

V

POLITICA Y DERECHO EN ROMA

SUMARIO: 1. Política y Derecho en Roma.— 2. Los organismos políticos preestatales y el primitivo ordenamiento jurídico.— 3. El Estado ciudadano y el derecho quiritarario.— 4. El Estado romano-italico y el derecho de gentes.

1. Roma es un pueblo que, acaso como ninguno otro, supo “comprender sus intereses”. Conocedor de sus propios destinos, triunfa el pueblo romano por su vitalidad. La historia de Roma es una historia progresiva y ascendente, porque el signo de la continuidad de la vida, que es acción y movimiento, hace “colocar el hecho en el puesto del problema”. Roma obra, crea.

El derecho de Roma, desde su inicio hasta el momento final de su evolución, es un producto de la fuerte virtualidad creadora del genio político. El genio romano es fundamental y esencialmente *político*. El sentido político romano evita el considerar al hombre como un ser aislado, irrelacionado e independiente. Concibe al hombre en grande, bajo la imagen de organismo, es decir, de Estado. El genio político romano se halla dominado por el *pathos* arrebatador de la fuerza social. Y el resultado grandioso de la construcción política romana no es otro que el *derecho romano*.

Tenemos para nosotros por verdad innegablemente afirmada la de que una política crea un derecho y éste cumple al servicio de aquélla la misión de aunar y ordenar las fuerzas sociales, disciplinando las voluntades, fijando los procedimientos, determinando las conductas. Pues bien, el Derecho romano es magna creación de una conciencia política, que entraña una idea clara y objetiva, ligada inseparablemente a la idea de fin. Fin soberano, superior a todos, que es el bien de la comunidad—el bo-

res communis—. La comunidad encuentra su lugar en la concepción política romana. Comunidad es cosa común, obrar común. Y Estado romano es comunidad, pero cabalmente comunidad que incluye dentro de sí las individualidades, y en modo tal, que no reciben la presión de aquélla. La individualidad no sufre bajo el peso opresor de la comunidad, porque se halla envuelta en forma total por el sentir y el vivir comunes. Individualidad y comunidad forman como un cuerpo y alma unificados en el afán de la alta empresa que es el bien de todos en el Estado.

Los romanos participan vivamente en la ciudadanía y cooperan espontáneamente en la lucha por el derecho. Los romanos son eso: grandes luchadores por el derecho, mas por un derecho ordenado al bien común. De ahí que en los derechos privados reconocidos a los individuos se deje ver siempre la presencia del principio político que los informa. Al individuo se le reconocen particulares derechos, pero de ellos no puede usar sin sufrir una inspección y un juicio (Plutarco). El individuo queda disciplinado bajo la ley, que habla de orden, de austeridad fundamental en el signo de la común cosa patria.

En un momento verdaderamente originario, cuando el Estado todavía no ha aparecido, el Derecho romano privado constituye un ordenamiento dirigido a la realización de funciones extrapatrimoniales y de orden, esto es, *políticas*. El primitivo — precívico — Derecho romano caracterízase fundamentalmente por constituir un complejo de institutos adscritos al cumplimiento de una función política de la *familia*, primera célula de cívica disciplina. Por eso tienen carácter publicístico los derechos atañedores a la *patria potestas*, al patrimonio, a las obligaciones y a la herencia. Esta función que el derecho cumple en el seno de la *familia*, aunque ciertamente aminorada y modificada en el discurrir histórico de Roma, no desaparece nunca. De cierto que aquellas ideas primitivas que encontraron su generación y ambientación propias en la *familia*, no desaparecen cuando sobre ésta viene a afirmarse la superior soberanía del grupo supremo, es decir, de la *civitas*, sino que siguen informando la función constructora del Estado en el agrupamiento disciplinado de los *cives* al servicio de la *res publica*. Desde el grupo primitivo a la *civitas*, desde la *civitas* a Italia y desde Italia al Imperio, el Derecho romano se ofrece como magna "expresión de una conciencia política que considera como

fin de toda acción la solidez y la potencia del Estado y exalta, consiguientemente, todo medio que valga para eliminar o reducir al menos las tendencias disgregadoras, y para vigorizar las fuerzas de cohesión" (De Francisci).

Roma obra, crea. Crea, bajo la inspiración del genio político, el Estado ciudadano, que luego transforma en nacional y en mundial. Y en todas estas fases de ensanche civilizador a través de la organización estatal, es el principio autoritario, el *imperium*, el que hace posible la obra de Roma. Grande es Roma porque grande es el genio político romano y grande también el derecho que este genio crea. Política y derecho laboran al unísono para hacer de la urbe un orbe, para cumplir una misión de dimensión universal:

Tu regere imperio populos, Romane, memento ¹.

Y la *virtus populi romani integra atque immobilis* hace un día de Roma madre de naciones, de pueblos:

*Haec est in gremium victos quae sola recepit
humanumque genus communi nomine fovit
matris, non dominae ritu, civesque vocavit
quos domuit, nexuque pio longinqua revinxit* ².

La historia del Derecho romano, que es, como ha dicho Bonfante, *la más orgánica, la más continuada y la más progresiva* entre todas las historias jurídicas, nos habla de profundas crisis y de profundas transformaciones en el campo del derecho público y del derecho privado, de un proceso histórico de mutación y alteración de los institutos jurídicos. Mas también nos habla de ese fenómeno grandioso de pervivencia, a través y por encima del oléaje de los tiempos, de las instituciones. Son las *constantes de la historia* que, en nuestro campo, valoran categóricamente a una determinada institución como una, igual y permanente, en sus *principios fundamentales*, a través de todas las épocas. Una interpretación naturalística de los fenómenos jurídicos, llevada a cabo según los postulados bonfantianos, nos prueba cómo "en el mundo espiritual, cómo en el mundo orgánico, las formas antiguas se adaptan a nuevos fines, que conser-

1 VIRGILIO: *Eneida*, VI, vers. 851.

2 CLAUDIANO: *De consulatu Stilichonis liber tertius*, vers. 150 y ss.

van siempre el vestigio de la antigua finalidad a la que han servido”³.

2. La organización política es originaria en la humanidad, bien que primeramente no adoptase la forma unitaria y suprema del Estado. Grupos políticos anteriores al Estado—*familia, gens, tribu*—dieron ya esencia de vida al mundo civil y determinaron empíricamente el derecho.

Las primeras formaciones jurídicas romanas tienen su origen en época anterior a la aparición del verdadero Estado, y cabalmente emergen desde un principio del preestatal ordenamiento familiar y gentilicio, esto es, de la formación política que precedió a la *civitas*.

El sistema jurídico romano surge como expresión de una conciencia política, fundada en la estructura y en la vida de los grupos sociales primitivos, organizados para el cumplimiento de fines de orden y de defensa. El orden y la defensa son las grandes razones determinantes del nacimiento de los grupos, que se constituyen—como dice De Francisci—en base al reconocimiento y consolidación del poder y de la autoridad de un jefe, supremo definidor y mantenedor del fin de la acción. El vínculo que liga a los individuos con el jefe no tiene su fundamento en la sangre, sino en el sometimiento a la misma autoridad soberana.

En aquellos agrupamientos primitivos se formulan ya las líneas cardinales de todo un sistema de conceptos jurídico-políticos de primer orden, cuales son los relativos al poder absoluto, omnicomprendivo y autónomo del señor o jefe, a la subordinación del individuo al grupo, al vínculo efectivo que une a todos entre sí y con relación al soberano.

Dentro de los grupos primitivos, todas las instituciones de derecho privado romano—patria potestad, propiedad, servidumbres, obligaciones, herencia—asumen forma política, en cuanto ordenamientos, dirigidos en primer lugar al cumplimiento de funciones extrapatrimoniales y de orden.

Por lo que particularmente respecta a los pueblos de cultura indogermánica, la organización familiar aparece en razón sobresaliente, recibiendo información de la fuerte ideación de lo *uno* y *universal*. La primitiva—preestatal—familia romana cons-

3 BONFANTE: *Storia del diritto romano*, 4.^a ed., I, pág. 9.

tituye un *organismo político unitario*⁴. Lo uno informa la noción política real de la primitiva *familia*, dando base a su régimen o gobierno; *unidad* en la jefatura, que justamente cabe calificar de monárquica; *unidad* en la propiedad, sometida absolutamente al *paterfamilias*, en servicio total del consorcio; *unidad* en el culto religioso, cuyo pontificado recae en el señor o soberano; *unidad* en la variedad de las relaciones jurídicas existentes entre rector y regidos, y las cuales son ejercidas en razón de la titularidad única dimanante del poder, uno y omnímodo, que es la *manus* o *potestas*.

En la primitiva *familia* romana apreciamos un ente universitario colectivo, tenedor de fines superindividuales. El derecho familiar romano tiene su base originaria en un principio de naturaleza objetiva, y su contenido teleológico presenta un carácter eminentemente político. Puede decirse que en la antigua *familia* el único titular de relaciones jurídicas es el *paterfamilias*, señor o jefe. Ahora bien, si el derecho tan sólo a él pertenece, debe entenderse en el sentido de que le pertenece como asignación funcional derivada de la naturaleza orgánica de tales relaciones. El *paterfamilias* actúa autónomamente en el gobierno monista de la *familia*, pero no independientemente. Su autonomía es funcional—no personal—, y justamente obrada dentro del sentido vital social del grupo familiar. El *paterfamilias* asume en la *familia* una postura institucional, conformante con el fin objetivo y unitario del consorcio regido.

En la sociedad romana de los primeros tiempos, representada por la preestatal organización familiar y gentilicia, todos los derechos, sin distinción, tienen el mismo carácter, un carácter marcadamente político.

Carácter político tiene la *manus*, el poder unitario e ilimitado del *paterfamilias*, que comprende en sí, indistintamente, las

4 A BONFANTE corresponde el mérito de haber sido uno de los cultivadores del Derecho romano que más luz ha puesto en la tan debatida cuestión planteada a propósito de la naturaleza de la antigua *familia*, al apreciar, a través de su estructura y finalidades, el preciso carácter político de la misma. Cfr. BONFANTE: *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, I, 1889, págs. 236-250 (*Scritti giuridici vari*, I, págs. 1 y ss.); *Res mancipi e nec mancipi*. Roma, 1888-89, vol. II, págs. 280 y ss. (*Scritti*, II, págs. 273-274, abreviado); *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, en la *Rivista italiana di sociologia*, vol. VI, 1902, y principalmente, *Teorie vecchie e nuove sulla formazioni sociali primitive*, en la *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. LV, 1915. (*Scritti*, I, págs. 18 y ss.)

diversas clases de potestad: sobre la mujer (*manus maritalis* o *potestas maritalis*); sobre los hijos (*potestas* o *patria potestas*); sobre los esclavos (*dominica potestas*), y sobre los hijos de otros entregados en venta al *paterfamilias* (*mancipium*). El poder del *paterfamilias* sobre las personas a él sometidas era, en los orígenes, absoluto, y ejercido en razón de un imperio jurisdiccional—*domesticum imperium*—. La subordinación y la obediencia de los miembros de la comunidad familiar al *paterfamilias* es de todo punto igual a la subordinación y obediencia que los ciudadanos prestan al Estado. Frente a los individuos libres y no libres de la casa, el señorío del *paterfamilias* otorga a éste derecho de vida y muerte sobre los mismos—*ius vitae necisque*—. Como elementos de la *patria potestas* aparecen también el *ius exponendi* y el *ius vendendi*, esto es, los derechos de exponer y de enajenar a los individuos de la familia. Igualmente pertenece a los atributos de la *potestas* la facultad de liberarse de las responsabilidades externas derivadas de los daños—*noxia*—producidos por algún miembro de la casa a otra familia, de conformidad con la práctica observada en las relaciones de carácter internacional por las más antiguas comunidades—*ius noxae dandi*—. Todos estos poderes confluyentes en la *manus* o *potestas* del *paterfamilias* son asumidos por éste en cuanto responden a la esencial función política de la *familia* y a su posición de señor o soberano con poderes de magistrado,—*domesticus magistratus*—, dentro de la misma. Los poderes del *paterfamilias* son originariamente indestructibles, lo mismo en el interior de la *familia* que en el exterior, esto es, frente a terceros y frente a la *civitas*, cuando ésta hubo aparecido. Al ordenamiento autónomo de la familia en todos los órdenes, repugna cualquiera injerencia extraña, cualquiera influencia externa. No normas de puro sabor ético, sino normas específicas e imperativas de esencia consuetudinaria — *consuetudo*, *usus*, *mores* — dan vida al ordenamiento jurídico interno del grupo familiar. Las *mores* familiares — *mores maiorum* — son el elemento constitutivo de la norma jurídica que rige en el consorcio familiar. Y si la potestad del *paterfamilias* fué limitada en tiempos bastante antiguos por la obligación de oír el consejo de cinco *vicini*, *propinqui* o *amici* ⁵ — *consilium necessariorum*

5 DION. ALIC., II, 15; VAL. MASS., 5, 8, 2; SUET.: Tib., 35; LIVIO, 39, 18.

o *propinquorum*—, esto se debe a que así lo establecían las *mores*, las costumbres de los antepasados.

No solamente la patria potestad, sino también las demás instituciones de derecho privado—propiedad, obligaciones, herencia—cumplen en los antiquísimos tiempos romanos una función política.

Las *res Mancipi* constituyen en los orígenes la verdadera propiedad, y precisamente la propiedad del consorcio familiar o gentilicio⁶. La categoría de las *res Mancipi* es representativa del patrimonio legado al consorcio familiar o gentilicio⁷, al cual es adscrito para el cumplimiento de una función político-social⁸.

Bonfante ha llevado sus investigaciones, avaloradas por geniales observaciones y por un agudo sentido crítico, a punto de apreciar que los vestigios de la propiedad fundiaria romana

6 Sobre esto cfr. BONFANTE: *Res Mancipi e nec Mancipi*, antes citada, y la recensión a esta monografía de KRÜGER, en la *Z. S. St.*, v. XII, pág. 156; *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, en sus *Scritti*, II, págs. 1, 108 y ss.; *Instituciones de Derecho romano*, vers. del italiano. Madrid, 1929, págs. 245 y 251; *Storia del dir. romano*, 4.ª ed., I, pág. 183; DE FRANCISCI: *Il trasferimento della proprietà*, 1924, págs. 25 y ss.; PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, 2.ª ed., págs. 619 y ss.; ARANGIO RUIZ: *Ist. di dir. romano*, 3.ª ed., págs. 177, 413 y ss.; LANGE: *Römische Alterthümer*. Berlín, 1863, pág. 115.

7 BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, vers. del ital., pág. 245: "Las *res Mancipi* constituían en su origen la propiedad social del consorcio gentilicio, o sea, antiguamente, la verdadera propiedad"; págs. 251-252: "En los orígenes pre-romanos o antiquísimos eran propiedad común del consorcio gentilicio las *res Mancipi*. La disgregación del grupo gentilicio hizo desde tiempo remoto individual, como se suele decir, la propiedad romana. Sin embargo, una propiedad individual tenida necesariamente por el jefe de un consorcio autónomo, como la familia romana, no es tal sino respecto al Estado y al *ius civile*. La verdadera propiedad individual, no sólo jurídicamente, sino socialmente, no nació sino cuando el proceso de disgregación de los grupos primitivos se renovó en la familia clásica y los miembros de ésta se hicieron sujetos patrimoniales independientes.

8 Como observa Bonfante, fué Lange el primero en expresar netamente el concepto jurídico de una propiedad familiar de las *res Mancipi*: Cfr. LANGE: *Römische Alterthümer*, antes citada, pág. 115: "Las *res Mancipi* son todas de tal naturaleza que, sin ellas, no se puede concebir la existencia de una familia patriarcal fundada en la agricultura..." "Las *res Mancipi* debieron considerarse por la propiedad inalienable de la familia, a la cual pertenecían. Estaban verdaderamente en las manos del *paterfamilias*, que respecto a ellas era considerado como *manceps*; pero debía mantenerlas en la familia; no era, pues, *dominus* en el sentido posterior de la palabra."

confieren a la propiedad del grupo familiar el carácter de una soberanía territorial, de un territorio sobre el que se ejerce un poder político. La propiedad primitiva es propiedad gentilicia, y su esencia originalísima radica en ser más soberanía que dominio⁹.

Concebida la originaria propiedad romana como propiedad territorial *ilimitada internamente*, esto es, como territorio sobre el que se ejerce un señorío absoluto, no admite en modo alguno limitación o influencia que, proveniente del exterior, pueda menoscabar la unidad compacta y cerrada del fundo adscrito al consorcio familiar o gentilicio. De tal modo, que en el antiguo derecho son propiamente desconocidas las llamadas *servidumbres legales*¹⁰.

También fueron desconocidas en los más antiguos tiempos romanos la *enfiteusis* y la *superficie*, que no llegaron a recibir sanción en el *ius civile* y no obtuvieron reconocimiento claro y preciso, como derechos reales, en la doctrina clásica. El *uso* y el *usufructo*, aparecidos mucho antes que la *enfiteusis*, no se remontan, sin embargo, a la edad primitiva de Roma¹¹.

Las obligaciones, que están revestidas de un puro carácter personal, no eran concebibles dentro del grupo familiar—porque la obligación exige relación libre, que sólo puede existir entre personas jurídicamente equiparadas—y constituían relaciones entre *patres*, es decir, entre jefes o señores de comunidades familiares, muy semejantes a los actuales tratados o convenciones del Derecho internacional. Las primeras obligaciones jurídicas fueron las obligaciones *ex delicto*, a las que va unido el instituto de la *noxae deditio*, de trascendencia interfamiliar o internacio-

9 Cfr. BONFANTE: *Scritti*, II, esp., págs. 15-23.

10 Cfr. BONFANTE: *Scritti*, II, págs. 17-18. Cfr., también los interesantes estudios de Brugi sobre la doctrina romana de las servidumbres prediales, en los que se mantiene la idea de que las *servitutes* o *iura praediorum* fueron probablemente extrañas al primitivo ordenamiento jurídico romano: *Studi sulla dottrina romana delle servitù*, aparecidos en *Archivio giuridico*, XXV, págs. 321 y ss.; *Ibid.*, XXVII, págs. 165 y ss.; *Ibid.*, XXXII, págs. 137 y ss.; *Ibid.*, XXXIII, págs. 237 y ss.; *Ibid.*, XXXIV, págs. 141 y ss.; Apéndice al libro VIII, título III, del GÜCK, *Trattato delle pandette*, trad. ital., VIII, págs. 342 y ss.; *Studi in onore di C. FADDA*, 1905, I, págs. 27 y ss.

Cfr. asimismo PEROZZI: *Problemi di origini*, en *Studi per Scialoja*, 1935; LUSIGNANI: *Origine delle servitù*, en los *Studi e doc. di St. e Dir.*, 1897.

11 Cfr. BONFANTE: *Scritti*, II, pág. 18.

nal, mientras que las obligaciones *ex contractu*, puestas al servicio de una función comercial, aparecieron más tarde¹².

La unidad de mando y de gobierno aparece como sostenedora de la institución familiar. El apoyo y la defensa de esa *unidad* son encontrados por el genio romano en la *continuidad*, realizada por la herencia. El poder político *unitario* es heredado, vinculándose a una continuidad. La fórmula hereditaria romana

12 Sobre el problema del concepto y origen de la obligación: ALBERTARIO: *Ancora sulle fonti dell'obbligazione*, en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 1926; *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1.097 del Codice civile*, en la *Rivista di diritto commerciale*, 1923; *Le obbligazioni* (Corso, 1930-31), y recensión de BIONDI en *Bull. d. Ist. di dir. rom.*, 1932, págs. 233 y ss.; ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto romano*, 3.ª ed., págs. 275 y ss., y en la *Enciclopedia italiana Treccani*, sub v., *Devozione*; *Ancora sulle "res cottidianæ"*, en *Studi in onore di P. Bonfante*, v. I; BETTI: *Sul valore dommatico della categoria contrahere nei giuristi Sabiniani e Proculiani*, en *Bull. d. Ist. di dir. rom.*, 1916, págs. 3 y ss.; *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino, 1919; *Le fonti dell'obbligazione e i problemi della loro classificazione*, en *Archivio Giuridico*, 1925; BRINZ: *Der Begriff Obligatio*, en la *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1874, I, págs. 11-41; *Obligation und Haftung*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, LXX, 1896, págs. 371 y ss.; CARUSI: *Sul concetto dell'obbligazione*, en *Studi in onore di V. Scialoja*, v. I, págs. 152 y ss.; CORNIL: *Debitum et obligatio*, en *Mélanges Girard*, I, pág. 199; COLINET: *La garanzia solidale in diritto romano*, en *Memoria accademica delle scienze*, Bologna, 1931, págs. 5 y ss.; CUQ: *Les institutions juridiques des romains*, 2.ª ed., I, págs. 363 y ss.; DE FRANCISCI: *Storia del dir. rom.*, I, página 337, n. 2; DE VISSCHER: *Les origines de l'obligation ex delicto*, en *Études de droit romain*, págs. 257 y ss., y las recensiones de BIONDI, en *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1932, págs. 225 y ss., y de RABEL, en la *Z. S. St.*, 1932, págs. 466 y ss.; HÄGERSTRÖM: *Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, 1927, y la recensión de KUNKEL a esta obra en la *Z. S. St.*, v. 49 (1929), págs. 479 y ss.; HUVELIN: *Les tablettes magiques et le droit romain*; *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, págs. 39 y ss., en *Mélanges Appleton*; y en DAREMBERG: *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, v. *Obligatio*; LUZZATTO: *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milán, 1934; MARCHI: *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, *Storia*, Roma, 1912; *Le definizioni romane dell'obbligazione*, en *Bull. d. Ist. di dir. rom.*, 1916; PACCHIONI: *Appendice II alla traduzione italiana delle obbligazioni & Savigny*, Turin, 1912; *Nuove considerazioni sulla distinzione fra debito e obbligazione*, en *Atti Accademia di Torino*, pág. 53; PEROZZI: *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, en *Memorie della R. Accademia di Bologna*, 1915; *Istituzioni di dir. rom.*, 2.ª ed., v. II, págs. 1 y ss.; SEGRÈ: *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, en *Studi in onore di P. Bonfante*, v. III (Milán, 1930), págs. 499 y ss.; SIBER: *Römisches Privatrecht*, v. II, págs. 158 y ss.

posibilita la marcha continua—trascendental—de la *familia*, gracias a la forma política de gobierno o soberanía *una*.

Familia y herencia—*familia* y *hereditas*—son, en nuestra consideración, dos instituciones políticas preestatales coincidentes. La *hereditas* cumple la finalidad de dar *continuidad* a la *familia*, actuando la transmisión del poder político soberano y uno del *paterfamilias*. El *heres* es el sucesor en la soberanía del grupo familiar.

Viene en confirmación de nuestro aserto el hecho de que en la edad primitiva, por el fallecimiento del *paterfamilias* o del *pater gentis* no se rompe la unidad de la *familia* o de la *gens*, quedando firme y uno el poder o soberanía ejercida sobre todos los individuos y sobre todas las cosas. Al morir el *paterfamilias* o el *pater gentis* no se destruía la vinculación existente entre los individuos del grupo familiar o gentilicio. El principio clásico de *singuli singulas familias habent* no rige en la edad primitiva, por manera que la muerte del *paterfamilias* o del *pater gentis* no determinaba la división del grupo familiar o gentilicio en otros tantos grupos o familias¹³.

El *heres* es el sucesor en la soberanía del grupo familiar. Todavía hay en el mismo derecho clásico numerosos vestigios de elementos políticos unidos a la *hereditas* en un momento histórico, y los cuales, si ciertamente asumen ahora una postura clásica o menos vigorosa, hallábanse dotados de una fuerte virtualidad política en una época originaria y primitiva. Baste recordar las instituciones de la *amicitia*, del *hospitium*, de la clientela, del patronato, del culto familiar y de los sepulcros, de la potestad tutelar sobre las mujeres y sobre los impúberes, etc., las cuales hablan todas de una nota política vinculada *ab origine* a la *familia* y hecha continua, permanente, a través de la *hereditas*.

13 Esta es la posición mantenida por BONFANTE: vide *Scritti*, I, pág. 234; en contra de BONFANTE, se manifiesta ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, páginas 15 y 61.

BONFANTE sostiene como probable que la más vasta familia primitiva, a la cual se refiere el ordenamiento de la sucesión, es la *gens*. A este propósito, el maestro italiano se expresa en los siguientes términos: "En el derecho primitivo, admitida mi hipótesis, la unidad de la familia se mantiene entera en toda relación, porque el grupo permanece unido bajo el jefe designado por el difunto. Sin duda, la hipótesis presupone la existencia en la época prehistórica de una familia más amplia que la del tipo clásico... Esta familia más amplia entiendo ahora que sea la *gens*": *Scritti*, I, pág. 407, Cfr. también págs. 110, n. 1, y 234.

Ateniéndose a un criterio rigurosamente científico y apoyándose en los más modernos métodos de la crítica y en los mejores subsidios que proporciona la filología, al tiempo que procediendo siempre con una precisión lógica que sólo es dable encontrar en agudos y experimentados investigadores, el insigne Bonfante ha llevado al campo de la sistemática del derecho sucesorio romano luminosas ideas sobre ciertas reglas y principios que, considerados hasta ahora con pura visión dogmática y puesta la mirada en las finalidades meramente patrimoniales que desde una época avanzada cumple el régimen de sucesiones *mortis causa*, no podían ser explicados de modo satisfactorio.

Decía Ferrini que la opinión de Bonfante no solamente explicaba muy bien el carácter general de la herencia, sino también *varias reglas* que perduran en el derecho clásico y justinianeo¹⁴. Ciertamente sirve para explicar *todos los principios* de la herencia. La fórmula "sucesión en la soberanía" proporciona la única explicación posible del principio *nemo pro parte*, del régimen del prelegado y de las reglas que se cifran en la posibilidad de una *hereditas sine ullo corpore*, en la necesidad de la institución solemne de un *heres* para la validez del testamento, en la nulidad de la *institutio ex re certa*.

Aun cuando en lo que se refiere a la concepción de la herencia originaria como traspaso de la soberanía tuvo Bonfante sus precursores—que son Vico¹⁵ y Sumner Maine¹⁶—, la doctrina por él expuesta vale como suya, en mérito al modo en que presenta sus ideas, con tanta justeza elebadoras y formando un conjunto unitario al que no se cansa de dotar con todos sus conocimientos, que son extraordinarios, y con toda su convicción apasionada¹⁷.

14 FERRINI: *Manuale di Pandette*, pág. 735.

15 GIAMBATTISTA VICO: *Principi di una scienza nuova*, libro II, sección III, edición Nicolini, Bari, 1913, vol. II, págs. 376-378.

16 SUMNER MAINE: *Ancien droit*, trad. francesa de Courcelle de Seneuil, 1874, pág. 181.

17 RABEL, en la *Z. S. St.*, v. 50, pág. 297. Las principales teorías sobre el origen de la *hereditas* pueden resumirse así: a) Sucesión en la soberanía del grupo familiar: BONFANTE: *L'origine dell'hereditas e dei legata nel diritto successorio romano*, en *Bull. d. Ist. di dir. rom.*, IV (1891), p. 97-143, con nueva introducción, y en sus *Scritti*, I, p. 101-151; *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno*, en *Bull. d. Ist. di dir. rom.*, VII (1894), p. 151 y ss., con adiciones, y en sus *Scritti*, I, p. 151-187; *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, en

3. En el año 754 (a. de C.) aparece la *civitas*, el Estado romano. Al surgir éste como grupo político unitario y supremo, no desaparecen los grupos políticos menores—*familia* y *gens*—. Ciertamente que la *gens* viene abatida durante la etapa republicana para quedar de ella una lejana memoria histórica en los tiempos de Antonino Pio¹⁸. Pero la *familia* conserva siempre, a lo largo de todo el discurrir histórico del Derecho romano, su vieja estructura. Ciertas relaciones, como son las atañeras al *ius suffragii*, al *ius honorum* y a la prestación del servicio militar, se hallan reguladas por el Estado, en consideración única a los individuos, a los ciudadanos como tales, y no como miembros de los grupos subordinados. La fundamental acción política del

sus *Scritti*, I, p. 188-249; *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, en *Bull. d. Ist. di dir. rom.*, XXVII (1915), y en sus *Scritti*, I, p. 469-508. b) Sucesión puramente patrimonial *ab origine*. La teoría italiana del testamento-adopción: PEROZZI, *Problemi di origini*, en los *Studi in onore di V. Scialoja*, Milán, 1905, v. II, p. 167 y ss., y en sus *Istituzioni*, Florencia, 1908, v. II, p. 357-381. c) Sucesión puramente patrimonial *ab origine*. La teoría de la formación reciente y jurisprudencial de la *heredis institutio* y de la *successio in universum ius*: LENEL, *Zur Gesch. der heredis institutio*, en *Essays in legal history*, Oxford, 1913, p. 120 y ss. d) Sucesión en una serie de elementos patrimoniales y extrapatrimoniales que se resumen en el término *familia*. La fórmula *sucesión en la familia*: COSTA, en el prólogo a su *Storia del dir. rom. privato*, Turín, 1911; *Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare*, publicado en el *Istituto di dir. rom.*, 1894, p. 245-332; *Storia del dir. rom. privato*, 2.^a ed., Turín, 1925, p. 469-471, n. 3. e) Sucesión originaria entendida en un sentido más espiritual y menos patrimonial: MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, p. 98, n. 11 y 99. f) Sucesión en la potestad doméstica. El supuesto condominio familiar de bienes en vida del padre. El *heres doméstico*: RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes*, en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, v. 50, p. 295-332.

18 Cfr. BONFANTE, *Inst. de Der. rom.*, versión española, antes citada, p. 146.

Dentro de la *civitas*, y como consorcio dotado de autonomía, la *gens* logró conservar algunas funciones provenientes del período precívico, bien que en muy escaso número y relativas principalmente al orden religioso. Hasta bastante tarde pudo desempeñar, con carácter subsidiario, a la vez que integrador, una función correspondiente a la *familia*, cual es la de asistir al *paterfamilias* en el ejercicio de su potestad doméstica. (Vide DIXON, *ALIC.*, 2, 25; TAG., *Ann.*, 13, 32.) También conservó dos oficios de derecho privado, y precisamente los de que, a falta de agnados, son llamados los gentiles a la tutela legítima (vide GAYO, *compl. de Inst.*, I, 164; BRUNS, *Fontes*, I, n. 126, 21 y ss.; MOMMSEN, *Jur. Schr.*, I, 411), y a la herencia. (Vide GAYO, III, 17; CICERON, *De invent.*, 2, 50, 148, y *ad Herennium*, I, 13, 23; *Collatio*, XVI, 3, 3, y XVI, 4, 2.)

Estado menoscabó aquí la autonomía del consorcio familiar, al considerar al *paterfamilias* y a los *filiifamilias* como sujetos iguales de derecho público¹⁹. Pero fuera de esto, manteniéndose firme el principio político informador del orden familiar, las relaciones que median entre el *paterfamilias* y los individuos sometidos a su autoridad se hallan dominadas por reglas de carácter absoluto, cuya condición de necesidad se refiere al supremo interés político del organismo familiar. Con esto tratamos de significar dos cosas, a saber: primera, que en un número concreto y bien determinado de relaciones—las de mayor importancia desde el punto de vista de la acción estatal—, todos los miembros de la *familia* participan por igual en la vida política, mediante su adscripción a la curia, a la centuria, a la tribu; y segunda, que en aquellas relaciones en que la autoridad del *paterfamilias* ocupa un lugar preponderante, en cuanto atañen a la propia autonomía del grupo familiar y en cuanto son determinadoras del fin de la acción política de éste, el *paterfamilias* y los *filiifamilias* no aparecen jurídicamente equiparados: aquél es el jefe o señor, y éstos los súbditos o gobernados. Ahora bien, las relaciones asumidas por el *populus* son esencialmente políticas, en cuanto su existencia jurídica deriva del derecho político o constitucional. En el campo del derecho público es la voluntad del Estado la que se impone; pero señálese que la especial configuración de la *familia* como grupo idéntico a la *civitas*, hace que en el seno de la misma puedan reinar normas de carácter político provenientes del particular ordenamiento interno, que en esencia no difieren de aquellas otras normas que encuentran su asiento en el campo del derecho público estatal, concebido como “superestructura”.

No es de negar que la *familia* se convierte en la sociedad civil adelantada, en un órgano político de un organismo superior. A causa de esto, precisamente, algunas instituciones netamente familiares asumen nuevas finalidades, cuales son las relativas a los órdenes económico y ético, y de otra parte, cuanto implica fundamental acción política y social, queda concentrado en la *civitas*, en el Estado. Sin embargo, es tal la semejanza, es tan asombroso el paralelismo de derecho público y de derecho privado, del *ius publicum* o *ius populi* y del *ius privatum*, de la *res publica* y de la *res privata* o *familiaris*, que no cabe hablar de

19 Sobre esto, vide BONFANTE, *Scritti*, I, p. 57-58.

esencias diversas, sino a lo más de esferas diversas²⁰. El *ius privatum*, esto es, el derecho relativo al ordenamiento de la familia, se produce en una vía igual a la del *ius publicum*. El uno se refiere al gobierno y organización de la *familia*, en cuanto tiene de grupo político, y pudiera llamarse derecho público familiar, si no fuera porque aquí no cuadra bien el adjetivo *publicus*²¹; y el otro, al gobierno y organización del Estado, y que bien puede ser llamado derecho público estatal. Pero he aquí que, derivando siempre de la voluntad del Estado la existencia y la fuerza obligatoria del derecho privado—entendido ahora como derecho relativo a los intereses de los particulares, en cuanto tales—, éste surge, se desarrolla y llega a ser un sistema jurídico perfecto sin intervención alguna de la *civitas*.

El derecho privado se halla integrado por un complejo de reglas o normas consuetudinarias surgidas por fuerza de la real vocación social, y acomodadas en el curso de los tiempos por obra de la *interpretatio*—pontifical, primero, y laica, después— a las nuevas necesidades y exigencias. La costumbre es la verdadera fuente del derecho. El *ius moribus constitutum*, el *ius quod moribus receptum est*, constituye el verdadero sistema jurídico²². Consecuentemente a la llegada de la plebe a la ciudadanía, y en el momento en que triunfa mayormente este nuevo elemento, se produce una transformación en la fisonomía del Estado. La nueva evolución política señala la intervención de los comicios y de la ley en materia de derecho privado, pero sólo con carácter excepcional y siempre que con éste concurre un derecho e interés público.

El Estado no prestó atención alguna a lo que significase regulación de las relaciones entre particulares. Y es así como nace un derecho privado de timbre netamente familiar, como derecho de los *paterfamilias* o jefes de las familias. Con razón dice Bonfante que el *derecho privado romano es, durante toda la*

20 Cfr. BONFANTE, *Storia del dir. rom.* 4.^a ed., I, p. 140.

21 Sobre el significado de los adjetivos *publicus* y *privatus*, vide CICERON, *De re publica*, I, 25, 39; FESTO, *Fragmenta*, p. 245 y 242; PAULO DIACONO, *Ep. Fest.*, p. 6.

22 Las XII Tablas no constituyen un sistema jurídico. Reproducimos aquí, por considerarlas muy atinadas, estas palabras de BONFANTE: "Le singole disposizioni del codice decemvirale esaminate con spirito freddo e spregiudicato ci offrono, come già avvertimmo, un complesso di norme non troppo coerenti, di natura eccezionale, costituenti piuttosto breccie a un sistema che no parti fondamentali di esso": *Storia del dir. rom.*, I, p. 142.

época verdaderamente romana, el derecho de los *paterfamilias* o jefes de las familias²³. Nos encontramos en un momento en que *privus*, particular, únicamente lo es el *paterfamilias*. Ahora bien, siendo el *paterfamilias* el único tenedor de relaciones jurídicas privadas, interesa señalar de nuevo la postura institucional por él asumida al frente del consorcio regido. Y en este sentido, cabría decir que es la *familia*, a través del *pater*, el sujeto colectivo de derecho privado.

Produciéndose el derecho privado libre de toda ingerencia legislativa, y justamente dentro del orden familiar, es de notar que durante la época del derecho genuinamente romano conserva los vestigios de los tiempos precívicos. En verdad que "los institutos fundamentales del derecho romano son esencialmente las instituciones de los dominadores, los *patres*, extendidas a la *plebe*". Y, como dice Bonfante, "lo que hace esta conclusión irresistible es el carácter político de semejantes instituciones en sus bases: si la *manus* o *potestas* es una soberanía personal; si el *dominum es iure Quiritium* conserva todos los caracteres de una soberanía territorial; si las obligaciones reflejan todavía las relaciones entre los diversos grupos, y el testamento es la designación del sucesor soberano; si los principios cardinales de las singulares instituciones son todavía coherentes a su función originaria, es manifiesto que nosotros tenemos aquí la repetición de un fenómeno típico en la historia: la extensión a todo el pueblo del sistema de derecho peculiar a una organización señorial dominante"²⁴.

4. Durante el tiempo que va desde el 201 (a. de C.), esto es, desde el final de la segunda guerra púnica, hasta la muerte de Alejandro Severo, en 235 de C., el viejo *ius civile* se transforma en un derecho universal.

La pequeña comunidad de agricultores y pastores organizados en *familias* y *gentes* se convirtió un día en una poderosa ciudad-Estado. La comunidad patricio-plebeya se transforma ahora en el centro de un vasto Imperio. Desaparece la ciudad-Estado y queda reservado el nombre de *civitas* para dar nombre al Estado romano, que abraza en sí todo el mundo civil.

En esta avanzada del tiempo el *ius civile* se convierte en *ius gentium*. Edicto pretorio, jurisprudencia y legislación imperial

23 BONFANTE, *Instituciones de Der. rom.*, vers. esp., p. 146.

24 BONFANTE, *Storia*, I, p. 196-197.

son los tres factores que confluyen a la formación y arraigo del *ius gentium*. Factor decisivo es, entre todos, el derecho pretorio. El *ius civile* se transforma en un derecho universal, y es de señalar cómo para operarse semejante transformación, que lleva a abarcar todo un mundo de nuevas relaciones sociales, precisábase de un cambio total en los órganos legislativos. Y he aquí que “para la tarea substancialmente apolítica de desenvolver el derecho privado resulta inepta la obra de las asambleas”²⁵. Las asambleas populares únicamente intervienen cuando lo reclaman intereses políticos de importancia capital, y es el pretor quien “usurpa de recho la función legislativa, de tal modo que viene a ser, como dice Bonfante, el órgano clásico de la evolución jurídica romana”.

Mas, en esta época, el antiguo paralelismo existente entre derecho público y derecho privado se destruye. “Las funciones diversas, a las que deben satisfacer las dos ramas del sistema jurídico, los órganos y la evolución distinta del uno y del otro, la presión del Estado, que restringe las tareas familiares de orden político, la decadencia de las antiguas formas, han hecho ahora neta la separación del *ius publicum* y del *ius privatum*”²⁶.

Es ahora cuando la familia, como sujeto colectivo de derecho privado, desaparece. No es ya el *paterfamilias* en cuanto tal, esto es, en cuanto jefe de un grupo cuyos intereses representa, tenedor de relaciones jurídicas privadas. *Paterfamilias* significa en este momento sujeto libre, individuo capaz de derecho. En el campo jurídico privado todos los ciudadanos pueden ser titulares de particulares derechos. Frente al derecho no hay más que individuos, y entre éstos no existe diferencia social alguna. Un sello individualista viene impuesto ahora a los derechos privados.

Lo que acaba de quedar dicho no significa, como pudiera creerse, que en el Derecho romano privado penetra ahora triunfante el principio “de la voluntad individual”. La concepción de los derechos privados—también de los más absolutos—como círculos de competencia individual cerrada, en la que para nada se inmiscuye el poder público, es pura creación moderna, fruto de una idea política empeñada en poner barreras o límites a la

25 BONFANTE, *Storia*, I, p. 258.

26 BONFANTE, *Storia*, I, p. 258.

intervención de dicho poder. Creemos que el ejemplo del *ius abutendi* puede venir en apoyo de este aserto. No es idea romana, sino de elaboración medieval y moderna la que concibe la propiedad como radicalmente absoluta e ilimitada. "El llamado *ius abutendi* tiene en su exageración un sentido más convencional que histórico. Los romanos nunca le dieron el alcance arbitrario de facultad de destruir la cosa hasta por mero placer, según se ha afirmado al presentarlo como exaltación del poder dominal: ellos concibieron el consumo de la cosa, si esto era a su disfrute; pero tan distanciado estuvo su sentido de aquella idea, como tal ideal lo está de la Filosofía jurídica, a tenor de la cual todas las cosas tienen una finalidad que pone trabas moderadoras a las veleidades de un propietario irreflexivo"²⁷. Iniciada erróneamente tal interpretación por los glosadores, tomada luego de ellos por los legistas medievales, y recogida finalmente por el naturalismo filosófico y la economía clásica ortodoxa, surgió "la idea de que la propiedad es absoluta, sin que limiten los derechos señoriales, deberes perfectos o imperfectos de humanitarismo"²⁸.

En el siglo III de C. acaba la historia del Derecho propiamente romano. Cerrada la vía de romanidad por la que hasta aquí había discurrido el derecho de Roma, transportado luego a las extrañas tierras del Oriente, logra sobrevivir gracias a la compilación justinianea. Y comienza el suceso trascendental de la nueva vida del Derecho romano privado sin sentir ya el espíritu y la influencia de la política creadora. Política romana y Derecho romano se separan: aquélla muere definitivamente y éste emprende un nuevo vivir al calor de concepciones políticas que no son precisamente romanas. Y será de ver cómo la nueva ambientación política producirá la desvirtuación y transformación de las genuinas instituciones de derecho privado. Con todo y con esto estamos muy lejos de negar que muchos de los principios romanos, superando las derogaciones históricas, viven y actúan como sagrado fuego animador en el derecho de nuestro tiempo. Todavía son ellos, en su viva pureza, los que en esta hora de tremenda crisis pueden contribuir a la palingénesis de la civilización europea.

JUAN IGLESIAS.

27 DÍAZ GONZÁLEZ, *Instituciones de Derecho romano*, 4.^a ed., II, p. 37-38.

28 DÍAZ GONZÁLEZ, ob. cit., II, p. 38; cfr. también BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, p. 195; ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, I (2.^a ed., Madrid, 1943), p. 223, n. 242.