exigir su manumisión en contra de la voluntad del adquirente, verdaderamente no sabemos cuan antigua es la norma que permite a los hijos *in mancipio* forzar su liberación, aunque la crítica mayoritaria tiende a situarla como una consecuencia de la ley Poetelia Papiria y asignarle una datación aproximada dentro del siglo IV a. C.<sup>273</sup> Las razones para suponerlo son de diferente orden, pero el procedimiento en particular escogido para dicha liberación, el censo, apunta a un período claramente Republicano. Nosotros compartimos los argumentos de la crítica dominante, aunque observamos nada obsta para afirmar que esta particularidad podría ser algo anterior, aunque siempre dentro del período republicano más temprano.

De lo analizado, podemos sostener que la diferencia entre un esclavo verdadero y aquél que sólo está *servorum locum* es muy antigua, y la diferencia entre las facultades de un *dominus* en un caso y las del adquirente en el otro son notables, no existiendo, con toda probabilidad *ius vitae necisque* sobre quienes están *in mancipium*, aunque en la época de Gayo se hable de dicho poder respecto a los esclavos propiamente tales. La diferencia es importante, puesto que nos servirá de guía una vez que tratemos de la *manus* y la expresión *filiae loco* en la obra de Gayo.

### 3. Límites a la facultad del “pater”.

Los límites al *ius vendendi* son bastante antiguos y se encuentran expresados en las más remotas tradiciones jurídicas romanas.

El primer lugar donde encontramos una referencia a ellos son las míticas *leges regias*<sup>274</sup>. En efecto, al rey Numa se atribuye la prohibición de vender al hijo que ha sido comprometido en matrimonio:

<sup>273</sup> ST. TOMELESCU, Constantin, *Nexum bei Cicero*, en *Iura* 17 (1966), pp. 103 y KRETSCHMAR, P., *Das Nexum und sein Verhältnis zum Mancipium* (n. 252), pp. 271.

<sup>274</sup> La existencia y naturaleza de las *leges regias* han estado sometidas a reciente debate. Un interesante estudio de GIUNTI, Patricia, *Adulterio e leggi regie* (Milano, Giuffrè, 1990), pone en duda la historicidad de las mismas, lo que ha sido fuertemente rebatido por GUARINO, Antonio, *Intorno alle leges regias, Pagine di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1993). Sin pretender entrar a terciar, podemos asumirlas, si no como efectivamente emanadas de los reyes, al menos como recuerdos de normas jurídicas arcaicas pertenecientes tal vez a la costumbre o a la más antigua jurisprudencia pontifical, que para los romanos era claramente anterior a las XII Tablas.

Dionisio Hal., *Ant. Rom* 2, 27, 4: εὐὰν πατὴρ υἰῶ συγχωρήσῃ γυναῖκα ἀγαγέσθαι κοινωὸν ἐσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους, μηκέτι τὴν ἐξουσίαν εἶναι τῷ πατρὶ πωλεῖν τὸν υἰόν

Plut., *Num* 17, 4, 1: Ἐπαινεῖται δὲ τῶν πολιτικῶν αὐτοῦ καὶ τὸ περὶ τὸν νόμον διόρθωμα τὸν διδόντα τοῖς πατράσι τοὺς παῖδας πιπράσκειν, ὑπεξελομένου τοὺς γεγαμηκότας, εἰ τοῦ πατρὸς ἐπαινοῦντος καὶ κελεύοντος ὁ γάμος γένοιτο. δεινὸν γὰρ ἦγεῖτο τὴν ὡς ἐλευθέρῳ γεγαμημένην γυναῖκα δούλῳ συνοικεῖν.

La presente normativa resulta sumamente difícil de analizar, sobre todo por suponer una comprensión más o menos precisa del matrimonio y los esponsales en la etapa más arcaica de Roma. Rabello califica la disposición como extremadamente probable<sup>275</sup>, no obstante ser su historicidad negada por algunos romanistas<sup>276</sup>, especialmente por el considerarse improbable una limitación tan arcaica a la *patria potestas*. Nosotros compartimos la posición de Rabello, especialmente en vista de conservar numerosas normativas relativas al matrimonio atribuidas a este legislador mitológico<sup>277</sup>, de manera que para los romanos las leyes matrimoniales más antiguas siempre emanaban de Numa, es decir, de la tradición inmemorial. Creemos incluso que este conjunto de tradiciones debió constituir un primer cuerpo normativo primitivo que hoy sólo conocemos parcialmente, pero que debió tener un alcance vasto.

Giunti<sup>278</sup>, seguida en este punto por Peppe<sup>279</sup>, entiende que dicha prohibición se basa en que la venta del hijo convertiría al futuro cónyuge en esclavo, lo que frustraría la unión matrimonial por la falta de *conubium* existente entre esclavos y libres. Esta visión parece fundada para la etapa más arcaica, pues sólo entonces la venta hecha por el *pater* tendría la virtualidad de convertir al hijo en esclavo, mas ya en la primera República vemos que el hijo no quedaba reducido a la esclavitud pura y simplemente por tal venta.

Verdaderamente, el fundamento de la normativa y su significación nos es oscuro, pues la misma falta de luz ensombrece las relaciones maritales en esta época. No nos pronunciaremos sobre su fundamento, sino que más bien nos limitaremos a subrayar su existencia para establecer el carácter limitado y no soberanista que tenía la *patria potestas* desde los albores de Roma. En efecto, la ciudad, sea a través de leyes como dice la tradición, sea a través de la costumbre, ya había limitado el ejercicio abusivo de la misma.

Curiosamente, aún los sostenedores más extremos del carácter ilimitado de la *patria potestas* han aceptado la existencia de barreras para el ejercicio del *ius vendendi*, cosa que entraña una inconsecuencia lógica, pues al estar limitado en alguna parte el *ius vendendi*, la *patria potestas*, que es el conjunto mayor al que

<sup>275</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 45.

<sup>276</sup> GABBA, Emilio, *Studi su Diogini*, en *Athenaeum* 38 (1960), pp. 197.

<sup>277</sup> Para un análisis completo, véanse GIUNTI, Patricia, *Adulterio e leggi regie* (Milano, Giuffrè, 1990), pp. 57 ss.; como también el excelente trabajo de PEPPE, Leo, *Storie di parole, storie di istituti*, en *SDHI*. 63 (1997), pp. 128 ss.

<sup>278</sup> GIUNTI, Patricia, *Adulterio e leggi regie* (Milano, Giuffrè, 1990), pp. 124 ss.

<sup>279</sup> PEPPE, Leo, *Storie di parole, storie di istituti*, en *SDHI*. 63 (1997), pp. 162.

pertenece, ha de estar limitado de igual manera.

La segunda limitación al *ius vendendi* que encontramos en esta etapa es atribuida a dos momentos diferentes de la historia romana:

Dionisio Hal., *Ant. Rom* 2, 27, 1: Καὶ οὐδ' ἐνταῦθα ἔσθη τῆς ἐξουσίας ὁ τῶν Ῥωμαίων νομοθέτης, ἀλλὰ καὶ πωλεῖν ἐφήκε τὸν υἱὸν τῷ πατρὶ, οὐδὲν ἐπιστραφεὶς εἴ τις ὤμῳν ὑπολήψεται τὸ συγχώρημα καὶ βαρύτερον ἢ κατὰ τὴν φυσικὴν συμπάθειαν. καὶ ὁ πάντων μάλιστα θαυμάσειεν ἄν τις ὑπὸ τοῖς Ἑλληνικοῖς ἦθεσι τοῖς ἐκλελυμένοις τραφεὶς ὡς πικρὸν καὶ τυραννικόν, καὶ τοῦτο συνεχώρησε τῷ πατρὶ, μέχρι τρίτης πράσεως ἀφ' υἱοῦ χρηματίσασθαι, μείζονα δούς ἐξουσίαν πατρὶ κατὰ 2.27.2 παιδὸς ἢ δεσπότη κατὰ δούλων. θεραπεόντων μὲν γὰρ ὁ πραθεὶς ἄπαξ, ἔπειτα τὴν ἐλευθερίαν εὐρόμενος αὐτοῦ τὸ λοιπὸν ἤδη κύριός ἐστιν, υἱὸς δὲ πραθεὶς ὑπὸ τοῦ πατρὸς εἰ γένοιτο ἐλεύθερος ὑπὸ τῷ πατρὶ πάλιν ἐγίνετο, καὶ τὸ δεῦτερον ἀπεμποληθεὶς τε καὶ ἐλευθερωθεὶς δούλος ὥσπερ ἐξ ἀρχῆς τοῦ πατρὸς ἦν: μετὰ δὲ τὴν τρίτην πρᾶσιν ἀπήλλακτο τοῦ πατρὸς.

Gai 1, 132: "<Praeterea> emancipatione desinunt liberi in potestate parent<u>m esse. sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim xii tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: 'si pater <ter> filium uenum du<it>, a patre filius liber esto'".

Es curioso encontrar una reiteración de la misma norma atribuida a dos momentos sucesivos de la historia jurídica romana. Por un lado, Dionisio la sitúa como emanada de Rómulo, mientras Gayo la atribuye a los decemviro. En todo caso Dionisio, luego de informar que la norma provendría de Rómulo, señala que se encontraría reiterada en la ley de las XII Tablas<sup>280</sup>.

Parece indiscutible que las XII Tablas habrían incorporado este precepto, pero la pregunta relativa a si los decemviro innovaron al respecto o se limitaron a reiterar una norma ya existente no puede ser respondida con certeza en ningún sentido.

La norma reviste una extraordinaria importancia en la historia de la *patria potestas*, puesto que esta sería la primera limitación propiamente jurídica al *ius vendendi* del *pater familias*, siendo una sanción punitiva al abuso por parte del *pater* de sus facultades<sup>281</sup>. Posteriormente, esta liberación de la *patria potestas* habría sido utilizada por la jurisprudencia pontifical para dar cabida a dos instituciones muy importantes dentro del Derecho de Familia Romano, a saber, la *emancipatio* y la *adoptio*<sup>282</sup>. En cuanto a las hijas y los nietos, puesto que la norma no los abarca, en principio la *potestas* sobre ellos no se perdería por las tres ventas, aunque la jurisprudencia, con el paso del tiempo, habría interpretado la norma de manera inversa para estimarlos liberados a la primera *mancipatio*.

Existen detractores sobre la naturaleza punitiva y limitativa que tendría la norma en cuestión. Lévy-Bruhl ha realizado una interesante interpretación al

<sup>280</sup> 2.27.4.

<sup>281</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 102.

<sup>282</sup> Gai 1, 132 a 135.

respecto<sup>283</sup>; cree el autor que el precepto sobre triple venta no sería una sanción al *pater* (y por tanto una limitación a su poder), sino más bien la prescripción de una formalidad para realizar la entrega noxal, especialmente en lo relativo a la manera de regular la forma de liberar al hijo entregado de la *patria potestas*, para que se encuentre plenamente sometido al grupo ofendido que reclama su responsabilidad. Muy acertadamente tanto Yaron<sup>284</sup> como Rabello<sup>285</sup> rebaten esta doctrina, pues basta con leer el enunciado de la norma para comprender que se refiere expresamente a la venta y no exclusivamente a la entrega noxal, por lo que no existirían razones de peso para limitar su aplicación a tal institución. Por lo demás, incluso se llegó a excluir la aplicación del precepto de la triple venta respecto a la entrega noxal por estimarlo la jurisprudencia clásica exclusivamente aplicable a las *mancipationes* voluntarias, mas no en las forzosas, como es el caso de la entrega noxal<sup>286</sup>.

Nosotros nos limitamos a seguir en este punto la teoría tradicional, puesto que parece coherente con lo que sabemos respecto a la *patria potestas* y su carácter jurídicamente limitado desde tiempos bastante antiguos<sup>287</sup>.

Hacia finales de nuestro período podemos señalar que ya en el siglo II a. C., la jurisprudencia había evolucionado lo suficiente como para crear la *emancipatio* y la *adoptio* a partir del precepto en estudio. Contamos con testimonios de la época que nos muestran personas *alieni iuris* que han sido sujetas a adopción, como Escipión Emiliano y D. Silanus<sup>288</sup>, y era lo suficientemente corriente como para aparecer en las comedias. Al respecto, baste con mencionar los Adelfos de Terencio, que justamente trata de los relaciones de dos hermanos, donde uno de ellos ha adoptado al hijo del otro.

#### 4. Relaciones entre el “*pater*” y el *adquirente*.

Las relaciones entre el *pater* y el *adquirente* nos son oscuras, incluso para tiempos clásicos. El problema fundamental a este respecto consiste en determinar si es que la *patria potestas* subsiste de alguna manera en la persona de los hijos que

<sup>283</sup> LÉVY-BRUHL, Henri, *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*, en *Nouvelles études sur le très ancien Droit romain* (Paris, 1947), pp. 80 ss.; así como también *Sur L'abandon noxal*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lasaunne, 1963), I y *La vente de la fille de famille à Rome*, en *Festschrift Hans Lewald* (Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953), pp. 95 ss. Esta opinión fue secundada por KASER, Max, *Zur altromanischen Hausgewalt*, en *ZSS. rom. Abt.* 67 (1950), pp. 474 ss.

<sup>284</sup> LÉVY-BRUHL, Henri, *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*, *Nouvelles études sur le très ancien Droit romain* (Paris, 1947), pp. 57 ss.

<sup>285</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 94 ss.

<sup>286</sup> Gai 4, 79: “*Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt et illas tres legis xii tabularum ad uoluntarias mancipationes pretinere*”.

<sup>287</sup> Anotamos sin embargo la interesante opinión de WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables* (n. 67), pp. 117 ss., que ve el origen del precepto decemviral específicamente en el *nexum*. Aunque en principio nos sentimos inclinados a seguir su opinión, no podemos asumirla de momento puesto que requeriría un estudio específico sobre la naturaleza del *nexum* que no es posible realizar sin desviarnos del objetivo central de este estudio.

<sup>288</sup> C.I.C., *De fnibus* 1, 24.

han sido entregados *in mancipio* durante la primera o segunda venta, y consiguientemente, por qué una vez manumitidos por el procedimiento de la *vindicta* vuelven a estar bajo el poder del *pater*.

Las opiniones sobre la cuestión se dividen entre quienes creen que la *patria potestas*, de alguna manera, subsistiría en la persona de los que han sido dados *in mancipio*<sup>289</sup> y aquellos que lo niegan<sup>290</sup>.

Los argumentos giran fundamentalmente en torno a varios pasajes de Gayo cuya comprensión no siempre es sencilla. Entre los que militan a favor de la subsistencia de la *patria potestas* se encuentran los siguientes pasajes:

Gai. 1, 132: “<Praeterea> emancipatione desinunt liberi in potestate parent<u>m esse. sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim xii tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: ‘si pater <ter> filium uenum du<it>, a patre filius liber esto’. <eaeque> res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum uindicta manumittit: eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancip<etur>) <eaeque> mancipatione <de>sini<t i>n potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii”.

Gai. 1, 135: “Qui ex filio semel iterumue mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in aui potestate est, et ideo ab eo et <e>mancipari et in adoptionem dari potest. at is, qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in aui potestate: sed eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse, cuius et pater sit: utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius, et si quidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cad<a>t in eius potestatem, si uero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui iuris fiat”.

El primer fragmento es sumamente sugerente, puesto que establece que tanto después de la primera como de la segunda *mancipatio*, el hijo *reuertitur* a la potestad del padre, lo que da a entender que nunca ha salido de ésta. Lo mismo se deduce al señalar expresamente que sólo a través de la tercera *mancipatio desinit in potestate patris esse*, por lo que anteriormente ésta se encontraría vigente.

En cuanto al segundo texto, establece la entrada del nieto a la potestad del abuelo cuando este es concebido mientras el padre está en *mancipio* por primera o segunda vez. En caso contrario, es decir, si ha sido concebido mientras el hijo está en su tercera *mancipatio*, puesto que la *patria potestas* del abuelo se habría extinguido, *non nascitur in aui potestate*, lo cual implica que la *patria potestas* coexistiría con el *mancipio* del adquirente.

Sin embargo, esta visión encuentra dificultades en tres aspectos diferentes.

<sup>289</sup> Véase el ya citado DESSERTAUX, F., *Études sur la formation historique de la capitis deminutio* (Paris, 1919), II, pp. 237 ss.

<sup>290</sup> SOLAZZI, Siro, *Manumissio ex mancipatione*, en *Scritti di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1960), III, pp. 199 ss.; como también RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 182 ss.

En primer lugar, decir que la *patria potestas* subsiste, implica determinar en qué parte subsiste y cómo se solucionarían los eventuales conflictos entre el *pater* y el adquirente, lo que en ningún sentido es sencillo.

Una segunda objeción consiste en que el hijo ha sido sometido a una *capitis diminutio* mínima, por lo cual su estado de familia cambia. Una persona no puede encontrarse sometida a dos potestades diferentes, por lo que no parece posible compartir la visión que mantiene la subsistencia de la *patria potestas*.

Finalmente, existen dos textos sumamente sugerentes de Gayo que implican la salida de la *patria potestas* del hijo dado en *mancipio* por primera y segunda vez:

Gai. 2, 141: "*Filius quoque, qui ex prima secundaue mancipatione manumittitur, quia reuertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, <si> in eo testamento heres institutus uel exheredatus fuerit*".

Gai. 3, 4: "<Postumi quoque, qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt".

Gai. 3, 6: "*Quod etiam de eo filio, qui ex prima secundaue mancipatione post mortem patris manumittitur, intellegemus*".

En el primer fragmento se nos expresa que el hijo que vuelve a la *patria potestas* paterna después de la primera o segunda *mancipatio* rompe el testamento hecho con anterioridad. Esto se explica con el segundo fragmento, que lo califica entre los póstumos, es decir, de la misma manera que un hijo póstumo, su existencia es incompatible con la obligación de instituir heredero o desheredar a los *sui*.

Si se le califica y trata como a un póstumo, es difícil sostener que mientras está *in mancipio* se encuentre bajo la *patria potestas* del *pater*<sup>291</sup>, arguyen los sostenedores de dicha teoría.

El problema principal que plantea esta posición es la incongruencia que presenta con todo lo que sabemos de la manera de concebir el derecho entre los romanos. En efecto, si la *patria potestas* se extinguiera completamente mientras el hijo se encuentra *in mancipio*, nos encontraríamos ante un caso de resurrección de la *patria potestas* con cada manumisión del mismo, lo que es completamente extraño al pensamiento jurídico romano. Los derechos nacen y se extinguen, y una vez extintos no cabe su vuelta a la vigencia. Si la venta del hijo extinguiera por sí misma la *patria potestas*, entonces la manumisión tendría el efecto de crear de la nada la relación filial, lo que no parece sostenible.

Nos parece, en cambio, que se puede explicar la asimilación del hijo *in mancipio* al póstumo desde la perspectiva de la subsistencia de la *patria potestas* sin violentar tan abruptamente los principios conocidos del Derecho Romano.

En el momento en que el *pater* hace entrega del hijo *in mancipio*, realmente no puede saberse si éste ha de retornar a la familia paterna, por lo que su vuelta a la potestad del padre estaría sujeta a condición. Incluso si se ha fijado un plazo o un día cierto en las respectivas *nuncupationes*, su manumisión sigue manteniendo tal naturaleza condicional, puesto que el sujeto podría morir antes de cumplirse las condiciones establecidas. De esta manera, la *patria potestas* se encontraría en estado de pendencia mientras el hijo no sea manumitido, pero una vez verificada,

<sup>291</sup> RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 187 ss.

su ejercicio sería pleno nuevamente. Así, al igual que un hijo que se encuentra aún en el vientre materno, mientras no haya nacido (o manumitido, en este caso) no es jurídicamente relevante, pero una vez parido, rompería el testamento.

En cuanto al problema planteado por la *capitis diminutio*, debemos señalar que ésta es una categoría doctrinaria a la que se redujo una serie de situaciones diferentes entre sí, pero no necesariamente idénticas. La salida del *filiusfamilias* de su grupo de origen no significa necesariamente una desvinculación total, ya que en este caso no podríamos explicar por qué el nieto concebido habría de caer bajo la *potestas* del abuelo, sino sólo que los derechos de padre no podrán ser ejercidos, quedando suspensos hasta la manumisión del hijo.

De la misma manera que la existencia de un usufructo no significa la desaparición del dominio del nudo propietario, tampoco la entrega *in mancipio* implica la desvinculación del hijo respecto a la *patria potestas*. Así como el parto de la esclava dada en usufructo no sería de propiedad del usufructuario, el hijo concebido del *in mancipio datus* volvería a la *patria potestas* del abuelo.

Por otro lado, la vigencia latente de la *patria potestas* explicaría la limitación de los derechos del adquirente respecto al hijo en comparación a los esclavos. No tiene *ius vitae necisque* pues eventualmente el hijo volverá a su padre, quien podrá ejercer este derecho una vez manumitido; por motivos análogos tampoco puede causarle injurias. La situación es nuevamente análoga al usufructo, donde el usufructuario puede servirse de la cosa, pero sin menoscabarla, pues debe respetar los derechos del nudo propietario.

El hecho de encontrarse *servorum loco* hace que su situación sea similar a la de los esclavos, pero es justamente la latencia de la *patria potestas* la fuente que explica la diferencia entre éste y los verdaderos siervos. Sobre los esclavos el dominus no debe responder a nadie frente al ejercicio abusivo de su *dominica potestas*, mientras que respecto del hijo será la *patria potestas* misma el freno a los derechos del adquirente.

Para evitar equívocos, no planteamos que la *datio in mancipio* sea un caso de usufructo o de propiedad fiduciaria, sino simplemente que tanto en el usufructo como en la *datio in mancipio* existen derechos latentes de un tercero que obligan a restringir las potestades del detentador de la cosa o persona.

En cuanto a la pregunta de si estas afirmaciones son válidas para nuestro período, como creemos que son para la época clásica, la respuesta es afirmativa.

Basamos nuestra hipótesis en el hecho que la *datio in mancipium* era rara en la época clásica, siendo utilizada básicamente para la adopción y la emancipación. Las normas que regulan la situación del hijo *in mancipio datus* deben tener su origen en una época en que la vigencia y reiterado uso de la institución creara conflictos ético-sociales suficientes como para justificar la regulación de la materia, donde los derechos del adquirente y del *pater* pudieran chocar con frecuencia, lo que nos remitiría a una época anterior al siglo II a. C., donde tales normas se habrían generado.

Todo lo aquí señalado nos servirá de base a la hora de examinar la *manus* y la condición de *loco filiae* que la mujer mantiene.

## VI. "IUS NOXAE DANDI" DEL "PATERFAMILIAS"

1. *Concepto y régimen.*

La noxalidad es una materia donde el Derecho familiar romano se cruza con el Derecho de las obligaciones, y por este motivo se la puede tratar de dos maneras diferentes, desde el Derecho de familia como un derecho que asiste al *paterfamilias* para limitar su responsabilidad por los hechos de las personas a él sometidas<sup>292</sup> hasta el valor de sus cuerpos o desde el Derecho de obligaciones como un sistema de acciones que nacen del delito o daño de las personas sometidas donde se da al *pater* la opción entre aceptar la estimación del litigio o entregar el cuerpo del delincuente. El concepto aparece en D. 9, 4, 1 pr. (Gai., 2 ed. prov.). "*Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio seruorum aduersus nos instituuntur: quarum actionum uis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit euitare litis aestimationem*".

La institución es siempre una, no importa desde qué ángulo se la enfoque, aunque los problemas en que la investigación se centra según se la aborde desde uno u otro punto de vista son distintos, pues las preguntas que subyacen en uno u otro tipo de investigación difieren. Así, en este estudio, que es esencialmente de Derecho de Familia, existen materias a las que nos referiremos sólo tangencialmente, como es por ejemplo la naturaleza de la obligación a la pena que pesa sobre quien detente la *potestas* al trabarse la *litis* (cuestión central en un estudio de obligaciones), mientras que nos detendremos con detalle sobre otras cuestiones generalmente marginales en un estudio relativo a las obligaciones, como son las personas sobre las que se puede ejercer la entrega noxal, tema propiamente atingente a nuestra investigación.

Al hablar del *ius noxae dandi*, nos referimos a una facultad que detenta el *pater* para evadir la responsabilidad delictual o cuasidelictual que nace de los actos de las personas que se encuentran bajo su *potestas* a través de la entrega del responsable a manos de la víctima.

El origen de este sistema se encuentra sometido a debate en la doctrina. La tesis tradicional<sup>293</sup> sostiene que el nacimiento del sistema de acciones noxales se vincula con la responsabilidad familiar respecto a las víctimas de los delitos cometidos por sus miembros. De esta manera, cuando una de las personas sometidas a un *pater* comete un delito, el *pater* se obligaría o sería responsable del mismo como jefe de la unidad económica que es la familia. En este sentido, a fin de limitar su responsabilidad frente a los demás grupos familiares se le otorgaría la facultad de abandonar al autor en manos del grupo que ha sufrido el acto y exonerarse de su responsabilidad. Esta teoría es sumamente coherente y cuenta aún con gran prestigio entre los autores<sup>294</sup>.

<sup>292</sup> Naturalmente, se trata de actos que no autorizó o de los que no tuvo conocimiento, puesto que en este caso involucra su responsabilidad personal y puede ser demandado tanto directamente como de manera noxal, D. 9, 4, 1; 9, 4, 2; 9, 4, 3.

<sup>293</sup> GIRARD, Paul, *Les actions noxales*, en *Mélanges de droit romain* (Paris, 1923), II, pp. 369 ss.

<sup>294</sup> Véase LENEL, Otto, *Die Formeln der actiones noxales*, en ZSS. rom. Abt. 47 (1927),

Sin embargo, tal teoría enfrenta problemas al fundamentar la naturaleza de la obligación que pesa sobre el *paterfamilias* a la hora de responder pecuniariamente de los actos realizados por sus subordinados. El problema esencial consiste en el principio *noxam caput sequitur* que caracteriza al sistema noxal. Gai 4, 77: “*Ommes autem noxales actiones caput sequuntur. nam si filius tuus seruusue noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem peruenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur*”.

Si un hijo de familia comete un delito y luego es dado en adopción, el sujeto pasivo de la acción cambia y ya no es su primitivo *pater* el responsable frente a la víctima, sino su adoptante<sup>295</sup>. Esto ha obligado a sus seguidores a introducir diferentes modificaciones a su estructura a fin de hacerla sustentable<sup>296</sup> con distintos grados de éxito<sup>297</sup>.

Frente a este problema, la teoría de la noxalidad sufrió un fuerte vuelco gracias a De Visscher<sup>298</sup>. Este jurista distinguió tres etapas en el desarrollo del sistema noxal. La primera de ellas, tomada esencialmente del sistema de delictual escandinavo primitivo, sería el abandono noxal propiamente tal o sistema histórico de la noxalidad, que correspondería a un principio de responsabilidad individual, diferente a la responsabilidad colectiva. En virtud de éste, toda vez que una persona dependiente del grupo gentilicio comete un delito, a fin de evitar una guerra clánica, es abandonado al grupo de la víctima para que ejerzan su venganza exclusivamente sobre él. La segunda etapa del proceso estaría representada por la Ley de las XII Tablas, y consistiría en otorgar al *paterfamilias* una opción de rescate

pp. 1 ss.; NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die aussernoxale Haftung des Gewahlthabers für Delikte der Gewahlunterworfenen im klassischen römischen Recht*, en ZSS. rom. Abt. 69 (1952), pp. 311 ss., entre otros.

<sup>295</sup> Esto es válido sólo en cuanto la enajenación del esclavo o la dación en adopción no sea dolosa, es decir, realizada con la intención de evadir la acción noxal, pues en ese caso se obliga personalmente como se manifiesta en D. 9, 4, 12.

<sup>296</sup> Así, KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I (1955), pp. 145 ss., supone que el *pater*, aunque no está obligado, es responsable (“Haftung” de los actos de sus subordinados, en lo que es seguido por NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die aussernoxale Haftung des Gewahlthabers für Delikte der Gewahlunterworfenen im klassischen römischen Recht*, en ZSS. rom. Abt. 69 (1952), pp. 311 ss.; PUGLIESE, Giovanni, *Appunti in tema di azioni nossali*, en *Scritti giuridici scelti* (Napoli, Jovene, 1985), I, pp. 114 ss., en cambio, la califica como obligación *propter rem*, con la que supera la mayoría de los inconvenientes que plantea la cuestión, aunque a riesgo de introducir una categoría demasiado moderna para la mentalidad antigua.

<sup>297</sup> Una segunda alternativa planteada, pero que podemos considerar hoy definitivamente descartada, es considerar las acciones noxales como acciones reales que buscan vindicar la persona del delincuente. En efecto, esta idea fue defendida con gran mérito y sagacidad por BIONDI, Biondo, *Le acciones noxales nel diritto romano clasico*, en AUPA. 10 (1925), pp. 279 ss., aunque las recias críticas de LENEL, Otto, *Die Formeln der actiones noxales* (n. 294), pp. 1 ss.; como también las elegantes réplicas de DE VISSCHER, Fernand, *Il sistema romano della nossalità*, en *Iura* 11 (1960), pp. 31 ss.; PUGLIESE, Giovanni, *Appunti in tema di azioni nossali* (n. 296), pp. 114 ss., la han relegado al olvido, en nuestra opinión, merecidamente.

<sup>298</sup> Véanse DE VISSCHER, Fernand, *Le régime romain de la noxalité* (Bruxelles, 1947); *Il sistema romano della nossalità*, en *Iura* 11 (1960), pp. 1 ss.; como también *Vindicta et noxa*, en *St. in on. di Pietro Bonfante* (Milano, Fratelli Treves, 1930), III, pp. 234 ss.

del delincuente ofreciendo una compensación pecuniaria al grupo ofendido. La tercera etapa de este proceso es el sistema de acciones noxales propiamente tal, de creación pretoria, en que el significado original de la compensación pecuniaria ha sido alterado. Así, al plantearse la acción noxal, el *pater*, por la aceptación de la acción, se obliga al pago de la pena, reteniendo la opción de eximirse de ella mediante la entrega del delincuente.

Sin embargo, y a pesar de los méritos que esta teoría mantiene, encuentra distintas objeciones que la hacen difícilmente aceptable. En primer término, la evolución planteada supone que el régimen legal de la noxalidad fijado en las XII Tablas fuese, de alguna manera, general para todos los ilícitos cometidos por una persona sometida al grupo familiar. En efecto, de acuerdo con la sistematización de De Visscher, la entrega noxal es el régimen primitivo original de satisfacción de la venganza privada entre los clanes, por lo que todas las penas pecuniarias establecidas en las XII Tablas no serían otra cosa que opciones de rescate, de manera que el régimen legal de noxalidad tendría un alcance sumamente amplio dentro del espectro punitivo romano, incluyendo, naturalmente, a las injurias. Lamentablemente, esto no resulta sustentable<sup>299</sup> toda vez que las acciones noxales aparecen como excepcionales en el sistema de las XII Tablas, establecidas exclusivamente para un delito en particular, el hurto no manifiesto, mientras que para los demás delitos se impone ora exclusivamente una pena pecuniaria, ora una corporal. Fue el desarrollo posterior, esto es, la Lex Aquilia y especialmente la labor pretoria, el que expandió los horizontes de las acciones noxales a los daños y las injurias. El sistema de De Visscher entra en una contradicción difícilmente solucionable con la historia de la institución.

En segundo término, y tal vez en un grado más fundamental, la teoría de De Visscher tiene la desventaja de ser excesivamente dependiente de la teoría política de la familia. En efecto, su sistema supone que hasta la época de las XII Tablas Roma era una suerte de confederación de clanes que podrían entrar en guerras intestinas más que una ciudad con una autoridad central. Esto es discutible y poco aceptable.

La tercera y más importante objeción que puede hacerse al sistema de De Visscher está en el plano estrictamente obligacional. En efecto, de conformidad a los planteamientos del autor, el origen de la obligación del *pater* a pagar la pena impuesta (que originalmente habría sido un simple rescate) se encuentra en su aceptación voluntaria del juicio, y en último término en la propia *litiscontestatio*, pues antes de dicho momento el *pater* estaría libre de tal obligación. Lenel<sup>300</sup>, en muy pocas palabras, formula la refutación más sólida que se puede hacer a este planteamiento, y consiste en la existencia de un *oportere* en la *intentio* de la fórmula empleada en la *litisconstestatio*. En efecto, es difícilmente imaginable que

<sup>299</sup> PUGLIESE, Giovanni, *Appunti in tema di azioni noxali* (n. 296), pp. 117 ss.

<sup>300</sup> LENEL, Otto, *Die Formeln der actiones noxales* (n. 294), pp. 20 y véase también el comentario que de la misma hace PUGLIESE, Giovanni, *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della noxalità*, en *Scritti Giuridici Scelti* (Napoli, Jovene, 1985), I, pp. 239 ss.

la obligación nazca con la *litiscontestatio* y que, a su vez, exista un *oportere* en tal fórmula<sup>301</sup>.

De lo expuesto, debemos aceptar que la teoría de De Visscher, a pesar de sus méritos, termina siendo inaceptable, a lo menos de la manera que fue originalmente planteada por el autor, no obstante reconocer que existen en su interior elementos de gran utilidad para comprender el desarrollo de la institución.

De conformidad a los antiguos, el momento crucial en el desarrollo de las acciones noxales se encuentra en la Ley de las XII Tablas<sup>302</sup>, por lo que será en las condiciones sociales y económicas de dicha época donde encontremos las claves necesarias para trazar la historia de la institución.

Podemos decir con alguna certeza que durante la monarquía etrusca el poder de la *civitas* se afirmó por sobre los poderes particulares de los grupos gentilicios. Para llevar adelante un vasto programa de obras públicas o emprender guerras por la hegemonía dentro del Lacio, es menester contar con un poder central capaz de imponer su voluntad sobre los particulares. De hecho, las quejas de los nobles contra los tarquinos son un buen indicio de la fuerza que tomaba este movimiento, como también lo es la división de la población en centurias.

El grado de autonomía de los clanes y familias ha sido lentamente rebajado e incluso están expuestos al control de la ciudad en sus aspectos internos, como muestra la leyenda de los Horacios anteriormente tratada.

Para cuando llegamos a la República y la Ley de las XII Tablas, el sistema gentilicio de clanes se ha debilitado notablemente en desmedro de la familia agnaticia, verdadero eje sobre el cual se estructurarán las relaciones jurídicas y económicas en los siglos venideros.

No obstante lo anterior, a lo menos para la caída de los reyes, la atribución de responsabilidades delictuales es común al grupo al que pertenece el autor. Nada es más elocuente en este sentido que el juramento de Bruto sobre la sangre de Lucrecia para vengar en Tarquino el Soberbio las injurias de su hijo, Sexto Tarquino.

En este sentido, el período correspondiente a las XII Tablas presenta un carácter mixto, en el sentido que no obstante estar la estructura gentilicia muy debilitada y ser la *civitas* la titular fundamental del poder en la ciudad, la vindicta colectiva sobre el grupo al que pertenece el autor todavía es posible si es que la necesidad de venganza no es satisfecha.

En este sentido, podemos señalar que existe una tensión entre lo que De Visscher llama sistema histórico de la noxalidad y el poder de la *civitas* como centralizador de la justicia. Donde la ciudad falte, volverán los atavismos clánicos a tomar su papel vindicatorio para satisfacer con la sangre del grupo ofensor la carencia de justicia.

En este contexto es que vemos que la Ley de las XII Tablas intenta una graduación de los delitos según su gravedad, conminando con penas corporales los más graves y estableciendo penas pecuniarias para los de menor entidad. Tal vez

<sup>301</sup> Las defensas esgrimidas por DE VISSCHER, Fernand, *Il sistema romano della nossalità*, Ivra 11 (1960), pp. 61 ss. resultan completamente inútiles para rebatir este argumento.

<sup>302</sup> Gai 4, 76 atribuye la creación de las acciones noxales a la Ley de las XII Tablas, específicamente para el hurto no manifiesto.

el ejemplo más claro de esto lo tenemos en las injurias. Leemos en Gai 3, 223: *“Poena autem iniuriarum ex lege xii tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si seruo, cl; propter ceteras uero iniurias xxv assium poena erat constituta. et uidebantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse”*.

En efecto, de la exposición de Gayo se observa una graduación estricta para la ocurrencia del delito. La pena corporal es fijada sólo para la hipótesis más grave, el *membrum ruptum*, donde se establece el talión, que era llevado adelante en un proceso reglado por la autoridad pública. Para los demás casos, se prescriben exclusivamente penas pecuniarias, las cuales también se obtendrán por la mediación del poder público. La entrega noxal es extraña al sistema<sup>303</sup> y los delitos de las personas dependientes del *pater* reciben todas sanciones públicas.

Si se observa con atención, el sistema establecido para las injurias no deja margen a la justicia privada ni a atavismo clánico alguno. Seguramente es la gravedad misma de los supuestos la que determinó al legislador a excluir todo residuo arcaizante de tipo gentilicio entre las penas.

Diferente fue la regulación que se tomó para el *furtum*. Vale la pena comenzar nuestro análisis señalando que la Ley de las XII Tablas fijó cuatro clases de *furtum*, el *manifestum*, el *conceptum*, el *oblatum* y el *nec manifestum*.

El primero, el *manifestum*, es aquel en que el ladrón es sorprendido en el acto de robar y capturado<sup>304</sup>, el *conceptum* es aquél en que la cosa robada es encontrada en casa de alguien en presencia de testigos<sup>305</sup>, el *oblatum* es un caso especial de acción indirecta<sup>306</sup> y el *nec manifestum* el que no cae dentro de estas categorías.

Debemos subrayar que la Ley de las XII Tablas dejó un margen inicial a la autotutela en lo referente a este caso del *furtum manifestum* nocturno otorgando la facultad al dueño de la casa de matar al ladrón, en otras palabras, un *ius necandi* u *occidendi*<sup>307</sup>. De esta manera, el ladrón nocturno puede ser muerto a voluntad.

<sup>303</sup> Gai 4,76: *“Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, uelut furti lege xii tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, uelut iniuriarum et ui bonorum raptorum”*.

<sup>304</sup> Gai. 3, 184: *“Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur”*. La noticia se confirma en GELL. 11, 18,7.

<sup>305</sup> Gai 3, 186: *“Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiua res quaesita et inuenta est”*.

<sup>306</sup> Gai 3, 187: *“Oblatum furtum dicitur, cum res furtiua tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, uique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur. nam tibi, apud quem concepta est, propria aduersus eum, qui optulit, quamuis fur non sit, constituta est actio, <quae> appellatur obl<a>i”*.

<sup>307</sup> CÍC., *Pro Mil.* 9: *“Quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune uoluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus? Atqui, si tempus est ullum iure hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo iustum verum etiam necessarium, cum vi vis inlata defenditur”*. Gell. 20, 1, 7: *“Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumue iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse conuictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in seruitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit”*.

Este caso, en verdad, no se corresponde enteramente con la justicia privada, pues parece estar antes relacionado con la autodefensa, atendido el criterio de nocturnidad empleado por los decemviro.

La pena por el *furtum manifestum* propiamente tal es de carácter público, aunque con elementos estructurales del sistema de justicia privada o, en palabras de De Visscher, del sistema histórico de la noxalidad:

Gell. 11, 18, 7 ss.: “*Nam furem, qui manifesto furto pressus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiutelo se, cum prenderetur, defenderet. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos uerberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; seruos item furti manifesti pressos uerberibus adfici et e saxo praecipitari*”

Gai 3, 189: “*Poenam manifesti furti ex lege xii tabularum capitalis erat. nam liber uerberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem seruus efficeretur ex additione an adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. in seruum aequae uerberatum animaduvertebatur*”.

Las informaciones otorgadas por Gayo y Gelio son fundamentalmente coincidentes. Observamos que el ladrón capturado es llevado ante la autoridad pública y se distingue según si éste es libre o esclavo. En ambos casos es azotado, pero el primero es entregado a la víctima (la calidad que asume es discutida por los mismos antiguos) mientras que el esclavo es arrojado desde la piedra Tarpeya.

Se observa que a pesar que la entrega del culpable al grupo ofendido tiene un aroma a régimen histórico de la noxalidad, el legislador evita su equiparación deliberadamente. Mientras que en el régimen histórico de la noxalidad es el propio clan al que pertenece el culpable quien hace entrega de él, en la Ley de las XII Tablas se establece su adjudicación forzosa por parte de la autoridad ciudadana. No se deja margen a ningún tipo de intervención de su clan de origen y no es éste el llamado a efectuar la composición, sino que simplemente la ciudad se encarga de la imposición de las sanciones al culpable dejando de lado a los grupos gentilicios.

En cuanto al esclavo, la pena es eminentemente pública sin que quepa duda al respecto ni exista posibilidad de rescate.

La situación se hace más interesante al entrar a la penalización del *furtum nec manifestum*, como aparece en Gai 3, 190: “*Nec manifesti furti poena per legem <XII> tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat*”.

En principio, la penalización es de orden pecuniario, y si la situación sólo quedase en esto seguramente la historia del derecho romano sería menos problemática, aunque también menos divertida. La pena impuesta tiene una diferencia fundamental con aquella prescrita para el caso de injurias, y es que su cuantía es un múltiplo del valor del bien hurtado, en lugar de una cifra fija de ases.

En principio, la pena asignada parece más baja que la del hurto manifesto, y claramente ésta es la intención del legislador, pero al ser la cuantía de la pena de alguna manera ilimitada, pues dependerá del valor efectivo del bien robado, puede, en la práctica, llegar a ser más grave que la del hurto manifesto.

Imaginemos que el hijo de una familia pobre ha robado un bien valioso, algún objeto de oro, por ejemplo. Si el *furtum* es *nec manifestum* y el *pater* no tuviese un patrimonio suficiente para afrontar el pago de la pena, estaría sometido él mismo

a la *manus iniecto* y, por tanto, resultaría el mismo adjudicado al acreedor. En otras palabras, sufriría el mismo *pater* consecuencias penales equivalentes a las que afrontaría su hijo si es que el *furtum* fuese *manifestum*.

La teoría tradicional<sup>308</sup> sostiene que a fin de evitar esta situación es que se introduce la acción noxal de *furtum nec manifestum*, es decir, como modo de limitar la responsabilidad del *pater*, lo que está sustancialmente de acuerdo con la opinión que los juristas clásicos tenían de la misma. Gai 4, 75: “*erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse*”.

Nosotros pensamos que la teoría tradicional está fundamentalmente en lo correcto. Nos permitimos, eso sí, agregar ciertas matizaciones provenientes de la teoría de De Visscher.

En primer término, encontramos que la idea de un sistema histórico de noxalidad es esencialmente correcta y seguramente rigió las relaciones gentilicias en el período regio. La prueba más elocuente del mismo es la vigencia del principio de *deditio* en el marco de las relaciones internacionales<sup>309</sup>, que resulta paralela a la entrega noxal.

Creemos probable que ya durante la monarquía de los tarquinos se llevó adelante un esfuerzo centralizador del poder en la ciudad, representada por su rey, en desmedro del poder gentilicio. Seguramente, tal empeño incluyó las relaciones vindicativas ligadas a la entrega noxal, y continuó durante la primera República hasta la Ley de las XII Tablas.

Vemos en tal cuerpo normativo un intento de abolir dichas relaciones, dejando en manos de la autoridad pública el control de la venganza, sea regulándola a través del talión o reemplazándola por penas pecuniarias.

La intención del legislador en el caso del *furtum nec manifestum* era, seguramente, abolir el sistema vindicativo y establecer únicamente penas económicas, pero por las implicancias que podía tener la insolvencia del *pater* para afrontar las consecuencias pecuniarias de los actos de las personas a él sometidas, se dejó una parte del sistema tradicional vigente, aunque variando su sentido.

El *pater* podría optar entre pagar la pena o entregar al autor, lo que en la práctica implica pedir para el delincuente la pena más rigurosa ordenada por la ley para el *furtum manifestum*, como una forma de liberarse de su responsabilidad.

En cuanto a su obligación a pagar la pena, la estimamos vinculada con la protección del delincuente, lo cual sería una herencia clara del sistema histórico de noxalidad.

En principio, la responsabilidad<sup>310</sup> (“Haftung”) por el delito va unida a la persona del autor, y éste es el significado del principio *noxia caput sequitur*, mas se radica en la persona que tiene *potestas* sobre él cuando el *pater* toma conocimiento personal del hecho y es entonces que la obligación del *pater* a la pena nace, siguiendo la tesis tradicional.

<sup>308</sup> GIRARD, Paul, *Les acciones noxales. Mélanges de droit romain* (Paris, 1923), II, pp. 369 ss.

<sup>309</sup> Véase LEVY-BRUHL, Henri, *Sur L'abandon noxal*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lasaunne, 1963), I, pp. 193 ss.

<sup>310</sup> KASER, Max, *Das römische Privatrecht* (1955), I, pp. 145 ss.

Desde el momento en que conoce de la existencia del delito, ya no puede traspasar la propiedad del esclavo o dar en adopción al hijo<sup>311</sup> sin comprometerse personalmente. La obligación del *pater* nace no con la *litiscontestatio*, como cree De Visscher.

La libertad del *pater* frente a la acción noxal consiste justamente en entregar al hijo o esclavo o afrontar el juicio, mas no puede separarlo de su *potestas*<sup>312</sup>, como erradamente piensa De Visscher<sup>313</sup>.

Tal idea concuerda perfectamente con el sistema histórico de noxalidad, toda vez que según éste la responsabilidad del grupo al que pertenece el delincuente nace de su negativa a entregarlo, y es en este momento en que la guerra de clanes puede hacerse posible. La Ley de las XII Tablas habría reemplazado la entrega del delincuente por su comparecencia ante el magistrado, donde el *pater* está, en principio, obligado a la pena, mas podrá exonerarse de ésta optando por la pena superior en grado para el autor sólo, que es la *noxae deditio*.

En otras palabras, las acciones noxales nacen como una supervivencia de un sistema anterior (sistema histórico de noxalidad), excepcionalmente tolerada por los decenviros por la utilidad social que presentaba al limitar la responsabilidad pecuniaria del *pater*.

Desde este punto, lo que era un caso excepcional, se expandió en épocas sucesivas a otras realidades por obra de la ley Aquilia y el pretor hasta desembocar en el sistema de acciones noxales que sobrevivió sólo para el esclavo hasta la época de Justiniano.

## 2. Sujeto pasivo y objeto de la acción.

Entramos en este punto a dos cuestiones particularmente problemáticas del *ius noxae dandi*, y esto es, quién puede ser demandado en virtud de una acción noxal (sujeto pasivo) y quién puede ser objeto de una entrega noxal (objeto de la acción). La pregunta primera tiene intensa importancia para nosotros, toda vez que será en relación a ella que respondamos la segunda, es decir, cuáles de las personas sometidas al *pater* pueden ser objeto de entrega noxal.

En principio, sólo contamos con evidencia para afirmar que los hijos y los esclavos estaban sometidos al *ius noxae dandi*. Respecto a la mujer *in manu* y el hijo *in mancipio*, la verdad es que no tenemos ninguna referencia que permita suponer que alguna vez hayan estado sometidos al *ius noxae dandi*. Las *Institutiones* de Gayo presentan una lamentable laguna al tratar las acciones que se pueden ejercer por los delitos que cometiesen<sup>314</sup>. Sin embargo, por el encabezado del título y la sistemática de Gayo se puede suponer con buenas bases que tenían un tratamiento conjunto. Respecto a la mujer *in manu*, puesto que será tratada específicamente

<sup>311</sup> D. 9, 4, 2 y 9, 4, 3.

<sup>312</sup> Esto está suficientemente demostrado por PUGLIESE, Giovanni, *Appunti in tema di azioni noxali* (n. 296), pp. 117 ss.; NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die aussernoxale Haftung des Gewahlthabers für Delikte der Gewahlunterworfenen im klassischen römischen Recht*, en ZSS. rom. Abt. 69 (1952), pp. 311 ss.

<sup>313</sup> DE VISSCHER, Fernand, *Il sistema romano della noxalità*, en *Ivra* 11 (1960), pp. 1 ss.

<sup>314</sup> Véase Gai. 4, 80.

en un apartado propio, nada diremos de momento y nos centraremos sólo en el hijo *in mancipio*.

Debido al silencio de las fuentes, este problema suele ser omitido tanto por los tratadistas de Derecho de Obligaciones<sup>315</sup>, como también por aquellos dedicados al Derecho de Familia, que usualmente se limitan a apuntar la dificultad. Entre estos últimos, sólo Bonfante<sup>316</sup> afirma que la institución sería aplicable a éstos, pues utiliza la *noxae deditio* para argumentar acerca de la naturaleza política de la familia en la época Arcaica.

En cuanto a la primera cuestión, la del sujeto pasivo de la acción, lamentablemente ha sido innecesariamente oscurecida por el debate entre los partidarios de la tesis tradicional y las ideas de De Visscher y Biondi, quienes terminaron por extender excesivamente el alcance de tales acciones.

En principio, hay cuatro grupos que pueden estar incluidos dentro de la respuesta, a saber: el titular de la *potestas*, el poseedor, otros detentadores de la persona amparados por derechos reales y cualquier tercero.

Respecto al titular de la *potestas*, es claro que el *ius noxae dandi* está íntimamente ligado a la *potestas* del *pater* o del *dominus*<sup>317</sup>. En efecto, se interrogaba al demandado ante el pretor si es que el siervo (o hijo) estaba bajo su *potestas*: D. 9, 4, 21, 2: “*Praetor ait: ‘Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate seruuum habere: utrum actor uolet, uel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, uel iudicium dabo sine noxae deditioe’*”.

Por Gayo sabemos que en la *potestas* estaban comprendidos el hijo de familia y el esclavo como objetos hábiles para la *noxae deditio*. Resulta bastante interesante el uso del término *potestas* que se manifiesta en el Edicto, puesto que sintetiza en él la *dominica potestas* y la *patria potestas*, uso que veremos ampliamente confirmado por Gayo en capítulos sucesivos<sup>318</sup>.

En cuanto al hijo dado *in mancipio*, debemos recordar que, en principio, el titular de la *potestas* sobre él es su propio *pater*, por lo que será aquél el único capaz de responder afirmativamente la pregunta del pretor. No contamos con texto alguno, ni literario ni jurídico, donde se denomine *potestas* a su relación respecto al adquirente que lo tiene en su *mancipio*, por lo que el adquirente, en principio, no caería en esta rúbrica, ya que al ser sometido a la interrogación podrá libremente contestar que no tiene *potestas* sobre él.

El segundo sujeto que podría ser demandado noxalmente es el poseedor. Para la época de Justiniano el poseedor de buena fe era un sujeto pasivo hábil para

<sup>315</sup> Ni Lenel, ni Niederländer, ni Pugliese, ni Biondi se pronuncian en ningún sentido. BESELER, Gerhard von, *Lucubrations balticae*, en *SDHI*. 3 (1937), pp. 381 ss., se inclina por estimarlos objetos hábiles, aunque con ciertas vacilaciones. Lo mismo puede decirse de DE VISSCHER, Fernand, quien en *Le régime romain de la noxalité* (Bruselas, 1947), parece inclinarse por la negativa, mientras que en *Il sistema romano della nossalità*, en *Ivra* 11 (1960), pp. 8 señala que podría estar sometido a la entrega noxal, aunque sólo para la época preclásica.

<sup>316</sup> BONFANTE, Pietro, *Corso* (n. 1), pp. 77 ss.

<sup>317</sup> Véase D. 9, 4, 15; 9, 4, 20; 9, 21, 4, entre muchos otros.

<sup>318</sup> En otro trabajo esperamos tratar de este tema.

afrontar una acción noxal<sup>319</sup>, e incluso el poseedor de mala fe era un sujeto apto<sup>320</sup>. Sin embargo, para el período clásico existen dudas. En primer término, tenemos noticia que para tal período existía una vieja controversia respecto al poseedor, que fue finalmente solucionada afirmativamente sólo en la época de Justiniano<sup>321</sup>. De Visscher acepta que el poseedor siempre estuvo pasivamente legitimado para las acciones noxales, pues dentro de su sistema, al no existir obligación de pagar la pena sino por mediación de la *litiscontestatio*, realmente cualquiera podría ser sujeto pasivo de la misma, sin importar siquiera si efectivamente tenía algún tipo de relación potestativa con el objeto de la acción<sup>322</sup>. Las duras réplicas de Lenel<sup>323</sup> y las más matizadas de Pugliese<sup>324</sup>, son bastante contundentes. En todo caso, para nuestros fines no debemos entrar en este debate, pues para nosotros la pregunta relativa al sujeto pasivo es funcional al objeto de la entrega noxal, especialmente a fin de determinar si es que el adquirente de un hijo *in mancipio* podría ser sujeto pasivo de una acción noxal.

En principio, podemos afirmar categóricamente que no cabe dentro del tipo del poseedor sea de buena o mala fe, toda vez que el adquirente ni siquiera tiene la posesión del hijo mancipado, como afirma textualmente Gai. 2, 90: “*Per eas uero personas, quas in manu mancipioe habemus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis sicut per eos, qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsa<-> non possidemus*”.

Con dicha afirmación nos basta para descartar que el adquirente del hijo *in mancipio* sea un sujeto apto para ser demandado noxalmente como poseedor, puesto que no ostenta tal posesión. De ahí que debamos pasar a la siguiente categoría para determinar si es que está legitimado en algún otro caso.

El tercer grupo de posibles sujetos pasivos de acciones noxales está conformado por aquellas personas que detentan un derecho real sobre el esclavo que les autoriza a retenerlo con independencia del titular de la *potestas*, como son el acreedor pignoraticio y el usufructuario. Esta categoría presenta especial importancia para nosotros, toda vez que es aquella que se acerca en mayor medida a la situación del adquirente de un hijo *in mancipio*, como más arriba hemos puesto en evidencia. En efecto, en el caso del usufructuario existe un derecho al disfrute de la cosa del

---

<sup>319</sup> D. 9, 4, 11: “*Ulpianus libro septimo ad edictum. Bona fide serui possessor eius nomine furti actio<ne> tenebitur, dominus non tenetur. sed noxae dedendo non facit quidem actoris: cum autem coeperit istum seruuum dominus uindicare, doli exceptione summouebitur uel officio iudicis consequetur, ut indemnus maneat*”. D.9, 4, 12: “*Paulus libro sexto ad edictum. Si bona fide possessor eum seruuum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur aduersus eos, qui seruuum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere uidentur*”.

<sup>320</sup> D. 9, 4, 13 (Gai., 13 ed. prou.): “*Non solum aduersus bona fide possessorem, sed etiam aduersus eos qui mala fide p<-o>ssident Noxalis actio datur: nam et absurdum uidetur eos quidem qui bona fide possiderent excipere actionem, praedones uero securos esse*”.

<sup>321</sup> CI. 6, 2, 21.

<sup>322</sup> DE VISSCHER, Fernand, *Il sistema romano della nossalità*, en *Iura* 11 (1960), pp. 1 ss.

<sup>323</sup> LENEL, Otto, *Die Formeln der actiones noxales* (n. 294), pp. 14 ss.; seguido por BESELER, Gerhard von, *Lucubrations balticae*, en *SDHI*. 3 (1937), pp. 381 ss.

<sup>324</sup> PUGLIESE, Giovanni, *Appunti in tema di azioni nossali* (n. 296), pp. 147 ss.

usufructuario y una nuda propiedad que tiene paralelismos importantes con la situación del *pater*, cuya *patria potestas* está en estado de pendencia, y el adquirente, que detenta actualmente al hijo.

Afortunadamente, en este punto es que la crítica se muestra más conteste<sup>325</sup> en que no puede ser este tercero usufructuario o acreedor pignoraticio demandado noxalmente, sino que simplemente el pretor se limita a ordenarle que exhiba al esclavo<sup>326</sup> y, hecho, ordena la *ductio* del esclavo en favor del demandante<sup>327</sup>, amparando su posesión con la acción Publiciana<sup>328</sup>. Si el titular de la *potestas* comparecía con posterioridad, se ordenaba una *in integrum restitutio* en su favor a fin que procediese a asumir la defensa o ejecutar la entrega noxal del esclavo<sup>329</sup>. Debemos recalcar, siguiendo a Lenel<sup>330</sup>, que para la época preclásica, en que la acción Publiciana y la *in integrum restitutio* no eran conocidas, es sumamente improbable que siquiera fuese admisible esta posibilidad.

Los titulares de derechos reales podían, eso sí, asumir la defensa a fin de salvaguardar su derecho<sup>331</sup>, reconociéndoseles la facultad para hacerlo prestando previa *satisfatio iudicatum solvi*<sup>332</sup>, como todo tercero que asume la defensa ajena.

El verdadero obligado por la acción noxal es el nudo propietario o el constituyente de la prenda y es éste el llamado a mancipar al esclavo en favor del demandante o asumir su defensa<sup>333</sup>, pero, puesto que estos no detentan materialmente al esclavo, se exige la exhibición de éste al usufructuario o al acreedor pignoraticio.

En este sentido, los titulares de derechos reales no son propiamente sujetos de la acción noxal, aunque pueden asumir la defensa del esclavo en el lugar del dueño, garantizando previamente las resultas del juicio. Esta facultad no es exclusiva de ellos, sino que es común a todos los terceros que deseen hacerlo (cuarto grupo de sujetos pasivos posible), con la única diferencia que en su caso pueden extinguirse sus derechos cuando no la asuman.

Así, creemos que el adquirente del hijo *in mancipio* estaría en una posición análoga a la del usufructuario o del acreedor pignoraticio. En principio no está obligado a la pena, pero sí a presentar al hijo *in mancipio in iure* mediante una *actio ad exhibendum*. Si su *pater* comparece será éste el encargado de asumir su defensa o realizar la entrega. Evidentemente, como cualquier tercero, el adquirente podrá asumir la defensa del hijo, aunque previa presentación de la *satisfatio iudicatum solvi*. En definitiva, el adquirente no es un sujeto apto para ser demandado

---

<sup>325</sup> En el caso de Lenel y Beseler esto es evidente, puesto que ni siquiera la aceptan para el poseedor (véase la nota anterior); PUGLIESE, Giovanni, *Appunti in tema di azioni nossali* (n. 296), pp. 152 ss., fundamenta particularmente bien este punto, por lo que le seguimos muy de cerca al realizar este análisis.

<sup>326</sup> D. 10, 4, 3, 7.

<sup>327</sup> D. 2, 9, 2, 1; 9, 4, 32.

<sup>328</sup> D. 6, 2, 6.

<sup>329</sup> D. 2, 9, 2, 1; 9, 4, 26, 5.

<sup>330</sup> LENEL, OTTO, *Die Formeln der actiones noxales* (n. 294), pp. 14 ss.

<sup>331</sup> D. 9, 4, 27.

<sup>332</sup> D. 9, 4, 39.

<sup>333</sup> D. 9, 4, 17, 1.

noxalmente, esencialmente porque su posición, análoga al usufructuario, no le permite contestar afirmativamente a la pregunta si *is in potestate esse*.

Finalmente, para reforzar esta línea argumentativa, debemos recalcar que la *noxae deditio* requiere el rompimiento de los vínculos potestativos que el hijo tiene con su *pater*<sup>334</sup>, toda vez que su finalidad es someter al culpable a la vindicta de su víctima.

El medio para cumplir la entrega noxal fue la entrega *in mancipium*<sup>335</sup>. Al respecto, con la finalidad de garantizar que la *patria potestas* se rompía mediante la entrega, los proculeyanos pensaban que debía hacerse una triple *mancipatio*, mientras que los sabinianos creían que bastaba una sola. Gai 4, 79: “*Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diuersae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege xii tabularum cautum sit, <ne aliter filius de potestate patris> exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt et illas tres legis XII tabularum ad uoluntarias mancipationes pertinere*”.

Como apreciamos, el problema radica en que la entrega noxal requeriría la pérdida definitiva de la *potestas* del *pater* sobre el hijo para que los agraviados pudiesen vengarse sin temor a represalias de parte de la familia que lo entrega.

Esto diferenciaría netamente la situación del hijo entregado *in noxae* de aquel dado *in mancipio*, puesto que mientras que el segundo encontraría amparo en la pendencia de la *patria potestas* de su *pater*, el segundo no tendría esta ventaja.

Esto se revela adicionalmente en el hecho que no pueda obligar a su adquirente a emanciparlo mediante el censo. Gai 1, 140: “[...] *ac ne is quidem dicitur inuito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, ueluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor*”.

En todo caso, admitimos que la cuestión es difícil, mas creemos que con estos pocos asertos sobre el *ius noxae dandi* nos encontramos en posición de tratar el problema de su relación con la *manus*, por lo que para nuestros fines basta con lo expuesto.

## VII. CONCLUSIONES GENERALES

Finalmente nos encontramos en condiciones de resumir nuestras conclusiones acerca de la *patria potestas* y del conjunto de derechos que ésta otorga a su titular respecto a su descendencia.

En principio, nos vemos forzados a descartar la explicación política de tal poder. No vemos que sea posible sostener su comparación con la soberanía estatal, concepto, por lo demás, propio del Estado moderno antes que de la ciudad antigua.

<sup>334</sup> Véase LÉVY-BRUHL, Henry, *La vente de la fille de famille à Rome, Festschrift Hans Lewald* (Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953), pp. 97.

<sup>335</sup> En todo caso, para la etapa anterior a las XII Tablas existe discusión. Véanse KASER, Max, *Zur altromischen Hausgewalt*, en *ZSS. rom. Abt.* 67 (1950), pp. 474 ss.; PERNICE, Alfred, *Labeo*, I, pp. 171 ss.; RABELLO, Alfredo, *Effetti personali* (n. 54), pp. 98 ss.

Tampoco se aprecia la existencia de procedimientos paraestatales al interior de la familia, puesto que sólo a través de una interpretación forzada de los textos se puede concluir la existencia de alguna suerte de tribunal doméstico en su interior. La intervención conjunta de algunos parientes o amigos en las decisiones que el *pater* ha de adoptar en el ejercicio de sus poderes, parece consecuencia de la existencia de límites impuestos por la *civitas* antes que la manifestación de la independencia de la familia respecto a la misma.

En efecto, hemos comprobado que la ciudad tenía facultades más que suficientes para intervenir en el interior de cada familia evaluando su actividad interna. En algunas ocasiones mediante la censura y otras utilizando procedimientos públicos, especialmente cuando los intereses de la ciudad están en juego, como el caso de la *perduellio*, sea a través del parricidio, e incluso, en ocasiones, el tribunado resultaba competente para ejercer tal control.

De la misma manera, el derecho de la ciudad ejerció una labor moderadora de las facultades emanadas de la *patria potestas* desde épocas bastante tempranas. Vemos que algunas de sus normas se consideraban provenientes de la etapa mitológica de la ciudad, como las limitaciones al *ius vitae* y ciertos controles relativos al *ius vendendi*. Con toda seguridad, ya en la Ley de las XII Tablas se encuentran límites de indudable carácter jurídico a la *patria potestas* los cuales terminan por desestimar su carácter soberanista.

Parece seguro que la *patria potestas* es una institución de carácter limitado, aunque con un contenido muy amplio, cuyo rol es definir el ámbito de la familia agnaticia.

Parece difícil mantener que las familias agnaticias serían una suerte de estados embrionarios, especialmente porque no hay rastros de conflicto entre ésta y la ciudad. La *patria potestas* tiene las facultades que la ciudad le otorga, y existen múltiples mecanismos para evitar que un *pater* abuse de sus poderes.

El sistema consagrado en las XII Tablas parece potenciar a la familia agnaticia propiciando su unión patrimonial, la que se concreta en la figura del *pater*. Las normas de sucesión ordenan la repartición de los bienes entre los hijos, que pasan a formar familias independientes, salvo que voluntariamente deseen permanecer unidos (*consortium erecto non cito*). La sucesión gentilicia es sólo subsidiaria. Las normas ancestrales de la vindicta clánica han sido desterradas, reemplazándose por un sistema de penas de origen estatal. Si se mantiene una instancia de entrega noxal es con la finalidad de beneficiar al *pater* y, consecuentemente, mantener la integridad patrimonial de la familia agnaticia. Podemos adelantar que en las normas relativas a la *manus* observaremos un proceso similar.

Se advierte que debió existir en algún período de la monarquía una tensión entre las gentes y la centralización del poder en la ciudad, donde el conflicto terminó por resolverse en beneficio de la familia agnaticia hacia principios de la República, especialmente en la época de las XII Tablas. Posiblemente dicha confrontación tenga que ver con el proceso de sedentarización que el pueblo latino sufrió al establecerse en ciudades, teniendo un componente económico, ligado al cambio de modelo de propiedad, desde la tenencia comunitaria de la tierra a la familiar. Sin embargo, es todavía prematuro pronunciarnos a ese respecto, por lo que de momento, baste con estas afirmaciones.

Para finalizar, creemos poder afirmar con seguridad que la *patria potestas* no es un residuo de un poder político precívico que habría ostentado el *pater*, sino que su origen estaría ligado al reemplazo de los poderes que las gentes habrían ostentado respecto de la ciudad. En efecto, el parentesco gentilicio sin grados y de jefaturas que varían de clan en clan, es sucedido por el parentesco agnaticio centralizado en el *pater*, que está estrechamente sometido a la ciudad.

Las gentes eran propias de los patricios, mientras que la familia agnaticia es común a todos los ciudadanos, y la decadencia de las gentes coincide con las luchas por la igualdad política de los plebeyos. La familia agnaticia escinde a las gentes en unidades menores y debilita su solidaridad interna junto con su poder económico. En fin, las XII Tablas, al consagrar al *pater* como eje de la vida familiar, lo independiza de la autoridad de la *gens*, y consecuentemente, lo vincula directamente a la ciudad.

Volveremos sobre esta idea en nuestro próximo artículo, una vez analizada la *manus* como institución, donde intentaremos establecer si nuestras sospechas se corroboran.

[Recibido el 21 de abril y aprobado el 2 de mayo de 2006].

