

## **AUTONOMÍA PRIVADA Y LEY PÚBLICA EN ROMA**

Por

JAKOB FORTUNAT STAGL  
Universidad de Chile

Revistas@iustel.com

*Revista General de Derecho Romano 27 (2016)*

RESUMEN: Este artículo trata de una ilusión óptica de los estudiosos del derecho romano moderno. Estos eruditos provienen de una sociedad y de un sistema legal que tiene su base en lo que Sumner Maine llamó famosamente "contrato", mientras que Roma era una sociedad y un sistema legal basado en lo contrario, en el "status". En este sentido, nos alegramos de que haya muy pocas restricciones a la autonomía de las partes en las leyes públicas de Roma que normalmente consideramos y, por tanto, concluimos que Roma era el "El Dorado" de la autonomía partidaria y puede servir de modelo para el liberalismo. Somos capaces de caer presa de esta ilusión óptica por el hecho de que no consideramos las restricciones múltiples y exhaustivas, incluso tiránicas, de la autonomía partidaria en el campo del "status" (personas, matrimonio, dote, testamento) que no consideramos. Por la razón de que estamos menos interesados en estas partes del derecho romano por la razón de que pertenecen a un tipo diferente de sociedad para el que tenemos muy poca comprensión.

PALABRAS CLAVE: Lex publica, autonomía de partido, status y contrato, liberalismo.

## **PARTY AUTONOMY AND PUBLIC LAW IN ROME**

ABSTRACT: This article deals with an optical illusion of modern Roman law scholars. These scholars stem from a society and legal system that has its basis in what Sumner Maine famously called "contract", whereas Rome was a society and legal system based on the opposite, on "status". This being so we happily state that there are very few restrictions to party autonomy in those public laws of Rome which we normally consider and, therefore, conclude that Rome was the "El Dorado" of party autonomy and can serve as a model for liberalism. We are able to fall prey to this optical illusion for the reason that we do not consider the manifold and thorough, even tyrannical restrictions of party autonomy in the field of "status" (persons, marriage, dowry, testaments) which we do not consider for the reason that we are less interested in these parts of Roman law for the reason that they belong to a different type of society for which we have very little comprehension.

KEY WORDS: lex publica, party autonomy, "status and contract", liberalism.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es una opinión muy extendida entre los más importantes romanistas que la *lex publica*<sup>1</sup>, así como las leyes en general, no tenía una gran importancia en el derecho romano, fundamentalmente en el derecho privado romano, el cual es visto más bien como una creación autónoma de los juristas<sup>2</sup>: “El pueblo del derecho no es el pueblo de las leyes” dijo Fritz Schulz<sup>3</sup>; la misma opinión compartían Kaser<sup>4</sup> y la mayor parte de la romanística moderna<sup>5</sup>. Mano a mano con esta interpretación se encuentra otra, según la cual la autonomía privada en el Derecho romano habría sido casi ilimitada<sup>6</sup>. El propósito de este artículo consiste en refutar esta segunda opinión, en cuanto está basada en una ilusión óptica que ahora intentaremos demostrar y analizar.

La opinión criticada se basa en dos observaciones: la primera es que existen pocas leyes en el campo del Derecho privado<sup>7</sup>. Esta observación ha sido refutada recientemente por Mantovani con muy buenos argumentos: Las *institutiones* de Gayo, que son un pequeño manual para alumnos del primer año, es en una cantidad significativa de casos, nuestra única fuente para el conocimiento de ciertas leyes. Si Gayo conoce leyes que el Digesto, que es mucho más extenso que las Instituciones (veinte veces más o menos), desconoce, podemos llegar a la conclusión, junto con Mantovani, que el Digesto fue “delegiferado” por los compiladores justinianos: la referencia a una autoridad legal fuera del Digesto, en este caso una *lex publica*, hubiera

---

<sup>1</sup> Sobre las *leges publicae* en general FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho Público Romano*, 19ª ed., Aranzadi Navarra, 2016, pp. 158-160 y FERRARY, J.-L. (ed.), *Leges publicae: La legge nell'esperienza giuridica romana*, IUSS Press, Pavia 2012.

<sup>2</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2ª ed., Beck, Munich, p. 205 y p. 210: „Die Fülle der Rechtsgedanken des römischen Privatrechts ist zum größten Teil Juristenrecht”; en este sentido también FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho Público* (n. 1) p. 205.

<sup>3</sup> SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín 1934, p. 4; lo mismo dice en *Classical Roman Law*, OUP, Oxford, 1953, p. 4.

<sup>4</sup> Kaser, M., *Ausgewählte Schriften*, Jovene, Napoli, 1976, vol. 1, p. 31.

<sup>5</sup> KASER, M./KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, 20ª ed., Beck, Munich, § 2/8 s.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 471;

<sup>6</sup> BALDUS, CH., *Römische Privatautonomie*, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 210 (2010) pp. 2, 29. Véase también la traducción al castellano: *La autonomía privada en Roma: imágenes y proyecciones entre derecho, historia y política*, en: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito (a cura di) P. Carvajal, M. Miglietta, Edizioni dell'Orso, Alessandria, vol. I, 2011, pp. 175-206.

<sup>7</sup> Por ejemplo también FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho Público* (n. 1) p. 159.

subvertido la pretensión de exclusividad de la legislación de Justiniano<sup>8</sup>. La argumentación de Mantovani, que no podemos reproducir íntegramente en este lugar, es un modelo de rigor metodológico y el fruto de un trabajo intenso con las fuentes, y, aparte de eso, ha sido recibido con aprobación por parte de algunos romanistas<sup>9</sup>, por lo que podemos confiar en sus resultados. Las fuentes del Derecho romano debieron contener muchas más referencias a *leges publicae* de lo que nosotros nos imaginamos; entonces, el lema de Schulz, al afirmar que el “pueblo del derecho no es el pueblo de la ley”, resulta equivocado, como muchas de las conclusiones a las cuales los romanistas llegaron basándose en esta premisa.

Ahora nos toca analizar si es correcta la segunda afirmación, de que la autonomía privada en Roma habría sido casi ilimitada. Esta premisa se explica gracias a un reflexión muy simple: ¿Para que pueden servir las leyes en el campo del Derecho privado, sino para la limitación de la autonomía privada? Para garantizar la autonomía privada hace falta únicamente una frase, y ésta ya estaba en las XII tablas: *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (“Lo que pronuncia la lengua, eso sea derecho”)<sup>10</sup>. Si existen pocas leyes en el campo del Derecho privado, la limitación de la autonomía privada es, por consiguiente, escasa. Pero, ¿es verdad que hay tan pocas restricciones de la autonomía privada? Si existen tan pocas leyes en el campo del Derecho privado como se había pensado hasta ahora por parte de los más importantes romanistas, no sería posible que hubiera más limitaciones a la autonomía privada de lo que hasta ahora se había pensado? La respuesta a esta pregunta sólo puede ser contestada a partir de un análisis de las fuentes.

Analicemos entonces la legislación romana bajo esta óptica. El siguiente listado enumera todas las leyes (*leges publicae*) en el campo del Derecho civil<sup>11</sup>, excluyendo por tanto el Derecho constitucional y el Derecho administrativo. Este listado se encuentra dividido en dos secciones, cuyo sentido será explicado más adelante.

---

<sup>8</sup> MANTOVANI, D., *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, en: Ferrary, J-L. (ed.), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Iuss Press, Pavia, 2012, pp. 708-767.

<sup>9</sup> STAGL, J.F., *Die Bedeutung von leges publicae im Römischen Recht: Der Beitrag Mantovanis zur „legum multitudo und Privatrecht“ und die Frage der Privatautonomie bei den Römern*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 133 (2016) pp. 445-458. Ulrike Bab; Chr. Baldus, *Der Staat*: Vol. 52, No. 2, pp. 331-335.

<sup>10</sup> KASER, M., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Böhlau, Weimar-Wien, 1986, pp. 73 ss.

<sup>11</sup> ROTONDI, G., *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912; CRAWFORD, M.H., *Roman Statutes*, *Bulletin of Institutes of Classical Studies*, 2 vol, London, 1996.

## 2. LEYES (*LEGES PUBLICAE*) EN EL CAMPO DEL *IUS CIVILE*

Empecemos con la *lex publica*, la forma *par excellence* de legislar durante la república. Para crear una *lex publica*, un magistrado competente debe proponer la ley (*rogare*, se habla entonces también de *rogatio*) a una de las tres asambleas populares o el *concilium plebis*, aunque la última forma de ley es técnicamente hablando un *plebiscitum*<sup>12</sup>.

### 2.1. Leyes relacionadas con el estatus, incluyendo leyes para la protección de la propiedad

*Lex Aquilia* (siglo III a.C.): protección de la propiedad contra delitos;

*lex Aternia Tarpeia* o *lex Menenia Sestia* (ambas probablemente del siglo V a.C.): limitación de la indemnización por los daños causados al ganado;

*lex Atilia* (finales siglo III a.C.?) y también *lex Iulia et Titia* (en tiempos de Augusto): nombramiento de los tutores por parte de los magistrados;

*lex Atinia* (siglo II a.C.) y también *lex Iulia et Plautia* (?): exclusión de cosas hurtadas de la usucapión;

*lex Canuleia* (445 a.C.): connubio entre patricios y plebeyos;

*lex Cassia* (45 a.C.): admisión de los plebeyos al Senado;

*lex Cincia* (204 a.C.): limitación para las donaciones; prohibición de honorarios para abogados;

*lex Claudia* (218 a.C.): prohíbe a los senadores tener buques mercantes;

*lex Claudia de tutela mulierum* (en tiempos de Claudio): *derogación* de la tutela sobre mujeres de los agnados;

*lex Claudia* (47 d.C.): prohíbe los préstamos a *filii familias*;

*lex Cornelia de captivis* (82-79 a.C.): permanencia de la vigencia del testamento en caso de cautiverio de guerra;

*lex duodecim tabularum* (450/1 a.C.): las disposiciones de Derecho privado conocidas se refieren a la *patria potestas*, la usucapión y el *nexum*.

*lex Fabia* (siglo I o II a.C.): contra el *plagium*;

*lex Falcidia* (40 a.C.) y su precursora, la *Lex Furia testamentaria* (entre 204 y

---

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho Público* (n. 1) p. 158-160.

169 a.C.): reserva de un cuarto de la herencia para los herederos;

*lex de flaminica Diali* (24 a.C.): Exclusión de la *manus* del *flamen Dialis* sobre su esposa en caso de *confarreatio*;

*lex Fufia Caninia* (2 a.C.) y *Lex Aelia Sentia* (4 d.C.): Restricciones al poder de liberar esclavos propios por testamento;

*lex Glitia* (?): se refería a la *querela inofficiosi testamenti*;

*lex Hostilia* (siglo 2 a.C.): autorización para el pupilo de celebrar un proceso;

*lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.): prohíbe el adulterio a las mujeres y obliga al marido a separarse de la adúltera;

*lex Iulia de fundo dotali* (en el tiempo de Augusto): prohíbe la disposición sobre terrenos que son parte de la dote;

*lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.): veáse *lex Iulia et Papia*;

*lex Iulia Papia Poppeae* (9 a.C.): veáse *lex Iulia et Papia*;

*lex Iulia et Papia*: coacción a casarse y tener hijos, con sanciones, sobre todo a propósito de la capacidad de suceder;

*lex Iulia et Titia* ( en tiempos de Augusto): nombramiento de los tutores en las provincias;

*lex Iunia Norbana* (19 d.C.): estatus de los esclavos liberados pretoriamente;

*lex Pesolania* (?): excepción de perros de la responsabilidad objetiva;

*lex Iunia Petronia* (19 d.C.): procedimiento *in favorem libertatis*;

*lex Iunia Vellea* (26 d.C.): capacidad de suceder pasiva de los *postumi*;

*lex Laetoria* (192/1 a.C.): plena capacidad jurídica con 25 años;

*lex Licinnia* (república primitiva): *actio communi dividundo*;

*lex Minicia* (ca. 90 a.C.): estatus de los hijos de matrimonios mixtos;

*lex Petronia* (61 d.C.): prohibición de ordenar a esclavos a participar en luchas de gladiadores;

*lex Publicia* (antes de 204 a.C.): Limitación de las donaciones de los *liberti* a su patrón;

*lex Scribonia* (50 a.C.): abolición de la usucapción de servidumbres;

*leges sumptuariae* [*lex Aemilia sumptuaria*, *lex Antia sumptuaria*, *lex Cornelia*

*sumptuaria, lex Didida sumptuaria, lex Fannia, lex Iulia sumptuaria* de César y de Augusto; *lex Licinia sumptuaria, lex Oppia, lex Orchia*] (siglo III a.C.-siglo II d.C.): limitaciones al lujo de los festines, de enterramientos y devestuario;

*lex Voconia* (169 a.C.): a) prohibición de instituir mujeres de la clase más alta del censo; b) limitación de la capacidad de suceder agnaticia de mujeres; limitación de legados.

## 2.2. Leyes relacionadas con contratos

*Lex Aquilia* (siglo III a.C.): compensación entre fiadores;

*lex Apuleia de sponsu* (después de 241 a.C.) y también *lex Furia* y *lex Cicereia*: compensación entre fiadores;

*lex Clodia de collegiis* (58 a.C.): Restauración del derecho de asociación;

*lex Cornelia de aleatoribus* (81 a.C.): legalidad de las apuestas deportivas;

*lex Cornelia de adpromissoribus* (81 a.C.): limitación para fianzas;

*lex Cornelia de sponsu* (81 a.C.): limitación del monto en el caso de fianzas múltiples;

*leges faenebres* (varios siglos): limitación del tipo de interés;

*lex Iulia de annona* (18 a.C.): prohibición de la especulación en el mercado de alimentos;

*lex Iulia de collegiis* (en tiempos de Augusto): limitación del derecho de asociación;

*lex Iulia de pecuniis mutis* (49 a.C.): alivio para el reembolso de préstamos;

*lex Licinia Sextia* (367 a.C.): prolongación del vencimiento para el reembolso de préstamos;

*lex Marcia* (104 a.C.): reclamación de intereses pagados indebidamente;

*lex Publilia de sponsu* (entre el siglo III y II a.C.): recurso del fiador contra el deudor principal;

*lex Silia* (204 a.C.) y *lex Calpurnia de legisactione per condictioem* (después de 204 a.C.): introducción de la *legis actio per condictioem* para sumas fijas y cosas; véase también la *lex Aebutia* (ca. 150 a.C.);

*lex Sempronia* (193 a.C.): extensión de las limitaciones del tipo de intereses a contratos internacionales;

*lex Titia aleatoribus* (republicano): legalidad de las apuestas de deporte;

*lex Valeria* (86 a.C.): Reducción de deudas en virtud de esta ley.

## 2.3. Otras leyes

*Lex Cornelia de Iniuriis* (en tiempos de Sulla): penalización de la violencia;

*lex Iulia de cessione bonorum* (en tiempos de Augusto): declaración de quiebra voluntaria (cesión de bienes);

*lex Iulia de vi privata* y *lex Iulia de vi publica* (en tiempos de Augusto): prohibición del cobro arbitrario de pretensiones;

*lex Poetelia Papiria* (326 a.C.): prohibición del arresto privado;

*lex Vallia* (siglo II a.C.): prohibición de la *manus iniectio*.

### 3. SENATUS CONSULTA EN EL CAMPO DEL IUS CIVILE

La misma dinámica puede observarse en los *senatus consulta*, que constituyen, tras el emperador Tiberio, la forma principal de creación de leyes formales. Ese cambio se explica por a la decadencia de la república y la ascensión del principado: el *senatus consultum* es la forma preferida de generar las leyes, ganando de esta forma al mismo tiempo la aprobación del Senado<sup>13</sup>.

#### 3.1. *Senatus consulta* relacionados con el estatus, incluyendo *senatus consulta* para la protección de la propiedad

*Sc. Afinianum* (?): legítima del hijo entregado *in adoptionem*;

*sc. Apronianum* (en tiempo de Adriano): fideicomiso general a una comuna;

*sc. Articuleianum* (123 d.C.) también *sca. Dasumianum*, *Iuncanum*, *Rubrianum* y *Vitrastianum*: medios para ejercer presión en casos de *libertas fideicommissaria*;

*sc. Calvisianum* (4 d.C.): obliga al divorcio en el caso de un impedimento matrimonial de la *lex Iulia et Papia*;

*sc. Claudianum* (49 d.C.), *sc. Calvisianum* (61 d.C.), *sc. Pernicianum* (34 d.C.): precisiones y excepciones de la *lex Iulia et Papia*;

*sc. Claudianum* (52 d.C.): prohíbe la convivencia de una mujer casada con un esclavo;

*sc. Dasumianum de advocacionibus* (55 d.C.): prohíbe la remuneración del abogado;

*sc. Gaetulicianum* (después de 178 d.C.): limitación de la cuota *ab intestato* de la *uxor in manu*;

*sc. Iuventianum* (129 d.C.): reglamentación de la *hereditatis petitio*;

*sc. Largianum I* (?): sucesión intestada a *liberti*;

*sc. Largianum II* (42 d.C.): derecho de sucesión de los *Latini Iuniani*;

---

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho Público* (n. 1) p. 197.

- sc. Libonianum I* (16 n.Chr.): exclusión del amanuense fraudulento de la herencia;
- sc. Licinianum II* (27 d.C.): contra la falsificación de testamentos;
- sc. Macedonianum* (en tiempo de Vespasiano): prohibición de préstamos a *filii familias*;
- sc. Memmianum* (63 d.C.): contra la elusión de la *lex Iulia et Papia* mediante una adopción;
- sc. Neronianum* (57 d.C.): extensión del *sc Silanianum* a la viuda del amo de casa asesinado;
- sc. Neronianum de legatis* (entre 60 y 64 a.C.): trato de igualdad del legado *per vindicationem* y *per damnationem*;
- sc. Neronianum* (en tiempos de Nerón): formas del testamento;
- sc. Ninnianum de collusione detegenda* (en tiempos de Domiciano): Colusión de procedimientos para obtener la libertad;
- sc. Orfitianum I* (178 d.C.): adopción de la sucesión intestada a la parentela natural;
- sc. Orfitianum II* (178 d.C.): liberación testamentaria de esclavos;
- sc. Ostorianum* (Claudius): transferencia de derechos del patrono;
- sc. Pegasianum* (73 d.C.): extensión del reglamento de la *Lex Falcidia* a los fideicomisos
- sc. Pisonianum* (57 d.C.): prohibición de la venta de un esclavo condenado a muerte basándose en el *senatus consultum Silanianum* (s. aquí)
- sc. Plancianum* (antes de Adriano): Obligaciones de la mujer divorciada en caso de embarazo;
- sc. Rubrianum* (después de 100 d.C.): referida a la liberación de esclavos
- sc. Silanianum* (10 d.C.): Condena a muerte de todos los esclavos de una casa si el amo ha sido asesinado por uno de ellos: endurecimiento en los *sca. Pisonianum, Claudianum, Neronianum* y el *Oratio divi Marci*;
- sc. Tertullianum* (Adriano): Sucesión intestada del hijo a la madre;
- sc. Trebellianum* (56 d.C.): Reglamento de las deudas del causante en caso de fideicomiso;
- sc. Vellaeianum* (46 n. Chr.): Prohibición a las mujeres para actuar como fiadoras.

### **3.2. Senatus consulta relacionados con contratos**

- sc. Acilianum* (?): prohíbe legar los ornamentos de casas en buen estado;
- sc. de aedificiis non diruendis* o *sca. Hosidianum* y *Volusianum*(44 y 56 a.C.):



Prohíbe la destrucción de edificios en buen estado para extraer los ornamentos.

#### 4. LA ILUSIÓN ÓPTICA

Esta visión de conjunto de la legislación romana en el campo del *ius civile* demuestra que la gran mayoría de las leyes y *senatus consulta* se refieren a cuestiones de derecho de familia y de sucesiones, consecuentemente de estatus, y no al derecho de los contratos. ¿Cómo se puede explicar este fenómeno? La clave para la respuesta se encuentra en una famosa frase del gran jurista e historiador del derecho W. Sumner Maine: *[W]e may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract*<sup>14</sup>. Esta frase necesita una explicación. La sociedad romana fue a lo largo de todo su desarrollo una sociedad estratificada<sup>15</sup>, caracterizada por unas muy acentuadas diferencias de estatus<sup>16</sup>, donde la posición social no se adquiere principalmente gracias a los logros personales, sino que dicha posición se hereda. Esto es válido especialmente para el emperador, que es simplemente el heredero de la mayor fortuna. Lo dicho explica la importancia del derecho de sucesiones. No menos importante es el matrimonio, sobre todo gracias a la institución de la dote. Al respecto, escribe Syme:

“Though concealed by craft or convention, the *arcana imperii* of the nobiles cannot evade detection. Three weapons the *nobiles* held and wielded, the family, money and political alliance... The nobles were dynasts, their daughters princesses. Marriage with a well-connected heiress therefore became an act of policy and an alliance of powers, more important than a magistracy, more binding than compact of oath or interest<sup>17</sup>“.

Todo esto se encuentra ilustrado por el esquema de la sociedad romana de Geza Alföldy<sup>18</sup>

---

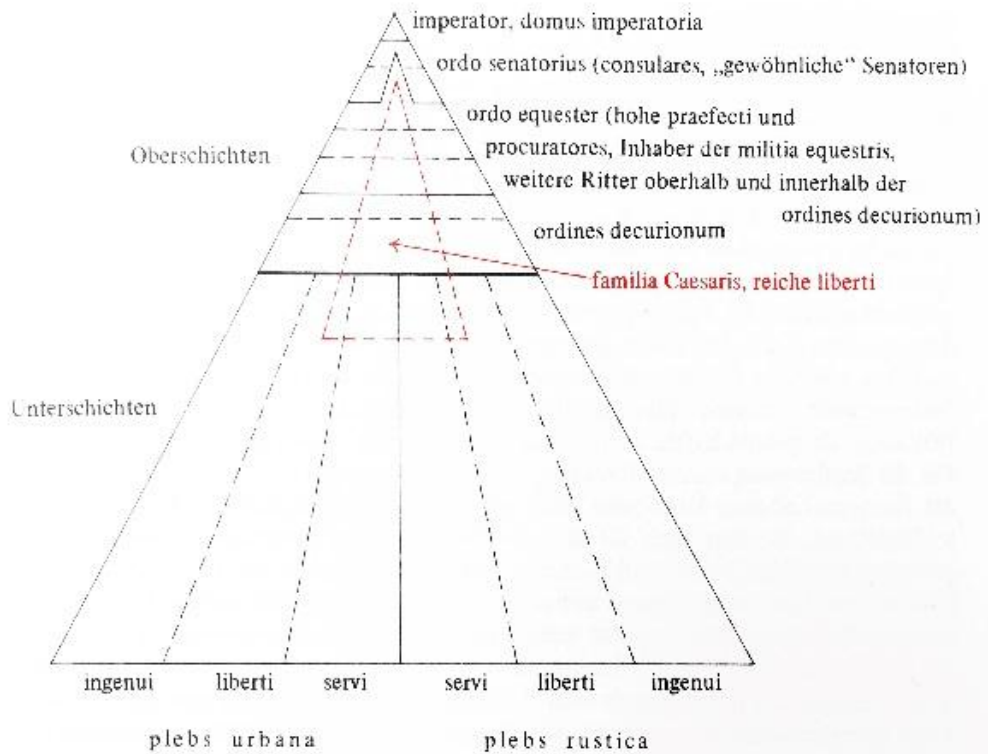
<sup>14</sup> SUMNER MAINE, H., *Ancient Law*, 1ª ed., London, 1861, p. 274.

<sup>15</sup> WINTERLING, A., ›*Staat*‹ und ›*Gesellschaft*‹ in der römischen Kaiserzeit Zwei moderne Forschungsprobleme und ihr antiker Hintergrund, Zentrum für interdisziplinäre, Forschung Bielefeld, 3/1998, pp. 1-15.

<sup>16</sup> Desde el punto de vista ALFÖLDY, G., *Römische Sozialgeschichte*, 4ª ed., Steiner, Stuttgart, 2011; desde el punto de vista jurídico: STAGL, J.F., *De como el hombre llega a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico en el Derecho Romano*, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 45 (2016) pp. 373-401

<sup>17</sup> The Roman Revolution, OUP, London, 1971 (reprint) p. 12.

<sup>18</sup> ALFÖLDY, *Römische Sozialgeschichte* (n. 16) p. 273, y ALFÖLDY, G., *Die römische Gesellschaft - Struktur und Eigenart*, en: Gymnasium 83 (1976) pp. 1-25.



En la cúspide de la pirámide social se encuentra el emperador con su *domus*, luego viene el *ordo senatorius*, compuesto por los hombres más ricos del imperio, seguidos de los 'caballeros' etc.. El único elemento dinámico lo conforman los esclavos imperiales (*familia Caesaris*) y libertos ricos, un mundo para cuyo conocimiento contamos con una fuente excelente en el *Satiricon* de Petronio. Estas personas tenían gracias a su trabajo en el centro del poder una notable oportunidad de ascensión social, más que, por ejemplo, los artesanos libres<sup>19</sup>. Este dinamismo provocó, sin embargo, una reacción en las clases más privilegiadas que demuestra muy bien la estructura clasista de la sociedad romana, como puede extraerse de la siguiente epístola del joven Plinio (61/2-113/5 d.C.) a Monatus (ep. 7, 29):

<sup>19</sup> VEYNE, P., *La société romaine*, Seuil, Paris, 1991.

Te reirás, después te enojarás, y después reirás nuevamente si lees lo que sin haber leído no puedes creer. (2) En la calle Tiburtina, en el primer hito del camino, se encuentra tal y como yo observé recientemente, el sepulcro de Pallas con el siguiente epitafio: “a éste el Senado ha conferido, gracias a su fidelidad y obediencia hacia sus patronos, honores pretorios y ciento cincuenta veces (= quince millones) de sestercios, de los cuales sólo se contentó con los honores. (3) Por supuesto que nunca me ha maravillado el hecho de que los honores llegaran gracias, en mayor parte, a la buena suerte que por la buena comprensión, pero este epitafio me recordó especialmente en qué medida son burlescos e indecorosos los que a veces se lanzan a esta suciedad, a esta basura, y que esta carne de horca se atrevió a aceptar, de un lado, y a rechazar de otro, para dar un buen ejemplo a la posteridad. (4) ¿Pero porqué me enojo? Resulta suficiente reír para que estos advenedizos no sean considerados como algo especial, sino que llegan sólo a esta buena fortuna para que los otros se burlen de ellos. Vale<sup>20</sup>!

Pallas (1?-62 d.C.)<sup>21</sup>, a quien se está refiriendo Plinio en el anterior párrafo, comenzó su carrera como esclavo de una prima de Augusto, Antonia minor<sup>22</sup>, realizando una notable carrera en la casa imperial. Fue él quien transmitió la advertencia de la conjura de Sejano a Tiberio, quien se encontraba en ese momento en Capri<sup>23</sup>. Tras ser liberado de la esclavitud alrededor del año 37 d.C. continuó sirviendo, como *libertus* para el hijo de Antonia, el emperador Claudio, y se hizo inmensamente rico, pues las fuentes hablan de un proverbial patrimonio entre 300 y 400 millones de sestercios<sup>24</sup>. Su poder en la casa imperial fue tan grande que llegó a organizar el cuarto matrimonio del emperador Claudio<sup>25</sup>. El estatus de *libertus*, de esclavo manumitido, nunca se perdió en el sistema

---

<sup>20</sup> Plin ep. 7, 29: *Ridebis, deinde indignaberis, deinde ridebis, si legeris, quod nisi legeris non potes credere.* (2) *Est via Tiburtina intra primum lapidem — proxime adnotavi — monumentum Pallantis ita inscriptum: 'Huic senatus ob fidem pietatemque erga patronos ornamenta praetoria decrevit et sestertium [sc. centena milia] centies quinquagies, cuius honore contentus fuit.'* (3) *Equidem numquam sum miratus quae saepius a fortuna quam a iudicio proficiscerentur; maxime tamen hic me titulus admonuit, quam essent mimica et inepta, quae interdum in hoc caenum, in has sordes abicerentur, quae denique ille furcifer et recipere ausus est et recusare, atque etiam ut moderationis exemplum posteris prodere.* (4) *Sed quid indignor? Ridere satius, ne se magnum aliquid adeptos putent, qui huc felicitate perveniunt ut rideantur.* Vale. Véase también Plin. ep. 8, 6 1. Sobre este episodio OOST, I. ST., *The Career of M. Antonius Pallas*, en: *American Journal of Philology* 79 (1958) pp.

132 s.

<sup>21</sup> OOST, *Pallas* (n. 20) pp. 1 ss.

<sup>22</sup> OOST, *Pallas* (n. 20) p. 115

<sup>23</sup> Joseph. ant. 18, 182; Dio 66, 14, 1-2.

<sup>24</sup> Discusión de las fuentes en OOST, *Pallas* (n. 20) p. 128 con nota 67

<sup>25</sup> Tac. ann. 12, 1, 1-4; 12, 2, 1-3

romano<sup>26</sup>. El *libertus* debía *operae* a su antiguo dueño (*patronus*) y obediencia, además de la obligación de dejarle una parte de su herencia<sup>27</sup>. En el campo del derecho público, este estatus inferior se reflejaba en el hecho que el *libertus* no podía ser elegido para cargos públicos<sup>28</sup>. Para un *libertus*, aún uno rico como Pallas, estar facultado a *ornamenta praetoria*, ser llevado en una *sella curulis* vestido con una toga con *latus clavus* con *fasces* marchando adelante<sup>29</sup>, fue un honor que se escapa a los límites de la imaginación: jurídicamente él nunca hubiera podido asumir el cargo de *praetor* en la constitución republicana, la segunda después del cónsul, y tampoco habría sido socialmente posible en el primer siglo después de Cristo asumir este cargo para alguien que no pertenecía a una familia de rango senatorio. Para Plinio, que sí pertenecía a la vieja aristocracia senatorial, toda la carrera de Pallas, habiendo desfalcado la riqueza material y el poder político perteneciente a su propia clase social, no sólo fue una provocación, sino que la entrega de tales honores, reservada por ley a su misma clase, a este advenedizo, constituyó una humillación enorme: el lenguaje de la carta refleja la herida en su alma, así como su alma refleja la importancia del estatus para los romanos.

Es obvio que en una sociedad como la romana, centrada en la conservación y mejora de la propia clase social, para la cual los instrumentos idóneos para transmitir el estatus son el nacimiento y el matrimonio, las áreas del derecho más importante debe ser el derecho de familia y de sucesiones. El hecho de que el énfasis de la legislación romana esté puesto en este campo es sólo una consecuencia lógica de ello. Consecuentemente, sería equivocado decir que la legislación en el campo del Derecho privado fue escasa. Lo que sí fue escasa fue la legislación en el campo de los contratos, para el cual nosotros tenemos un interés elevado, considerando que somos juristas e historiadores de una sociedad caracterizada por el contrato.

La consecuencia inmediata de la resultante ilusión óptica es una falsa concepción de la autonomía privada en el Derecho romano. Debido al hecho de que no se tomó en consideración la particularidad del derecho de familia y de sucesiones romano, fue posible creer que hubo pocas limitaciones a la autonomía privada, dado que el único sentido de esta legislación hubiera sido una restricción de tal autonomía privada. Esto lo demuestran los siguientes ejemplos de leyes que limitan la autonomía privada o se dedican a la modificación de limitaciones ya existentes: Hay leyes que regulan la tutela

---

<sup>26</sup> Ejemplo en Plin. ep. 2, 6, 3: Es una gran excepción que los *liberti* come la misma comida como lo *liberi* en una cena.

<sup>27</sup> KASER, *Privatrecht* (n. 2) p. 298-301.

<sup>28</sup> KASER, *Privatrecht* (n. 2) p. 298-301.

<sup>29</sup> REMY, B., *Ornati et ornamenta quaestoria, praetoria et consularia sous le haute-empire romain*, REA 78-79 (1976-1977) 160-198.

sobre las mujeres (*lex Claudia de tutela mulierum*), que debían estar siempre bajo tutela, del padre, del marido o de un tutor<sup>30</sup>; hay una ley que prohíbe a las mujeres responder por alguien (*sc. Velleianum*)<sup>31</sup>; también hay una ley que prohíbe dar un crédito de dinero a un *filius familias* si el padre está todavía vivo (*lex Claudia* y *sc. Macedonianum*)<sup>32</sup>. Un gran tema de la legislación limitante de la libertad es el matrimonio: Existen disposiciones sobre la cuestión de quién puede casarse con quién; por ejemplo, los senadores no pueden contraer matrimonio con actrices. La *lex Iulia et Papiana* sólo establece una obligación de casarse, sino que también impone la obligación de tener hijos. Las sanciones se encuentran, típicamente, no en la prohibición de ejercer una cierta profesión, por ejemplo, sino en el derecho de sucesiones: los solteros y las personas sin hijos no pueden heredar<sup>33</sup>. Otra *lex Iulia (de adulterio)* penalizó el adulterio de la mujer, una ley que Mommsen llamaba “eine der eingreifendsten und dauerhaftesten strafrechtlichen Neuschöpfungen<sup>34</sup>” (una de las creaciones más incisivas y perdurables del derecho penal); la misma ley también prohibió el concubinato de la mujer con esclavos. Las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges son también objeto de la legislación; la famosa ilegalización de donaciones entre cónyuges es también un fruto de la *Lex Iulia et Papia*<sup>35</sup>. Existe una prohibición de manumitir demasiados esclavos por testamento, un moda muy extendida en la alta sociedad romana<sup>36</sup>: Aquel comportamiento garantizó que los esclavos no pusieran antes fin a la vida de su patrón, para lo que existía un dicho: *totidem hostes, quot servos*<sup>37</sup>. Respecto a estas enormes limitaciones de la autonomía privada, las restricciones a propósito del tipo de interés (*leges fenebrae*) y la compensación entre fiadores parecen de escasa importancia.

La opinión de que la autonomía privada en Roma fue ilimitada está basada en el olvido o falta de consideración de la legislación respecto al Derecho de familia y de sucesiones, que tenía sobre todo el sentido de una limitación de la autonomía privada en

---

<sup>30</sup> STAGL, *Persona* (n. 16).

<sup>31</sup> KASER, *Privatrecht* (n. 2) p. 667.

<sup>32</sup> FERÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho privado* (n. 5) p. 482.

<sup>33</sup> ASTOLFI, R., *Lex Iulia et Papia*, 4ª ed., CEDAM, Milano, 1996; METTE-DITTMANN, A., *Die Ehegesetze des Augustus*, Steiner, Stuttgart, 1991; NÖRR, D., *Planung in der Antike. Über die Ehegesetze des Augustus*, en: *Recht und Gesellschaft. Festschrift für H. Schelsky zum 70. Geburtstag*, München 1978 pp. 309 ff. = Tiziana Chiusi et al. (ed.), *Historiae iuris antiqui*, vol. 2, Goldbach, 2003, pp. 1093 ss.

<sup>34</sup> MOMMSEN, TH., *Das römische Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 691.

<sup>35</sup> STAGL, J.F., *Die Ratio des Schenkungsverbotes unter Ehegatten: Monopolisierung des Ehegüterrechts im Dotalregime*, en: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 85 (2017) en prensa.

<sup>36</sup> KASER, *Privatrecht* (n. 2) pp. 296 s.

<sup>37</sup> Sen. epist. 47,5: *Deinde eiusdem arrogantiae proverbium iactatur, totidem hostes esse quot servos: non habemus illos hostes sed facimus.*

este campo, y este olvido tiene su explicación en una fijación en el Derecho de obligaciones y de bienes. La autonomía privada en materia de obligaciones y de bienes fue, en efecto, casi ilimitada, pero en el ordenamiento jurídico romano visto en su conjunto, hubo muchas limitaciones a tal autonomía, solo que concentradas en un aspecto que para los romanos fue el más importante, a saber, el que concierne la transmisión y mejora del estatus. La idea de que Roma fue el 'El Dorado' de la autonomía privada está basada en una ilusión óptica que resulta de una tradicional preponderancia del interés de la romanística por los contratos<sup>38</sup>.

El hecho que el ordenamiento jurídico romano, visto por completo, fue menos liberal de lo que pensamos, es importante para la cuestión de en qué medida el Derecho romano es un ejemplo de ordenamiento jurídico liberal, como fue la idea, por ejemplo, de Fritz Schulz<sup>39</sup>. Tomando en consideración las cosas en su propia dimensión, podríamos formular la cuestión en los siguientes términos: Los romanos efectivamente fueron liberales en el sentido moderno de la palabra en el campo del Derecho de obligaciones y de bienes, pero lo fueron más por falta de interés y no por un liberalismo natural; su lado invasivo, totalitario y vigilante<sup>40</sup>, en cambio, se manifiesta en su legislación en el campo del Derecho de familia y sucesiones, sobre todo en la *lex Iulia et Papia*. Los juristas clásicos, por lo menos del *ordo equester*, los pretores, titulares del segundo cargo más alto dentro de la constitución republicana, y los senadores mismos, autores de los *senatus consulta*, tenían poca experiencia práctica en muchos aspectos del Derecho romano y estaban interesados, sobre todo en materia de contratos, en tener la mayor libertad posible. En cambio, todos tienen su posición gracias al hecho de que han heredado el patrimonio de sus padres, o bien, tienen la esperanza de heredarlo un día<sup>41</sup>, y este patrimonio es la condición previa para pertenecer al Senado que, a su vez, es la condición previa para casarse con un buen partido, lo que conlleva aún más dinero, y

---

<sup>38</sup> En general sobre ese tema: PELLOSO, P., *The concepts of 'bargain' and the (un-)bridgeable gulf between common law and civil law, Some Observations on the Europeanization of the Law of Contracts*, Revista General de Derecho Romano 19 (2012) pp. 1 ss.

<sup>39</sup> *Roman Private Law* (n. 3) p. 23. Sobre él bajo este aspecto BRETONE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, ESI, Napoli, 1985.

<sup>40</sup> FERRERO RADITSA, L., *Augustus' Legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery*, en: H. Temporini (ed.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, vol. 2/13, Berlin 1980, pp. 278 ff.

<sup>41</sup> A parte de Alföldy (cit.) y Syme (cit.) BALTRUSCH, E., *Regimen morum. Die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, Beck, München 1989.

para obtener un puesto de gobernador en una provincia que facilite la posibilidad de enriquecerse todavía más - como lo había hecho César en Hispania<sup>42</sup>.

En conclusión, los romanos ciertamente limitaron la autonomía privada, pero en un área del derecho distinta del derecho de las obligaciones. Estas limitaciones fueron de tal magnitud que no es posible afirmar que los romanos conocieron una autonomía privada ilimitada; un juicio de tales características estaría basado, como creemos haber demostrado, en una ilusión óptica. Visto desde la perspectiva contextual, el Derecho Romano restringió, de un lado, la libertad en el campo del Derecho de los estatus que había otorgado, por el otro, en beneficio del Derecho de obligaciones. Se podría afirmar entonces que la ecuación resultante se traduciría en una compensación de tales libertades. El Derecho romano no es, entonces, un modelo para el liberalismo, sino simplemente un derecho basado en el “*status*” y no en el “*contract*” y, por esto y en este sentido, incomparable con nuestro derecho.

---

<sup>42</sup> SCHULZ, R., *Caesars Statthalterschaft in Spanien. Ein vergessenes Kapitel römischer Herrschaftspolitik in der späten Republik*, en: *Res publica reperta: Zur Verfassung und Gesellschaft der römischen Republik und des frühen Prinzipats*. Festschrift für Jochen Bleicken zum 75. Geburtstag (a cura di) Spielvogel, Steiner, Stuttgart, 2006, pp. 263-278.