

**EL «FAVOR LIBERTATIS»: UNA «INSTITUCIÓN PARTICULAR». A
PROPÓSITO DE MARCELL. D. 28, 4, 3 pr.-1¹**

Por

JAKOB FORTUNAT STAGL
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Chile

jakob.stagl@yahoo.de

Revista General de Derecho Romano 34 (2020)

RESUMEN: En el caso de una *cognitio imperial*, reportado por el jurista Marcelo, el testador había anulado los herederos de su testamento. Había anulado también la disposición de libertad de un esclavo (manumisión testamentaria). Surgió entonces la pregunta de si todo el testamento, que también contenía legados, era nulo por falta de heredero o si los legados y la manumisión eran válidos a pesar de la falta de la institución de herederos. En la opinión de Marcelo, los legados debían ser considerados válidos y el emperador Marco Aurelio le da la razón. Esta es una decisión bastante revolucionaria, por cuanto suplanta uno de los 'dogmas' más fuertes del derecho hereditario romano «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*». La verdadera sorpresa de la decisión se refiere a la manumisión. Por lógica debería ser inválida. Impresionado por el énfasis en la humanidad expresado por Marcelo, el Emperador decide en favor de la libertad del esclavo. El principio jurídico detrás de esta decisión es el *favor libertatis*, que hasta ahora no ha sido estudiado con la debida atención.

PALABRAS CLAVE: Marco Aurelio, *favor libertatis*, *heredis institutio*, *humanitas*.

**«FAVOR LIBERTATIS»: A «PECULIAR INSTITUTION». ON MARCELL.
DIGEST 28,4,3 PR.-1**

ABSTRACT: «*Favor libertatis*»: A «*Peculiar Institution*». On Marcell. Digest 28,4,3 pr.-1. In a case of the imperial *cognitio* reported by the jurist Marcellus the testator had erased the heirs from the testament. He had also erased a disposal of freedom for a slave. The question arose whether the whole testament - which also contained legacies - was invalid because it lacked the institution of an heir or whether the legacies and the disposal of freedom should be considered legally valid. In Marcellus' opinion the legacies should be considered legally valid, this being not only the most benign but also the most cautious solution to the problem. The emperor Marcus Aurelius decides in the latter sense being convinced that the testator wanted to keep up the legacies. This is quite a

¹ La primera parte (1-4) está basada en J. F. STAGL, "Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28, 4, 3 pr.-1)", en RENA VAN DEN BERGH *et al.* (eds.), *Meditationes de iure et historia: Essays in honour of Laurens Winkel = Fundamina: A Journal of legal History* 20, 2014, pp. 871-880. Este artículo es parte del proyecto del Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile "Diaíresis, deuterósis y didáctica en la morfología del Digesto" (No 1201262).

revolutionary decision in so far as it overrides the dogma of Roman jurisprudence «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*». But the real punch line of the text is hidden in the paragraph 1 which erroneously has been considered to be a separate case. The principle behind the emperor's decision concerning the legacies is that everything should be done by the law to realize the testator's will. From this perspective it would be obvious that the disposal for freedom should be void since the testator had erased it. Marcus Aurelius does not obey to this logic but to Marcellus' appeal to his humanity. The ultimate reason for this behavior is the favor libertatis, a guideline for Roman jurisprudence which though well known has never been the object of a thorough analysis.

KEYWORDS: Marcus Aurelius, favor libertatis, heredis institutio, humanitas.

1. EL DERECHO DEL MÁS FUERTE

«Los hombres, por lo general, se acomodan a las costuras y remiendos, y prefieren una necesidad odiosa a una elección amarga»: lo que en palabras de Schiller² es aplicable a las personas «por lo general», en verdad debería ser siempre aplicable a los juristas, especialmente a los jueces³. Naturalmente, los jueces también deben hacer una «elección amarga» y entonces surge la pregunta de qué criterios deben emplear para ello. ¿Simplemente su propia convicción o en virtud de la persuasión del discurso y la réplica? Esto último estaría en consonancia con la gran tradición del diálogo platónico⁴. El oyente es en este caso el responsable de tomar las decisiones y los filósofos que discuten son las partes, que por supuesto intentan ganarse al oyente. Puede sonar vergonzoso, pues el discurso es retórica⁵. ¿Pero qué es entonces la retórica? En última instancia es el arte de convencer a una determinada audiencia⁶ —y esta puede estar compuesta también por juristas y filósofos—. Por consiguiente, la dialéctica y la retórica se transforman la una en la otra⁷. Se podría decir que la retórica son las instrucciones

² SCHILLER, *Die Piccolomini* I 2 (trad. al español *Los Piccolomini* I, 2ª ed. El Aleph).

³ ERNST escribe en relación con la «actividad principal» de los juristas modernos, la aplicación de las normas, que esta se debería «caracterizar, en la medida que fuera posible, por su coherencia, ausencia de contradicciones, rigor de argumentación y referencia al sistema» [«*soweit irgend möglich, durch Folgerichtigkeit, Widerspruchslosigkeit, Stringenz der Argumentation und Systembezug auszeichnen*»]; EL MISMO, «Gelehrtes Recht: Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers», en ENGEL y SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, pp. 3, 27.

⁴ Técnica de elenchos; STEMMER, «Der Grundriß der platonischen Ethik», en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 42, 1988, pp. 529 ss.

⁵ Sobre el rechazo que encontró la retórica todavía durante la república FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «El abogado en Roma», en *RGDR* 24, 2015, sub 1.

⁶ En lugar de a todo el mundo, PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, 1958, *passim*.

⁷ HÜBNER, v. «Dialektik», en CANKI y SCHNEIDER (eds.), *Der Neue Pauly*, vol. III, 1997, p. 514. Con una especial referencia a la jurisprudencia: BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones: Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, 2011, *passim*; STAGL, «La Lis de dotibus socrus et nurus e il potere del favor dotis (Quint. decl. 360)», en *Index* 40, 2012, pp. 326-341.

para un duelo intelectual; un duelo en el que vence aquel que consigue convencer al público de su punto de vista. Dice Cicerón Cic. *Orat.* 21 (69):

«Será elocuente, pues [...] el que en el foro y en las causas civiles hable de tal manera que pruebe, deleite y convenza. Probar es de necesidad, deleitar es de agrado, convencer es de triunfo»⁸.

No obstante, seguir al vencedor no es irracional de ninguna forma, ya que él es el más fuerte y, como se dice en alemán, «el que tiene el poder, tiene el derecho»⁹. Nadie lo ha explicado más claramente que Pascal: «Justicia, fuerza. Es justo que lo justo sea obedecido, es necesario que lo más fuerte sea obedecido. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza encuentra oposición, porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia es acusada. Hay, pues, que unir la justicia y la fuerza, y conseguir así que lo justo sea fuerte, y que lo fuerte sea justo. La justicia está sujeta a discusión, la fuerza se reconoce en seguida y sin disputa. Por eso no se pudo dar la fuerza a la justicia, porque la fuerza se opuso a la justicia diciendo que era injusta, y que sólo ella era justa. Y así, al no poder lograr que lo justo fuese fuerte, se ha hecho que lo que es fuerte fuese justo»¹⁰.

Sin embargo, la retórica no es solo el arte del duelo verbal, también tiene una ética: por una parte, en la misma teoría de la retórica se le advierte al orador que no defienda cosas deshonestas¹¹; por otra parte, el antagonismo de ambas partes garantiza un resultado hasta cierto punto equilibrado¹²: «*non minus pro adversa parte quam pro mea cogitabam*» («pensaba no menos en el punto de vista de la parte opuesta que en el

⁸ «*Erit igitur eloquens [...] is qui in foro causisque civilibus ita dicet, ut probet, ut delectet, ut flectat. Probare necessitatis est, delectare suavitatis, flectere victoriae*».

⁹ P.e. La banda rock TON STEINE SCHERBEN, en la canción "Der Kampf geht weiter": «*Wer das Geld hat, hat die Macht und wer die Macht hat, hat das Recht!*».

¹⁰ Pensée n. 298, ed. Brunschvicg: «*Justice Force. Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste. La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste*», ed. en español: PASCAL, Pensamiento n. 285, ed. Tellus, Introducción, traducción y notas de Carlos Pujol.

¹¹ Quint. *Inst.* 2, 20. En detalle sobre esta cuestión en SCARANO USSANI, "Romanus Sapiens and Civilis Vir: Quintilian's Theory of the Orator Acting for the Benefit of the Imperial Power", en TELLEGEN-COUPERUS (ed.), *Quintilian and the Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*, 2003, pp. 287 ss.

¹² Sobre esto, especialmente en referencia a Quintiliano v. WITTEVEEN, "The jurisprudence of Quintilian", en TELLEGEN-COUPERUS (ed.), *Quintilian and the Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*, 2003, pp. 303, 305 ss.

propio»¹³, dice Quintiliano¹⁴. Desde el punto de vista histórico, transmite además *humanitas*¹⁵. «*Nam cum omnis ex re atque verbis constet oratio*», era la explicación que Cicerón daba en *De oratore*¹⁶, «*neque verba sedem habere possunt, si rem subtraxeris, neque res lumen, si verba semoveris*» («pues toda oración consta de la cosa y las palabras, las palabras no pueden existir si sustrae la cosa y la cosa carece de luz si quitas las palabras»). Este papel de la retórica se muestra en una famosa decisión de Marco Aurelio en la *cognitio* imperial del año 166 d. C., un texto del cual dijo FIGANIOL¹⁷: «*Aucun texte, même des Pensées [Τὰ εἰς ἑαυτόν], ne nous place en contact si direct avec la grande âme du prince*». En este texto se manifiestan las luces y sombras de la retórica en la lucha por una de estas «elecciones amargas» de las cuales hablaba Schiller.

2. LA LUCHA POR EL DERECHO EN MARCELL. D. 28, 4, 3 PR.-1

Veamos ahora el caso tal y como lo describe Ulpio Marcelo (aprox. 125 - 185 d. C.¹⁸), 29 dig. D. 28,4,3 pr.-1¹⁹:

«Hace poco que en un caso de conocimiento del Príncipe, habiendo tachado uno los nombres de los herederos, y siendo reivindicados sus bienes por el fisco

¹³ Acerca del carácter especialmente dialéctico del *genus iudiciale*, véase LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik*, 2008, § 263. § 63.

¹⁴ Quint. *Inst.* 7, 1, 4. «no menos pensaba en lo que favorecía a mi contrario que en lo que me favorecía a mí».

¹⁵ HONIG, *Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen: Studien zur Gesinnungsgrundlage des Dominats*, 1960, pp. 3 ss., 27 ss. con más pruebas.

¹⁶ Cic. *de Orat.* 3, 19. «Pues al constar todo discurso de contenido y de palabras, ni las palabras pueden tener asiento si eliminas el contenido, ni el contenido brillo si apartas las palabras».

¹⁷ FIGANIOL, «Les empereurs parlent aux esclaves», en *Scripta varia*, ed. Bloch *et al.*, vol. III, 1973, p. 205. «Ningún texto, ni siquiera los Pensamientos, nos pone en contacto tan directo con la gran alma del príncipe».

¹⁸ Sobre él como jurista: ANKUM, «Le juriste romain classique. Ulpus Marcellus: sa vie et ses oeuvres», en RUEDIN (ed.), *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, 1999, pp. 125 ss.; ID., «Quelques observations sur la method et les opinions juridiques d'Ulpus Marcellus», en ZABLOCKA *et al.* (eds.), *Au-delà des frontières : mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz I*, 2000, pp. 125 ss. Sobre la obra, véase RASTÄTTER, *Marcelli notae ad Iuliani digesta*, 1980.

¹⁹ Bibliografía sugerida: AVENARIUS, «Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts. Kaiserliche Rechtspflege im System der Rechtsquellen und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen in einer Übergangszeit der Rechtsentwicklung», en VAN ACKEREN y OPSOMER (eds.), *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellungen*, 2012, pp. 216 ss.; FINKENAUER, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, 2010, pp. 17 ss.; HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, 1994, pp. 17 ss.; MÜLLER-EISELT, cit. (n. 16), pp. 188 ss.; PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, 1974, pp. 63 ss.; RASTÄTTER, cit. (n. 23), pp. 14 ss.; VOICI, cit. (n. 14), II, pp. 498 ss.; WANKERL, *Appello ad principem: Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, 2009, pp. 68 ss.; WUBBE, cit. (n. 19), pp. 396 ss.

como caducos, se dudó mucho tiempo respecto a los legados, y principalmente respecto a los legados que habían sido dejados a aquellos cuya institución había sido tachada; y juzgaban los más, que también los legatarios debían ser excluidos, lo que decía yo (Marcelo) que ciertamente se debería hacer, si hubiese cancelado toda la escritura del testamento; algunos opinaban, que de derecho se invalidaba lo que hubiera sido tachado, pero que debía ser válido todo lo demás. Luego, ¿qué se dirá, acaso que se puede creer a veces que el que había tachado los nombres de los herederos había juzgado que él conseguiría lo bastante para hacer que quedase intestado? Pero en caso de duda no es menos justo que seguro seguir la interpretación más benigna»²⁰.

Un causante había cortado el cordón que sellaba su testamento *post consumationem testamenti* y había tachado los nombres de los herederos, pero no los de los legatarios; además, había tachado una disposición de manumisión.

Si el causante excluía a uno de los herederos tras haber concluido el testamento («*post consumationem testamenti*»²¹), se planteaba la duda de si este acto tenía validez. Según el *ius civile*, la institución de herederos se mantenía en vigor, pero el pretor concedía a los herederos testamentarios legales —frente a los excluidos— la *bonorum possessio* y los protegía con la *exceptio doli*²². De esta forma se aceptaba, si bien implícitamente, la exclusión de herederos *post consumationem testamenti*. El Emperador Antonino Pío tomó una postura más radical: los herederos excluidos se consideraban *indigni* y el tesoro público²³ ocupaba su lugar, lo que causaba a su vez nuevos problemas. ¿Qué pasaba con el resto de disposiciones del causante? ¿Seguían en vigor? La voluntad presuntiva del causante estaría plenamente en consonancia con esta medida, pero, ¿acaso no es un principio fundamental del derecho testamentario romano

²⁰ «*Proxime in cognitione Principis, quum quidam heredum nomina induxisset, et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta; plerique etiam legatarios excludendos existimabant, quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset; nonnullos opinari, id iure ipso perimi, quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo, nonne et ille interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est, quam tutius*».

²¹ Sobre este concepto, véase VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, 1963/7, p. 482.

²² Gai. 1,151 y 151a. VOCI, cit. (n. 14), vol. II, pp. 492 ss.

²³ Primero el erario, después el fisco, Marcel. 29 dig. D. 28, 4, 3; Pap. 16 quaest. D. 34, 9, 12; Pap. 8 resp. D. 34, 9, 16, 2; KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, 2ª ed., 1971, p. 726; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, vol. II, 2013, pp. 528 ss.; VOCI, cit. (n. 14), vol. II, pp. 494 ss.; MÜLLER-EISELT, *Divus Pius Constituit: Kaiserliches Erbrecht*, 1982, pp. 191 ss., con pruebas sobre una postura contraria derrotada. Acerca de los motivos por los que la sucesión legal no se aplica escribe MÜLLER-EISELT, cit. pp. 194 ss.

que «*heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti est*»²⁴? ¿Qué decisión tomar, la equidad o el sistema? La primera requería mantener las disposiciones restantes del testamento, el sistema requería lo contrario. También esta pregunta quedó abierta hasta que Marco Aurelio²⁵ decidió que el resto del testamento seguía en vigor, lo que sería *humanior*. ¿Cuáles eran sus argumentos y por qué decidió seguir la interpretación que se le sugería por ser considerada «benigna»²⁶? Evidentemente ambas partes tenían buenos argumentos y es evidente también que el sistema de derecho romano había sido creado al respecto de forma que no se podía deducir una solución con rigor de las normas jurídicas y los «dogmas». Si el órgano creador de las normas jurídicas —ya sea el emperador o un jurista— se encuentra completamente solo y nadie lo apremia a dirigirse a la izquierda o la derecha, pero debe decidirse, depende entonces de la convicción y al parecer llegó a ella empleando el concepto *benignus*, es decir, un concepto que debe evocar el *pathos*²⁷, una de las posibilidades de la retórica, de la cual Quintiliano dice que «*dominatur in iudiciis*»²⁸.

El fisco²⁹ reclamaba la totalidad de la herencia de los herederos legales en el marco de la *cognitio extra ordinem*³⁰, como se puede deducir³¹: el fisco adquirió la condición de heredero como consecuencia del rescripto de Antonino Pío a causa de la anulación de los herederos. El fisco justificaba la nulidad de los legados alegando que los legados no

²⁴ Del mismo parecer es Gai. 2, 229. Sobre el principio, véase VOCI, cit. (n. 14), pp. 110 ss.

²⁵ VOLTERRA, “Il problema del testamento delle costituzioni imperiali”, en TALAMANCA (ed.), *Scritti giuridici*, vol. VI, 1994, p. 174, opinaba que se trataba de Antonino Pío. Eso no puede ser, ya que se confirma el año 166 d. C. debido a los cónsules mencionados y el emperador nombrado ya había fallecido en 161 d. C.; ECK, en *Der Neue Pauly*, s.v. “Antonino Pío”.

²⁶ Sobre el concepto, véase WUBBE, “Benignus redivivus”, en PICHONNAZ (ed.), *Ius vigilantibus scriptum: Ausgewählte Schriften*, 2003, pp. 391 ss.; ID., “Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium”, en PICHONNAZ (ed.), *Ius vigilantibus scriptum: Ausgewählte Schriften*, 2003, pp. 415 ss. Véase también STAGL, “Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer ‘aequitas’”, en MANTOVANI y SCHIAVONE (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, 2007, pp. 675-713.

²⁷ WALDE, en CANKI y SCHNEIDER (eds.), *Der Neue Pauly*, vol. IX, 2000, pp. 397 ss.

²⁸ Inst. 6, 2, 4.

²⁹ Sobre el fisco MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 1877, vol. III, pp. 952 ss.; AGUDO, *El Régimen Jurídico del tesoro en Derecho Romano*, 2005, con reseña de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en *RGDR* 4, 2005, y ID., “Léxico fiscal e instrumentos de política financiera en Derecho Romano”, en *RGDR* 14, 2010 y ID., “Principios tributarios: Una visión desde el derecho romano. Ius fiscale: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano”, en COLLADO YURRITA et al. (eds.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, 2010, pp. 111-142..

³⁰ Acerca de esto, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La legislación de Augusto”, en *Gerión* 34, 2017, p. 87, pp.92 ss.; KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., 1996, pp. 447 ss.

³¹ Según FINKENAUER, cit. (n. 24), p. 19.

podían existir sin la institución de herederos³². En el consejo imperial se debatió sobre la validez de esta posición. La mayoría apoyó al fisco. Marcelo, por otra parte, opinaba que solo si se hubiera tachado todo el testamento le correspondería al fisco la herencia completa. Algunos opinaban que, al tachar una parte, el resto quedaba intacto. Esto podría haber inducido al testador a creer que tachando a los herederos testamentarios daría lugar a la sucesión intestada y de esta forma se conservarían los legados. Por último, desde el punto de vista de los implicados se trataba sobre todo de una cuestión de interpretación³³. Marcelo termina su explicación con la máxima sibilina³⁴: «*Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est, quam tutius*». Con el «pero», que entra en contradicción con su propia opinión, así como con la expresión tan patética como abstracta, el jurista incita al lector a continuar con la siguiente acta de la sesión del consejo imperial en el año 166 d. C.³⁵; sigue el texto:

«He aquí la sentencia del Emperador [Marco Aurelio] Antonino Augusto, siendo cónsules Pudente y Polión: “Como quiera que Valerio Nepote, habiendo cambiado de voluntad, haya abierto su testamento, y tachado los nombres de los herederos, según la Constitución de mi Divino padre no parece que su herencia les pertenece a los que hubieren sido instituidos”. Y a los abogados del fisco les dijo: “Vosotros tenéis vuestros jueces”. Vibio Zenón dijo: “Te ruego, señor Emperador, que me oigas con paciencia; ¿qué determinarás respecto a los legados?” [Marco Aurelio] Antonino César dijo: “¿Te parece que quiso que valiese su testamento el que tachó los nombres de los herederos?” Cornelio Prisciano, abogado de Labeón, dijo: “Tachó solamente los nombres de los herederos”. Calpurnio Longino, abogado del fisco, dijo: “No puede ser válido testamento alguno que no tiene heredero”. Prisciano dijo: “Manumitió a algunos, y dio legados”»³⁶.

³² GUZMÁN BRITO, cit. (n. 16), vol. II, pp. 738 ss.

³³ También según AVENARIUS, cit. (n. 24), pp. 238 ss.; MÜLLER-EISELT, cit. (n. 16), p. 194, y WUBBE, cit. (n. 19), p. 397.

³⁴ Se repite como *regula iuris* en Cels. 33 dig. D. 50, 17, 192, 1.

³⁵ VOCI, cit. (n. 14), vol. II, p. 499.

³⁶ «*Sententia Imperatoris Antonini Augusti, Pudente et Pollione consulibus: «Quum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum, et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum Divi patris mei Constitutionem ad eos, qui scripti fuerint, pertinere non videtur». Et advocatis fisci dixit: «vos habetis iudices vestros». Vibius Zeno dixit: «rogo, domine Imperator, audias me patienter, de legatis quid statues?» Antoninus Caesar dixit: «videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?» Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: «nomina heredum tantum induxit». Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: «non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet». Priscianus dixit: «manumisit quosdam, et legata dedit»».*

El punto de partida es la nulidad de las disposiciones de última voluntad tachadas, es decir, la pérdida de los herederos testamentarios y por tanto de la posibilidad de que la herencia corresponda al fisco o a los herederos legales; eso es lo que expresa el emperador cuando afirma: «Vosotros tenéis vuestros jueces»³⁷. Cuando se le indica la cuestión pendiente de los legados, el emperador pregunta cuál habría sido la voluntad del testador que había tachado a los herederos. Los representantes de las partes contestan de acuerdo con sus intereses: solo se deseaba excluir a los herederos, pero los legatarios se deben conservar; y por otro lado, un testamento no puede ser válido sin herederos. Cornelio Prisciano, el abogado³⁸ del legatario Zenón, señala además la manumisión testamentaria. Es un argumento muy sutil, pues si la totalidad del testamento se declara nulo, también serían nulas estas disposiciones, con las correspondientes consecuencias para los esclavos³⁹.

Tras una pausa dramática, se revela la decisión del emperador:

«Cuando retirados todos hubo deliberado [Marco Aurelio] Antonino César, y mandado que de nuevo se recibiera a los mismos, dijo: “El caso presente parece que admite más humana interpretación, para que juzguemos que Nepote quiso que fuese írrito solamente lo que tachó”. Tachó el nombre del esclavo, que había mandado que fuese libre; [Marco Aurelio] Antonino ordenó, que aquel, sin embargo, debía ser libre, lo cual ciertamente lo determinó en favor de la libertad»⁴⁰.

El emperador se decidió por la validez de los legados a pesar de la caducidad de la herencia. Se trata en este caso de una analogía con respecto a la situación legal de las herencias que son caducas en base a la *lex Iulia et Papia*⁴¹. Comenta Ulpiano (Epítome Ulpiani 17,3):

«La caducidad ocurre con sus cargas: por este motivo las libertades, los legados y fideicomisos otorgados por aquel cuya herencia ha caducado, están a

³⁷ AVENARIUS, cit. (n. 24), p. 220.

³⁸ Sobre la abogacía en este período FERNÁNDEZ DE BUJÁN, cit. (n. 5), sub III.

³⁹ Los clásicos sobre la esclavitud son BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, 1908, y ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, 1976.

⁴⁰ «Antoninus Caesar remotis omnibus quum deliberasset, et admitti rursus eosdem iussisset, dixit: «causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit». Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit; Antoninus rescipsit, liberum eum nihilominus fore, quod videlicet favore constituit libertatis».

⁴¹ Ya en LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1889, vol. I. col. 632 n. 5, y también en AVENARIUS, cit. (n. 24), pp. 223 ss., 259.; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 16), vol. I, p. 378; vol. II, pp. 585 ss.; D'ORS, *Derecho privado romano*, 1991, pp. 336 ss.

salvo»⁴².

La *ratio* para esta norma —que contradice al derecho normal⁴³— es que la *lex Iulia et Papia*, que pronuncia la caducidad por la ausencia de matrimonio y descendencia, no exige la nulidad de las restantes disposiciones de última voluntad, pero la equidad requiere su validez⁴⁴.

¿Pero cómo se explica que la validez de la disposición de manumisión expresada en el principio? Ese es el *quid* de la cuestión.

3. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA RELACIÓN ENTRE EL *PRINCIPIUM* Y EL PÁRRAFO 1

El problema del caso ha sido pasado por alto hasta ahora en la literatura, ya que se considera que el *principium* y el párrafo 1 son casos separados⁴⁵. Esta suposición se basa por una parte en la redacción lingüística del párrafo 1, en la medida que esta no se enlaza explícitamente con el *principium* y a su carácter de rescripto. Los argumentos predominantes defienden que el *principium* y el párrafo 1 se han de entender como una misma unidad, aún cuando debemos conceder que quizás el párrafo 1 solo pertenece a la decisión de Marco Aurelio en cuanto al sentido, pero no en cuanto a su forma lingüística⁴⁶.

En primer lugar, y más importante, se concluye la existencia de este vínculo porque Prisciano menciona las disposiciones de manumisión del causante en el *principium* («*manumisit quosdam*»). La decisión del emperador en el párrafo 1 se debe entender como una respuesta a la pregunta formulada en el *principium*: «¿Qué ocurre con las disposiciones de manumisión tachadas?». El largo informe al completo con sus apelaciones a la *humanitas* y la *benignitas* no tendría sentido si no sirviera como preparación para algo especial —y ese algo especial se encuentra en el párrafo 1—. Otro argumento a favor de esto surge del contexto palinogenésico: tanto el *principium* como el párrafo 1 proceden del 29.º libro del *Digesto* de Marcelo y, de acuerdo con

⁴² «*Caduca cum suo onere fiunt; ideoque libertates et legata et fideicommissa, ab eo data ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt*».

⁴³ Sobre la contraposición de *ius commune* y *ius singulare*, véase STAGL, *Favor dotis - Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, 2009, pp. 318 ss., 327 ss.; en contra de él VARVARO, «La dote, il *ius singulare* el il 'sistema didattico' di Gaio», en *Seminarios Complutenses* 39, 2016, pp. 409 ss. y en contra de él STAGL, «Caesars Koch oder das Schweigen der Quellen: Zur Kritik Varvaros am didaktischen System des Gaius», en *ZSS* 135, 2018, pp. 527 ss.

⁴⁴ Acerca de esto, véase ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 1996, pp. 276 ss.

⁴⁵ Según AVENARIUS, cit. (n. 24), pp. 245 ss., y FINKENAUER, cit. (n. 24), p. 22.

⁴⁶ Especialmente VOCI, cit. (n. 14), II, pp. 500 ss., que defiende la posición contraria, aún cuando se puede conceder que se mantiene ambivalente («vicinanza con la *sententia sopra ricordata*»).

Lenel, este se encontraba bajo la rúbrica «*Ad legem Iuliam et Papianam*». La base de este vínculo es la pregunta sobre cómo se ha de proceder con las restantes disposiciones de última voluntad en las herencias caducas y con respecto a estas se dice en el *Epitome Ulpiani* (17,3) que se mantenían válidas. Si se lee el *principium* como un rescripto aislado, no habría motivo para que Marcelo trajera este rescripto a este lugar: únicamente el hecho de tachar la institución de herederos, pero no la disposición de manumisión, conduce a la caducidad de la herencia. El contexto palingénico apoya por tanto el vínculo común tanto como la analogía con el *Epitome Ulpiani* (17,3), donde se hace referencia explícitamente a los «*libertates et legata et fideicommissa*». En lo que respecta a la redacción del párrafo 1 como rescripto⁴⁷, es muy probable que la palabra *rescribere* deba interpretarse en el sentido general de «decidir» y no en el sentido técnico de «decidir mediante un rescripto».

En cualquier caso, los rescriptos, a juicio de Nörr, apenas se diferencian de otras constituciones imperiales, por ejemplo, de las sentencias judiciales⁴⁸. Otro posible enfoque interpretativo sería que los dos procesos estuvieran relacionados entre ellos y el emperador resolviera la solicitud de los esclavos relativa a su libertad⁴⁹ por medio de un escrito de contestación —como correspondía—. Resulta difícil discernir cómo podría no haber sido esto posible en el marco de la propia jurisdicción del principio, que era *cognitio extra ordinem*⁵⁰ de acuerdo con su propia naturaleza. Con esto llegamos a la conclusión: el *principium* y el párrafo 1 forman una misma unidad de sentido⁵¹.

4. EL DERECHO DEL MÁS DÉBIL

El problema del caso ha sido pasado por alto hasta ahora en la literatura, ya que se considera que el *principium* y el párrafo 1 son casos separados⁵². Esta suposición se basa por una parte en la redacción lingüística del párrafo 1, en la medida que esta no se enlaza explícitamente con el *principium* y a su carácter de rescripto. Los argumentos predominantes defienden que el *principium* y el párrafo 1 se han de entender como una

⁴⁷ Acerca de esto, véase CORIAT, “La technique du rescrit à la fin du principat”, en *SDHI* 51, 1985, pp. 319-348; NÖRR, “Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit. Wolfgang Kunkel zum Gedächtnis”, en T.J. CHIUSI *et al.* (eds.), *Historiae iuris antiqui*, vol. II, 2003, pp. 1323-1369; WILCKEN, “Zu den Kaiserreskripten”, en *Hermes* 54, 1920, pp. 1-42.

⁴⁸ NÖRR, cit. (n. 37), pp. 1332 ss.

⁴⁹ Esto es lo que supone PIGANIOL, cit. (n. 1), pp. 204, 210.

⁵⁰ En general acerca de esto en KASER y HACKL, cit. (n. 25), pp. 437 ss.; pruebas sobre el concepto *ibidem* p. 436 n. 4.

⁵¹ Al igual que aquí, véase MÜLLER-EISELT, cit. (n. 16), p. 189; WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, 1972, p. 145.

⁵² Según AVENARIUS, cit. (n. 24), pp. 245 ss., y FINKENAUER, cit. (n. 24), p. 22.

misma unidad, aún cuando debemos conceder que quizás el párrafo 1 solo pertenece a la decisión de Marco Aurelio en cuanto al sentido, pero no en cuanto a su forma lingüística⁵³.

En primer lugar, y más importante, se concluye la existencia de este vínculo porque Prisciano menciona las disposiciones de manumisión del causante en el *principium* («*manumisit quosdam*»). La decisión del emperador en el párrafo 1 se debe entender como una respuesta a la pregunta formulada en el *principium*: «¿Qué ocurre con las disposiciones de manumisión tachadas?». El largo informe al completo con sus apelaciones a la *humanitas* y la *benignitas* no tendría sentido si no sirviera como preparación para algo especial —y ese algo especial se encuentra en el párrafo 1—. Otro argumento a favor de esto surge del contexto palingenésico: tanto el *principium* como el párrafo 1 proceden del 29.º libro del *Digesto* de Marcelo y, de acuerdo con Lenel, este se encontraba bajo la rúbrica «*Ad legem Iuliam et Papiam*». La base de este vínculo es la pregunta sobre cómo se ha de proceder con las restantes disposiciones de última voluntad en las herencias caducas y con respecto a estas se dice en el *Epitome Ulpiani* (17,3) que se mantenían válidas. Si se lee el *principium* como un rescripto aislado, no habría motivo para que Marcelo trajera este rescripto a este lugar: únicamente el hecho de tachar la institución de herederos, pero no la disposición de manumisión, conduce a la caducidad de la herencia. El contexto palingenésico apoya por tanto el vínculo común tanto como la analogía con el *Epitome Ulpiani* (17,3), donde se hace referencia explícitamente a los «*libertates et legata et fideicommissa*». En lo que respecta a la redacción del párrafo 1 como rescripto⁵⁴, es muy probable que la palabra *rescribere* deba interpretarse en el sentido general de «decidir» y no en el sentido técnico de «decidir mediante un rescripto».

En cualquier caso, los rescriptos, a juicio de Nörr, apenas se diferencian de otras constituciones imperiales, por ejemplo, de las sentencias judiciales⁵⁵. Otro posible enfoque interpretativo sería que los dos procesos estuvieran relacionados entre ellos y el emperador resolviera la solicitud de los esclavos relativa a su libertad⁵⁶ por medio de un escrito de contestación —como correspondía—. Resulta difícil discernir cómo podría no haber sido esto posible en el marco de la propia jurisdicción del principio, que era

⁵³ Especialmente VOCI, cit. (n. 14), II, pp. 500 ss., que defiende la posición contraria, aún cuando se puede conceder que se mantiene ambivalente (“vicinanza con la sententia sopra ricordata”).

⁵⁴ Acerca de esto, véase CORIAT, “La technique du rescrit à la fin du principat”, en *SDHI* 51, 1985, pp. 319-348; NÖRR, “Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit. Wolfgang Kunkel zum Gedächtnis”, en T.J. CHIUSI *et al.* (eds.), *Historiae iuris antiqui*, vol. II, 2003, pp. 1323-1369; WILCKEN, “Zu den Kaiserreskripten”, en *Hermes* 54, 1920, pp. 1-42.

⁵⁵ NÖRR, cit. (n. 37), pp. 1332 ss.

⁵⁶ Esto es lo que supone PIGANIOL, cit. (n. 1), pp. 204, 210.

*cognitio extra ordinem*⁵⁷ de acuerdo con su propia naturaleza. Con esto llegamos a la conclusión: el *principium* y el párrafo 1 forman una misma unidad de sentido⁵⁸.

El emperador se encontró entonces ante un dilema: si seguía la argumentación sistemática del derecho de sucesiones, que requería obligatoriamente una institución de herederos en el testamento, y consideraba los legados nulos —aunque estos no habían sido tachados— tendría que aplicarlo entonces también a las disposiciones de manumisión, precisamente porque estas sí que habían sido tachadas. Si Marco Aurelio obedecía a la opinión que intentaba llevar a cabo la voluntad del causante sin considerar la posible ruptura con el sistema, y por tanto consideraba que los legados eran válidos porque no habían sido tachados, y por tanto estaban en concordancia con la voluntad del causante, las manumisiones deberían entonces ser nulas según este —nuevo— principio de voluntad⁵⁹, precisamente porque el causante, al tacharlas, había expresado que ya no formaban parte de su voluntad.

No importa cuál de los dos principios siga el emperador, no puede alcanzar ambos objetivos —conservar tanto los legados como las disposiciones de manumisión— sin entrar en contradicción con las condiciones que él mismo ha impuesto⁶⁰. Sin embargo, el emperador se atreve a incurrir en esta contradicción después de reflexionar. Este momento de silencio dramatiza la lucha entre la ética cargada de retórica y el «esplendor de la lógica»⁶¹. Marco Aurelio sigue el consejo de Marcelo en su decisión. La apelación del emperador a la «*humanitas*»⁶² es un eco del «*benignus*» de los juristas⁶³. Marco Aurelio se deja llevar por su retórica, como narra Marcelo orgulloso. No quiere actuar como un «*malignus*», sino como un «*benignus*» y de esta forma pretende demostrar su

⁵⁷ En general acerca de esto en KASER y HACKL, cit. (n. 25), pp. 437 ss.; pruebas sobre el concepto *ibidem* p. 436 n. 4.

⁵⁸ Al igual que aquí, véase MÜLLER-EISELT, cit. (n. 16), p. 189; WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, 1972, p. 145.

⁵⁹ MÜLLER-EISELT, cit. (n. 16), p. 195.

⁶⁰ De acuerdo con AVENARIUS, cit. (n. 24), p. 247, con más pruebas sobre la literatura anterior, que no obstante llega a la conclusión incorrecta de que los textos no guardan relación entre ellos.

⁶¹ De acuerdo con una conocida expresión de JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. III/1, 1906, p. 319. Acerca de esto HORAK, “Die römischen Juristen und der ‘Glanz der Logik’”, en MEDICUS y SEILER (eds.), *Festschrift für Max Kaser zum 70*, 1976, pp. 29 ss. La opinión de HONORÉ, cit. (n. 24), p. 18 y WUBBE, cit. (n. 19), p. 397; así como de AVENARIUS, cit. (n. 24), p. 240, de que el emperador mantuvo consigo a sus consejeros se debe rechazar, por tanto, pues carece de fundamento en el texto y contradice el contexto.

⁶² Sobre este concepto, véase GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, 2008, pp. 118 ss.; HAFFTER, *Die römische Humanitas*, en *Neue Schweizer Rundschau* 21, 1953/54, pp. 719 ss. = H. OPPERMANN (ed.), *Römische Wertbegriffe*, 1967, pp. 468 ss.; HONIG, cit. (n. 12), pp. 27 ss.; MASCHI, “‘Humanitas’ come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano”, 1949 = *Scritti in memoria di L. Cosattini*, en *Annali Triestini* 18, 1948, pp. 271 ss.

⁶³ También según WUBBE, cit. (n. 19), p. 397.

humanidad⁶⁴. La decisión de Marcelo es correcta y revolucionaria: supera, en el sentido del *favor testamenti*⁶⁵, la norma de que un testamento debe contener una institución de herederos y, al aplicar el *favor libertatis*, contribuye a superar la norma de que una persona pueda ser un objeto de uso de otra persona⁶⁶. El causante debe retractarse de la manumisión *nominatim*, tacharla ya no es suficiente⁶⁷. El emperador no obedeció a sus propios intereses —dicho sea— pues los esclavos tachados habrían pasado a ser de su posesión a través del fisco. Pero él no buscaba la solución más útil, sino la correcta, tal y como había señalado a sus funcionarios: «*Et ii, qui rebus nostris attendunt, scient, commodo pecuniario praeferendam libertatis causam*» (Inst. 3,11,1⁶⁸).

4. TEORÍA INTEGRATIVA DE LA CREACIÓN DE DERECHO DE LOS ROMANOS

Si se crea derecho nuevo, como hace aquí Marco Aurelio, que es la inspiración para esta actividad, ¿cuáles son los *Entscheidungsgründe* (razones de la decisión)?

Savigny escribió que, a la hora de crear derecho, los romanos extraían los conceptos, es decir, que deducían⁶⁹. En la segunda mitad del siglo XX ya no existía esta creencia de un sistema tan cerrado⁷⁰. Así, Kaser hablaba de la intuición⁷¹ como método de creación de derecho y Vacca mostró un paralelismo con el pensamiento del derecho jurisprudencial británico⁷². Otros intentaron reclutar a la filosofía para la creación de derecho, como por ejemplo, Jubilar en sus investigaciones sobre los errores jurídicos⁷³. Recientemente la retórica ha reivindicado de nuevo su derecho; se afirma que la retórica

⁶⁴ También según PIGANIOL, cit. (n. 1), pp. 202 ss.; WUBBE, cit. (n. 19), p. 432; AVENARIUS, cit. (n. 24), pp. 204 ss., 235 ss., 242 ss., y FINKENAUER, cit. (n. 24), pp. 87 ss., llegan a otras conclusiones entre otras cosas porque no consideran el *principium* y el párrafo 1 como una misma unidad. No perciben la esencia de nuestro texto.

⁶⁵ GUARINO, *Diritto privato romano*, 1994, § 29, 4, 2; SUMAN, “*Favor testamenti*” e “*voluntas testantium*”: *Studio di diritto romano*, 1926.

⁶⁶ Sobre esto, véase más detalladamente STAGL, “De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, en esta colección, primera parte número I y ÉL MISMO, “El Estado de derecho contra el Estado de codicia: Edmund Burke contra la Compañía Británica de las Indias Orientales”, en la segunda parte, número II.

⁶⁷ También PIGANIOL, cit. (n. 1), p. 209, ve aquí una nueva norma del derecho sucesorio romano.

⁶⁸ Nuestros funcionarios públicos deben saber que la cuestión de la libertad tiene preferencia con respecto a nuestros intereses pecuniarios.

⁶⁹ SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1840, pp. 28 ss.

⁷⁰ HORAK, cit. (n. 44), pp. 29 ss.

⁷¹ KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, 1969 = *Schriften*, vol. I, 1976, pp. 3 ss.

⁷² VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, 1982.

⁷³ WINKEL, *Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, 1985.

también fue una heurística⁷⁴. Nuestro caso muestra lo que esto significa para la creación de derecho: aquí, dejarse convencer es el método de la creación de derecho. El sistema ya no ayudaría en este caso, tampoco el pensamiento casuístico; ¿y la intuición? ¿Tendría el emperador el valor de actuar de forma inconsecuente si el jurista no lo hubiera incitado? El método retórico con su posibilidad de recurrir al *pathos* es el único adecuado en este caso: la apelación a la «*humanitas*» le da al emperador la fuerza para romper con el sistema y justo después romper con esa misma brecha. ¿Significa eso que Savigny y Kaser se equivocaron? No. Estos métodos de creación de derecho continúan existiendo de forma paralela, allí donde les corresponde. Así, el incremento de la cuota hereditaria entre colegatarios tiene lugar realmente de acuerdo con puntos de vista lógicos⁷⁵. De esta forma, encontramos mucha casuística real en el derecho de propiedad y en ámbitos políticamente sensibles, como el matrimonio, habrá que enfrentarse a menudo con el derecho estatutario, es decir, que la creación de derecho se apoyará fundamentalmente en la *lex publica*⁷⁶. Los romanos poseían diversos métodos de creación de derecho, cada cual tenía su lugar. Una teoría integrativa sobre la creación de derecho de los romanos debería mostrar cuál es ese lugar. Y esa teoría debería tener en cuenta especialmente lo que ha mostrado nuestro caso, en palabras de Pascal⁷⁷: «*Le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point*».

5. FAVOR LIBERTATIS: LAS RAZONES DEL CORAZÓN Y LAS RAZONES DE LA TRIPA

La motivación tras esta decisión del emperador es, como ya hemos comentado, sin duda el *favor libertatis*. Debido a su importancia por este caso y en general, es menester analizar este fenómeno detalladamente.

a) Favor

La primera pregunta que debemos hacer es: ¿qué significa exactamente, desde el punto de vista metodológico, el concepto de *favor*? Esta pregunta nos parece tanto más

⁷⁴ BABUSIAUX, cit. (n. 5), pp. 13-15.

⁷⁵ Por ejemplo, la monografía de LOHSSE, *Ius adcrendi: Die Anwachsung im römischen Vermächtnisrecht*, 2008.

⁷⁶ MANTOVANI, Legum multitudo. *Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, 2018, pp. 12 ss. (está en preparación una edición española de esta obra en la editorial Tirant lo Blanch); STAGL, *Favor dotis* cit. (n. 43), pp. 27 ss., 77 ss.; escéptico GIARO, *Römische Rechtswahrheiten*, 2007, p. 599; muy críticos FORSCHNER y HAUBNER, "Kein Volk der Gesetze. Anmerkungen zu Mantovanis These der legum multitudo im römischen Privatrecht", en ZSS 136, 2019, pp. 322 ff.

⁷⁷ PASCAL, *Pensées* (ed. Brunschvicg), n.º 277: «El corazón tiene razones que la razón no conoce».

importante en cuanto a que estudios de los últimos años han revelado la importancia de las *leges publicae*, lo que debe también atraer la atención de la romanística a los problemas de la interpretación de las leyes y otros actos legislativos⁷⁸. Esto es aún más importante visto que el *favor libertatis* es con toda probabilidad inducido de una *lex publica*. Encontramos una clave para la explicación de este fenómeno en un texto de Ulpiano 60 *ad ed.* (D. 40, 5, 2):

«Si alguno al morir intestado dio libertades en codicilos, y no hubiera sido aceptada la herencia abintestato, debe tener lugar también en este caso el beneficio de la Constitución del Divino Marco; la cual dispone que le competa al esclavo la libertad, y le sean adjudicados los bienes, si les diera caución idónea a los acreedores de pagarles íntegramente lo que a cada uno se le debe»⁷⁹.

Originalmente la constitución de Marco Aurelio se refería a las disposiciones de libertad en un testamento⁸⁰. El caso de Ulpiano trata por el contrario de codicilos a un testamento no existente; la documentación de la voluntad del testador es por tanto mucho más débil. La situación es tal que no se puede simplemente aplicar la constitución del emperador a este caso, lo que se necesita más bien es una aplicación analógica. Si bien es cierto que la analogía estaba aceptada como herramienta metodológica, su aplicación no se sobrentendía, sino que requería una justificación y esta era el *favor*⁸¹. La palabra en su sentido original significa la «inclinación» y el «aplauso»⁸² —¿hacia qué?, ¿a quién?—. La única interpretación posible es la inclinación hacia y el aplauso al autor del acto legislativo, el emperador, en nuestro caso Marco Aurelio. Hablar de *favor constitutionis* es entonces otra forma de exigir del lector lealtad hacia la autoridad suprema del imperio, diciéndole: «no te puedes negar a inclinarte a aplaudir al emperador, lo que harías si no extiendes la constitución a situaciones no previstas en ella directamente. ¿Olvidaste la enseñanza de Celso, “*Scire leges non hoc est, verba*

⁷⁸ Véanse las referencias en STAGL, “Juristenrecht oder Gesetzesrecht”, en MANTOVANI, *Legum multitudo* cit. (n. 76), pp. 110 ss., y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, cit. (n. **¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.**), pp. 87 ss.

⁷⁹ «*Si quis intestatus decedens codicillis dedit libertates, neque adita sit ab intestato hereditas, favor Constitutionis Divi Marci debet locum habere et hoc casu; quae iubet libertatem competere servo, et bona ei addici, si idonee creditoribus caverit de solido, quod cuique debetur, solvendo*».

⁸⁰ Texto en Inst. 3, 11, 1.

⁸¹ Iul. 15 dig. D. 1, 3, 12: «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis compraeendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*». KACPRZAK, *Tra logica e giurisprudenza: Argumentum a simili nel Topici di Cicerone*, 2012; KASER, cit. (n. 16), p. 213 con n. 28.

⁸² GLARE, (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, 2012, i.v.

*earum tenere, sed vim ac potestatem*⁸³?» En última instancia se trata de exhortar al seguimiento político, es una orden⁸⁴.

b) Morfología del *favor libertatis*

El *favor libertatis* es entonces una máxima o principio, o, mejor dicho, una pauta — una palabra más agradable para «orden»— mediante la cual se incitaba a los juristas romanos a interpretar y desarrollar la ley de tal manera que desembocara en la liberación de los esclavos⁸⁵. En las *Instituciones* de Justiniano podemos encontrar una definición (2, 7, 4):

«La libertad [...] en cuyo favor es sabido que hasta los antiguos legisladores establecieron muchas disposiciones aun contra las reglas comunes»⁸⁶.

Esto no se debe entender como una forma de aliviar la suerte del esclavo, sino como un cambio de estado social: de *servus* a *libertus*. El carácter del *favor libertatis* como pauta para la jurisprudencia se expresa claramente en Pomp. 7 ad Sab. D. 50, 17, 20: «*Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*»⁸⁷.

El *favor libertatis* como tal nunca ha sido el tema de un estudio exhaustivo satisfactorio; no obstante, distintas aplicaciones de esta pauta han sido el objeto de publicaciones⁸⁸. Se puede considerar una investigación más profunda de este tema como un *desideratum*.

⁸³ Cels. 26 dig. D. 1, 3, 17: «Saber las leyes no es esto, conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder».

⁸⁴ V. ya la observación de PFAFF, *Ein Beitrag zur Lehre vom favor libertatis*, 1896, p. 3 y sobre todo HUCHTHAUSEN, «Zum Problem der Freiheitsbegünstigung (favor libertatis) im römischen Recht» en *Philologus* 120, 1976, p. 60.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 2017, pp. 226 ss.; D'ORS, cit. (n. 32), p. 97, «A esta tendencia (moralizante) pertenece la preponderancia de la *voluntas*, el *favor libertatis*, la exaltación de la *humanitas* y de la *aequitas* correctora del *ius*, la lucha contra la falsificación de pruebas, la represión del lucro injustificado, etc.». Esta tendencia de la que habla D'Ors se enmarca dentro de los rasgos propios del derecho postclásico; también GUZMÁN BRITO, cit. (n. 16), I, p. 330, dice que la jurisprudencia tardoclásica introdujo reglas para favorecer la libertad (*favor libertatis*), a propósito de los ingenuos. Inst. 1,4 pr.

⁸⁶ «*Libertate [...] cuius favore et antiquos legislatores multa etiam contra communes regulas statuisset manifestum est*».

⁸⁷ Pomp. 7 ad Sab. D. 50, 17, 20. «Siempre que es dudosa la interpretación relativa a la libertad se habrá de responder a favor de la libertad».

⁸⁸ ANKUM, «Der Ausdruck favor libertatis in den Konstitutionen der römischen Kaiser», en FINKENAUER (ed.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht: Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, 2006, pp. 1 ss.; GILTAJ, *Menschenrechten in het Romeinse recht?*, 2011, pp. 49 ss.; HUCHTHAUSEN, «Zum Problem der Freiheitsbegünstigung (favor libertatis) im römischen Recht» en *Philologus* 120, 1976, pp. 47-72; IMBERT, «Favor libertatis», en *RH* 27, 1949, pp. 274 ss.; PFAFF, *Ein Beitrag zur Lehre vom favor libertatis*, 1896; ROBLEDA, cit. (n. 39), pp. 96 ss.; STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra*

Existen alrededor de 50 textos de los primeros tres siglos de nuestra era que emplean explícitamente el término *favor libertatis*⁸⁹. A estos se le pueden añadir cuatro textos más que aplican una *humanior* o *benigna interpretatio* que significa prácticamente lo mismo, como hemos visto a propósito del texto de Marcelo⁹⁰. Otra cuestión es la cantidad y calidad de los textos que aplican la pauta del *favor libertatis* sin expresarlo⁹¹. Mi estudio sobre el fenómeno comparable del *favor dotis* ha demostrado que solo una pequeña proporción, quizás una décima parte de los textos que aplican realmente el *favor dotis*, menciona también esta máxima más o menos explícitamente⁹², por ejemplo, el precioso ejemplo Pomp. 7 ad Sab. D. 40, 4, 11, 2:

«Cuando se dispone la libertad en un testamento, y solo uno de los varios herederos instituidos la acepta, está enseguida libre»⁹³.

La herencia «reposa», como dicen los juristas, hasta la *aditio*, la aceptación formal⁹⁴, la condición del testamento se cumple solo en el momento de la *aditio*. Surge el problema entonces de qué regla se debe aplicar en el caso de que haya varios herederos, ¿se debe esperar hasta que cada uno de ellos haya aceptado la herencia o es suficiente si uno de ellos lo hace? Bajo condiciones normales la herencia necesita una

tarda Repubblica ed età antonina, 2006, pp. 23 ss.; WACKE, “Der Favor Libertatis: Skizze eines Forschungsvorhabens”, en NÉVE y COPPENS (eds.): *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23.-27. September 1990*, 1992, pp. 21-23; *Idem*, “Favor libertatis”, en HAS vol. I, 2017, coll. 923 ss.

⁸⁹ Gai. 4, 14; l. 3, 11, 1 (Rescr. divi Marci ad Pop. Rufum); Gai. ad ed. prov. D. 4, 7, 3, 1; Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 7; Paul. 5 quaest. D. 18, 7, 9; Ulp. 61 ad ed. D. 29, 2, 71; Marcell. 12 dig. D. 29, 5, 16; Paul. 4 ad Vitell. D. 31, 14; Maec. 9 fideicomm. D. 35, 2, 32, 5; Iul. 39 dig. D. 36, 1, 26, 2; Iul. 42 dig. D. 40, 2, 4; Ulp. 4 ad Sab. D. 40, 4, 1; Ulp. 4 ad Sab. D. 40, 4, 10, 1; Iul. 36 dig. D. 40, 4, 16; Iul. 42 dig. D. 40, 4, 17, 2; Marcian. 1 reg. D. 40, 4, 26; Scaev. 23 dig. D. 40, 4, 29; Ulp. 60 ad ed. D. 40, 5, 4, 16; Ulp. 5 fideicomm. D. 40, 5, 24, 10; Ulp. 5 fideicomm. D. 40, 5, 26; Paul. 5 ad Sab. D. 40, 7, 4, 6; Ulp. 28 ad Sab. D. 40, 7, 9, 3; Ulp. 14 ad ed. D. 40, 7, 19; Ulp. 14 ad ed. D. 40, 7, 20, 3; lav. 6 ex Cass. D. 40, 7, 28; Paul. 5 quaest. D. 40, 8, 9; Iul. 5 ex Minic. D. 40, 12, 30; Paul. 15 resp. D. 40, 12, 38, 1; Ulp. 71 ad ed. D. 43, 29, 3, 9; Marcian. 2 inst. D. 48, 10, 7; Tryph. 4 disp. D. 49, 15, 12, 9; Tryph. 18 disp. D. 49, 17, 19, 5; Paul. l. s. ad reg. Caton. D. 49, 17, 20; Pomp. 7 ad Sab. D. 50, 17, 20; Gai. 5 ad ed. prov. D. 50, 17, 122; Paul. 16 ad Plaut. D. 50, 17, 179; Diocl. y Maxim. C. 4, 6, 9; Gord. 7, 2, 6; Valer. y Gallien. C. 7, 4, 10; Diocl. y Maxim C. 7, 22, 2; PS. 2, 23, 2; PS. 2, 24, 2.

⁹⁰ Aparte de Marcell 29 dig. D. 28, 4, 3; Scaev. 4 resp. D. 40, 5, 41, 10; Ulp. 12 ad Sab. D. 38, 17, 1, 6; Ulp. 6 disp. D. 34, 5, 10, 1; Ant. C. 6, 27, 2.

⁹¹ P.e. Lab. post. a lav. epit. D. 32, 29, 4; Pomp. D. 3 ad Sab. D. 40, 4, 5; Ulp. 27 ad Sab. 40, 7, 3, 16 mas ejemplos en HUCHTHAUSEN, cit. (n. 84) pp. 49 ss.

⁹² STAGL, cit. (n. 33) pp. 91-234. Eso explica el *lapsus* del autor a propósito de Frgs. Vat. 106 ss. señalado por KNÜTEL, “Uxores constrictae”, en *Fundamina* 20, 2014, pp. 467, 474.

⁹³ «*Cum testamento servus liber esse iussus est, vel uno ex pluribus heredibus institutis adeunte hereditatem statim liber est*».

⁹⁴ KASER, cit. (n. 16), pp. 715 ss., 720 ss.

aceptación completa para despertarse, es decir, activarse⁹⁵, en esta situación, sin embargo, es suficiente la *aditio* de solo uno de los herederos. Esto es una solución del problema *in favorem libertatis*, sin embargo, el texto no menciona esta pauta.

El *favor libertatis* ha sido considerado interpolado por el emperador Justiniano⁹⁶. Sin embargo, hay un texto en las *Instituciones* de Gayo que cita explícitamente la directriz del *favor libertatis* y ya no se puede poner seriamente en duda la autenticidad de Gayo⁹⁷ (Gai. 4,14.): «... *eadem lege cautum est favore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores*»⁹⁸. La autenticidad del *favor dotis* no se puede cuestionar, y cabe mencionar que Schulz, uno de los grandes interpolacionistas, no lo hizo⁹⁹.

Finalmente, podemos echarle un vistazo al texto que ilustra el funcionamiento del *favor libertatis*, Iul. 36 dig D. 40, 4, 16:

«Si se hubiere escrito así [en un testamento]: «cuando Ticio fuere de treinta años sea libre Estico, y dele un fundo mi heredero», y si Ticio hubiere fallecido antes de llegar a los treinta años, le competirá la libertad a Estico, pero no se deberá el legado; porque en favor de la libertad se admitió, que aun muerto Ticio se considerase que continuaba el término, hasta que cumplido este competiese la libertad; pero respecto al legado se consideró que faltó la condición»¹⁰⁰.

Un testador dispuso en su última voluntad: «cuando Ticio fuere de treinta años, sea libre [mi esclavo] Estico, y dele un fundo mi heredero». Ticio fallece antes de alcanzar su trigésimo cumpleaños, el esclavo Estico es liberado de todas formas debido al cumplimiento ficticio de la condición «*quum... annorum triginta erit*». En lo que concierne al fundo, sin embargo, esta ficción no funciona. Bajo circunstancias normales la condición podría haberse considerado simplemente no satisfecha, pero «*favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur*». Esta ficción, no obstante, no se puede extender hasta ese punto, y a consecuencia de ello el fundo continúa en propiedad del heredero. De otra forma las condiciones perderían su función como medio

⁹⁵ KASER, cit. (n. 16), 716.

⁹⁶ Por ejemplo PRINGSHEIM, "Ius aequum und ius strictum", en ZSS 42, 1922, pp. 643, 655, n.º 5.

⁹⁷ MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique: Les œuvres des juristes comme littérature*, 2018, pp. 185 ss.

⁹⁸ Sobre este fenómeno, véase KASER y HACKL, cit. (n. 25), p. 83: «en la misma ley está escrito el favorecimiento de la libertad, para no cargar a los defensores de la libertad». Sobre la arqueología del *favor libertatis* y este texto v. HUCHTHAUSEN, cit. (n. 88), pp. 49 ss., 51 ss.

⁹⁹ SCHULZ, *Principios de Derecho Romano*, 1990, pp. 240 ss.

¹⁰⁰ «*Si ita scriptum fuerit: «quum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto, eique heres meus fundum dato», et Titius, antequam ad annum trigesimum perveniret, decesserit, Stichus libertas competet, sed legatum non debetur; nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur, quo impleto libertas contingeret; circa legatum defecisse conditio visa est*».

de disponer de la propiedad no solo en el momento del fallecimiento del causante, sino más allá de su muerte, que era una necesidad muy apremiante de los romanos: su posición social dependa de la herencia¹⁰¹.

c) Pavor y humanitas: El impulso ideológico hacia el *favor libertatis*

La enigmática cuestión acerca del *favor libertatis* es: ¿por qué existe? Por una parte, los romanos aceptan la «institución peculiar» de la esclavitud, para usar un eufemismo de los EE.UU. del siglo XIX, y, por otra parte, establecieron una pauta que siguieron tanto emperadores como juristas y legisladores de la República para garantizar la libertad cuando fuera posible. En lo que respecta al razonamiento de esta pauta, debemos distinguir entre las respuestas proporcionadas por los clásicos y nuestras propias respuestas, dado que los juristas romanos podrían haber ocultado sus verdaderos motivos o simplemente no eran conscientes de ellos.

Ulpiano explica en 4 ad Sab. D. 40, 4, 1: «Cum saepius datur servo libertas, placet eam favore¹⁰² valere, ex qua pervenit ad libertatem»¹⁰³. De acuerdo con Ulpiano, la gente tendía a liberar a sus esclavos y en cierto momento esta tendencia fue plasmada en una norma. Conviene mencionar, sin embargo, que había también testadores que intentaron -exitosamente- impedir la liberación de sus esclavos por simple maldad¹⁰⁴.

En el texto de Gayo citado anteriormente ya se insinúa otra explicación. Gayo habla sobre una ley que decretaba la aplicación del *favor libertatis* y, dado que él trataba un procedimiento antiguo *per legisactionem*, esta ley debía haber sido aprobada mucho antes, en los tiempos de la República. Me atrevería a decir que cualquier legislación que pudiera servir como base normativa para la extracción de tal pauta no es más antigua que la era Augusta y que Gayo se equivoca con esta explicación¹⁰⁵. Era un fenómeno habitual que los juristas romanos no conocieran el razonamiento de las leyes que aplicaban¹⁰⁶.

Esto solo sería una explicación a medias, pues inducir el *favor libertatis* de los actos legislativos, es decir, de las decisiones políticas, no especificaría el motivo por el cual se

¹⁰¹ STAGL, "Autonomía privada y ley pública en Roma", en *RGDR* 27, 2016, pp. 1-15.

¹⁰² Mo. *dationem*.

¹⁰³ Ulp. 4 ad Sab. D. 40, 4, 1. «Cuando muchas veces se le da a un esclavo la libertad, está determinado que valga por favor aquella por la cual llegó a la libertad».

¹⁰⁴ Pomp. 11 epist. D. 40, 4, 61 pr.; sobre el text HUCHTHAUSEN, cit. (n. 88) p. 59.

¹⁰⁵ Véase BUCKLAND, *Slavery* (n. 39), p. 438 ss.

¹⁰⁶ Iul. 55 dig. D. 1, 3, 20: «*Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*». [No puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores].

tomaron dichas decisiones. Es prácticamente innecesario decir que esta legislación sería una grave ruptura sistemática dentro del mismo sistema del derecho romano, así como la sociedad y la economía romanas, que precisaban esclavos de la misma forma que «un alto horno necesita carbón» (M. Weber)¹⁰⁷.

La sociología nos da una pista para lo que parece ser una explicación sólida para la tendencia social de liberar esclavos. Marcelo discute el siguiente caso en D. 29, 5, 16 (12 Dig.):

«Habiendo sido muerto el señor por la familia, un esclavo común descubrió su muerte; en favor de la libertad debe hacerse ciertamente libre, pero su condueño debe obtener la parte del precio que le corresponde»¹⁰⁸.

De acuerdo con el *senatus consultum Silanianum*, todos los esclavos de una casa debían ser ejecutados si su dueño había sido asesinado por uno de ellos¹⁰⁹. Como ya sabemos gracias a Tácito, esta regla fue aplicada después de un debate en el Senado en el caso de una casa con 400 esclavos¹¹⁰. Tanto si era fundado como si no, el miedo a ser asesinado por tu propio esclavo era constante entre los romanos, como muestran este debate y el proverbio «*totidem servi, tot hostes*»¹¹¹. Huelga decir que tenía que haber algún incentivo positivo para los esclavos también y este incentivo era la esperanza de ser liberado tras haber servido a su amo con diligencia. El texto, de un capítulo sobre este *senatus consultum*¹¹², trata la cuestión de cómo proceder si el informante es un esclavo en copropiedad: será puesto en libertad y el copropietario deberá recibir una compensación por su pérdida, pagada por el mismo esclavo o por el heredero, como suponemos. Se puede deducir de este texto que el razonamiento detrás del *favor libertatis* era proporcionar un incentivo a los esclavos para que tuvieran un buen comportamiento con sus amos y, en última instancia, para que no los asesinaran¹¹³.

¹⁰⁷ En WEBER, *Schriften 1894-1922*, ed. D. Kaesler, 2002, p. 57.

¹⁰⁸ «*Domino a familia occiso servos comunes mecen ius detesta; favor libertatis liber quídam fieri debe, pretil autem parten sibi contingenten socio consequi aporte*».

¹⁰⁹ DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, 1994; HARRIES, "The Senatus Consultum Silanianum: Court Decisions and Judicial Severity in the Early Roman Empire", en DU PLESSIS (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman world*, 2013, pp. 51-72.

¹¹⁰ Tac. *Ann.* 14, 44.

¹¹¹ Probablemente una simplificación de «*totidem hostes esse quot servos*» [tantos son los enemigos cuantos son los esclavos]. Sen. *Ep.* 47, 5.

¹¹² LENEL, cit. (n. 32), vol. I, col. 650.

¹¹³ HUCHTHAUSEN, cit. (n. 84) p. 62 y CICCIOOTTI, *Il tramonto della schiavitù*, 1899, p. 270.. Sobre la utilidad pública en la legislación véase STAGL, "Utilitas publica, ius naturale y protección de la natura", en esta colección, primera parte, número IV.

Sería una excesiva simplificación reducir este principio absolutamente a intereses egoístas¹¹⁴. Es bien sabido que *humanitas* era un valor de gran importancia para los romanos y el cual compartían los juristas¹¹⁵, especialmente Ulpiano¹¹⁶. Esto se refleja, por ejemplo, en Ulp. 6 disp. D. 34, 5, 10, 1:

«A la verdad, si una esclava hubiere recibido así la libertad: «sea libre, si hubiere parido primero un varón», y ella hubiese parido en un parto un varón y una hembra, si verdaderamente es cierto lo que hubiese dado a luz primero, no se debe dudar respecto al estado de la misma, si sería libre, o no; pero tampoco en cuanto al de la hija, porque, si nació después, será ingenua. Mas si esto es incierto, y no se puede evidenciar ni aun por la escrupulosidad judicial, se debe seguir el parecer más humano en las cosas dudosas, a fin de que tanto ella consiga la libertad, como su hija la ingenuidad, cual si por presunción hubiese sido dado a luz primero el varón»¹¹⁷.

Una esclava es liberada bajo la condición de que «dé a luz primero a un varón», lo que conllevaría que el niño naciera libre (*ingenuus*)¹¹⁸, así como la niña nacida en segundo lugar —la condición de los nacidos libres era muy preferible a ser un *libertus*, existía incluso un *favor ingenuitatis*¹¹⁹—. Se puede afirmar que la esclava dio a luz a la niña primero: no se puede poner en duda que la madre y la hija son libres si no se puede establecer que una *humaniora interpretatio* dispone una presunción a favor de que el niño sea el primogénito. En resumen: independientemente de los hechos, siempre se considera que el niño es el primogénito —bien sea por ficción o por presunción—. El motivo de esta derogación parcial de la cláusula de manumisión es la *humanitas*.

¹¹⁴ En este error cayó en nuestra opinión CICCOTTI citado en la nota anterior. Para él tanto el estocismo como el cristianismo eran bien un escapismo, bien una hipocresía, sobre todo por no haberse convertido en unos movimientos políticos (op. cit. pp. 3 ss. y 26 ss.).

¹¹⁵ HAFFTER, cit. (n. 45); MASCHI, cit. (n. 45), pp. 145 ss.; SCHULZ, *Principios de Derecho Romano*, 1990, pp. 201 ss. STAGL, “De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, y EL MISMO, “La concepción gayana de ‘persona’ y la capacidad jurídica parcial de los esclavos”, en esta colección en la primera parte número I y II.

¹¹⁶ HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, 2002; en contra SCHIAVONE, *Ius. La invención del derecho en Occidente*, 2012, pp. 451 ss.

¹¹⁷ «Plane si ita libertatem acceperit ancilla: «si primum marem pepererit, libera esto», et haec uno utero marem et feminam peperisset, si quidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi, utrum libera esset, necne; sed nec filiae, nam, si postea edita est, erit ingenua. Sin autem hoc incertum est, nec potest nec per subtilitatem iudicalem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur, quam filia eius ingenuitatem, quasi per praesumptionem priore masculino edito».

¹¹⁸ KASER, cit. (n. 16), p. 298.

¹¹⁹ Diocl. y Max. C. 8, 50, 15 y también Ulp. 12 ad Sab. D. 38, 16, 1, 4; sobre este fenómeno BUCKLAND, *Slavery* (n. 39), p. 312.

La *humanitas* de los romanos estaba bien anclada en la doctrina del iusnaturalismo¹²⁰ y «según el derecho natural todos nacemos libres», como dice Ulpiano¹²¹. Es una contribución importante para la investigación del fenómeno del *favor libertatis* de Robleda el haber establecido una conexión entre el *favor libertatis* y el iusnaturalismo¹²².

La contradicción remanente con respecto a la aceptación general de la esclavitud en el sistema legal romano debe ser aceptada como un hecho real que no se puede banalizar ni ridiculizar, como afirmó Ranke: «Toda época está en relación directa con Dios, y su valor no se basa en lo que deriva de ella, sino en su propia existencia, en sí misma»¹²³.

Estas reflexiones nos dirigen de nuevo hacia la cuestión central: ¿cómo se puede explicar una pauta que promueve la libertad de los esclavos engendrada por un sistema que reconoce la esclavitud como institución? Tal vez, una forma sencilla y lógica de superar esta contradicción sería no construir el derecho romano al respecto en la dicotomía «libertad» y «esclavitud». La esclavitud era vista más bien como un estado transitorio que terminaba en muchos casos con la muerte del dueño (por esta razón existe toda una legislación contra manumisiones demasiado generosas¹²⁴), con esclavos que son manumitidos en vida de su dueño, incluso con el privilegio de ser considerados nacidos libres (*ius anuli aurei*¹²⁵, existía incluso una verdadera ficción de haber nacido libre, *natalium restitutio*¹²⁶) y también la posibilidad de que el esclavo comprase su libertad. Los esclavos serían desde este punto vista personas que empiezan su vida con un hándicap, la falta de libertad, que sin embargo se puede superar. El *favor libertatis* sería entonces una especie de válvula de seguridad de la sociedad romana que facilitaba

¹²⁰ WALDSTEIN, W. "Entscheidungsgrundlagen römischer Juristen", en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, vol. XV, 1976, 3, 89 ff., y *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, SCHIAVONE y MANTOVANI (ed.), 2007, más sobrio GIARO, cit. (n. 76), 233 ss. STAGL, cit. (n. 33), pp. 96 ss.

¹²¹ Ulp. 1 inst. D. 1, 1, 4: «*iure naturali omnes liberi nascerentur*».

¹²² ROBLEDA, cit. (n. 39), pp. 96 ss, y 102; véase p.e. WACKE, cit. (n. 88), col. 926.

¹²³ [«Jede Epoche ist unmittelbar zu Gott, und ihr Wert beruht gar nicht auf dem, was aus ihr hervorgeht, sondern in ihrer Existenz selbst, in ihrem Eigenen selbst»]. RANKE, *Über die Epochen der neueren Geschichte. Vorträge dem Könige Maximilian II. von Bayern im Herbst 1854 zu Berchtesgaden gehalten. Vortrag vom 25. September 1854. Historisch-kritische Ausgabe*, SCHIEDER y BERDING (eds.), 1971, p. 60. Hay un debate sobre la maldad absoluta o relativa de la esclavitud: de la primera opinión era FINLEY, *Ancient slavery and modern ideology*, 1980, por otro lado VOGT, *Sklaverei und Humanität: Studien zur antiken Sklaverei und ihrer Erforschung*, 1983. Sobre el debate DEISSLER, "Cold Case? Die Finley-Vogt-Kontroverse aus deutscher Sicht", en HEINEN (ed.): *Antike Sklaverei: Rückblick und Ausblick. Neue Beiträge zur Forschungsgeschichte und zur Erschließung der archäologischen Zeugnisse*, 2010, pp. 77 ss.

¹²⁴ KASER, cit. (n. 16), pp. 296 ss.

¹²⁵ Ulp. 5 ad ed. D. 2, 4, 10, 1; idem 40 ad ed. D. 38, 2, 3 pr.

¹²⁶ Ulp. 40 ad ed. D. 38, 2, 3, 1.; Dicol. C. 6, 8, 2; sobre ambos fenómenos MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, vol. I, 1887 p. 398; ROBLEDA, cit. (n. 39), pp. 172 ss.

el ascenso social y por este motivo era también algo como un símbolo de que los esclavos empezaban a transformarse, pues de tener un estatus jurídico que los consideraba ganado vacuno (*res Mancipi*) pasaban a tener el estatus jurídico de ser considerados un estatus social, la clase baja. Y que nadie diga que es lo mismo, cosa que nadie mejor que Marx ha sabido apreciar. Según él, su adversario político, uno de los grandes intelectuales *tory* en Inglaterra, Thomas Carlyle, que defendía el Sur esclavista de los Estados Unidos durante la Guerra Civil, lo reducía así: «el único evento grandioso de la historia contemporánea, la guerra civil americana, es la idea de que Pedro del Norte quiere aplastar el cráneo de Pablo del Sur, por la sola razón de que Pedro del Norte contrata a su trabajador “por jornada” y Pablo del Sur lo contrata de “por vida”»¹²⁷.

d) La lex Iunia Petronia: El impulso normativo hacia el *favor libertatis*

(aa) La Lex Iunia Petronia de servis

Una tendencia social e ideológica no se transforma necesariamente en una pauta jurídica, especialmente cuando esta pauta desplaza otros regalos jurídicos de una inercia contundente. Al igual que la *lex Iulia et Papia* y el *favor dotis*¹²⁸, la fuente normativa del *favor libertatis* era probablemente la *lex Iunia Petronia de servis*, que databa muy probablemente del año 19 d.C.¹²⁹. Esta ley se menciona en dos fuentes, Rotondi y otros tenían dudas sobre si las leyes mencionadas en estos dos textos eran las mismas¹³⁰. En nuestra opinión, compartida también por autoridades como Karlowa¹³¹ y Ferrary¹³², se trata de la misma ley en ambos textos. La argumentación está basada sobre todo en los cónsules del año 19 M. Junio Silano Torcuato y L. Norbano Balbo, el *suffectus* P.

¹²⁷ MARX, *El Capital*, I, cap. 8/3 = MARX y ENGELS, *Werke (MEW)*, vol. XIII, 1947, p. 270: «In einer kurzen Parabel reduziert er das einzig großartige Ereignis der Zeitgeschichte, den Amerikanischen Bürgerkrieg, darauf, daß der Peter vom Norden dem Paul vom Süden mit aller Gewalt den Hirnschädel einschlagen will, weil der Peter vom Norden seinen Arbeiter ‘täglich’ und der Paul vom Süden ihn für ‘Lebzeit mietet’».

¹²⁸ STAGL, cit. (n. 33), pp. 27 ss.

¹²⁹ BUONGIORNO, “Lex (Iunia?) Petronia de servis”, en HEINEN (ed.), *Handwörterbuch der Antiken Sklaverei (HAS)*, vol. II, 2017, coll. 1763 ss.; MANTOVANI, *Legum multitudo* cit. (n. 76), p. 57. Las teorías de BAGNANI, *Arbiter of Elegance A Study of the Life Works of C Petronius*, 1954, no convencen; véase la reseña de BROWNING, en *The Classical Review* 6, 1956, pp. 45-47.

¹³⁰ *Leges publicae populi romani*, 1912, n.º 814.

¹³¹ *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, 1885, p. 624.

¹³² FERRARY, “La législation augustéenne et les dernières lois comitiales”, en ID. (ed.), *Leges publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana*, 2012, pp. 569, 583-584.

Petronio, y el hecho de que las últimas *leges publicae* son del inicio del gobierno de Tiberio¹³³.

Se debe anticipar que la investigación de esta ley es un problema muy delicado debido a lo que Mantovani llama la «deslegificación» justiniana, es decir, una purificación de los textos del *Digesto* de referencias a *leges publicae*. Gracias a este fenómeno tenemos muy escasas noticias también sobre leyes importantísimas como la *lex Iulia et Papia*¹³⁴. Es entonces perfectamente posible que esta ley tuviera la importancia que le atribuiremos, de la cual no sabemos nada aparte de los dos textos mencionados y que ha sido desestimada en su importancia hasta ahora: solo en la última década empieza, a pesar de una fuerte resistencia, a expandirse la idea de que el derecho romano era mucho más que la creación de actos legislativos y no solo la actividad jurisprudencial de los juristas. Afirma por ejemplo Antonio Fernández de Buján «que la *res publica populi Romani* tiene como una de sus manifestaciones político-jurídicas la *lex publica*, la idea de un orden jurídico basado en la *lex*»¹³⁵.

El primero de los dos textos es Hermog. 1 iuris epit. D. 40, 1, 24 pr.-1: «La ley Iunia Petronia ordena que, si hay en un juicio el mismo número de sentencias disonantes, se debe fallar en favor de libertad»¹³⁶.

Si en una *causa liberalis* entre los jueces, por ejemplo, de los *centumviri*, hay paridad de voto, debe resultar la libertad del esclavo, así lo ordena la *lex Iunia Petronia*¹³⁷. La *Lex Iunia Petronia* tomó obviamente una postura *en favorem libertatis*.

El término *iussum* es frecuente en la descripción del contenido de *leges publicae*¹³⁸, lo que se explica por su modo de votación. Un magistrado competente preguntaba *velitis iubeatis*¹³⁹ tal o tal regla¹⁴⁰. Este *iussum* del *populus romanus* explica por qué el *favor libertatis*, deducido directamente de la *voluntas* del poder legislativo, puede superar a cualquier otra regla del derecho romano. Es correcta la observación de Giaro de que las

¹³³ FERRAY, «La législation augustéenne et les dernières lois comitiales», en *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, 2012, pp. 569 ss.

¹³⁴ Véase MANTOVANI, *Legum multitudo* cit. (n. 76), pp. 12 ss.

¹³⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 22ª ed, 2019, p. 58.

¹³⁶ «*Lege Iunia Petronia, si dissonantes pares iudicum existant sententiae, pro libertate pronuntiarum iussum*».

¹³⁷ BUCKLAND, *Slavery*, cit. (n. 39), p. 36; KASER Y HACKL, cit. (n. 25), 121, 199 n. 61.

¹³⁸ HEUMANN, *Handlexikon der Quellen des Römischen Rechts*, ed. E. Seckel, 1907, s.v. «iubere» a).

¹³⁹ Gell. 5, 19, 9.

¹⁴⁰ GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, 12ª ed., 1998, §§ 133 ss.

decisiones en *favorem libertatis* son entimemáticas¹⁴¹, que dan por sentado una premisa tácita, y lo pueden ser porque están basadas en última instancia en la voluntad política del pueblo romano. El segundo texto es Mod. 6 reg. D. 48, 8, 11, 1-2:

«Será castigado no solo el que vende un esclavo para los juegos con animales sino también el que lo compra. (2) Después de la ley Petronia y los senadoconsultos que pertenecen a esta ley se ha privado a los dueños del derecho de consignar esclavos arbitrariamente para la lucha mortal con los animales. Pasado el esclavo a disposición judicial, se le asigna esta pena, si la queja del dueño es justificada»¹⁴².

Según la misma *lex Iunia Petronia* el dueño pierde la competencia frente al juez de castigar el esclavo entregándolo a la lucha con animales¹⁴³, lo que significa una toma de control del «estado» sobre los esclavos: ellos no son más que simplemente la propiedad privada de sus dueños, sobre la cual estos pueden disponer como quieran¹⁴⁴.

En su análisis reciente de esta ley, Buongiorno ha identificado los senadoconsultos mencionados¹⁴⁵: SHA Hadr. 18,7: *servos a dominis occidi vetuit eosque iussit damnari per iudices, si digni essent., oltre che* en Dig. 48,11,1,1 ya citado, así como el *Edictum divi Claudii* sobre la atención médica a esclavos gravemente enfermos¹⁴⁶ y un rescripto de los *divi fratres*¹⁴⁷.

También la *lex Petronia*, en nuestra opinión idéntica a la *lex Iunia Petronia*, toma una decisión en favor de los esclavos, aunque no *en favorem libertatis*. Estas dos cosas no son exactamente lo mismo: el objetivo del *favor libertatis* es la libertad, no mejorar las

¹⁴¹ GIARO (n. 76), p. 320, cita como excepción a la regla Marcian. 7 inst. D. 40, 5, 50, pero esta decisión da también por contado el *favor libertatis*.

¹⁴² «*Servo sine iudice ad bestias dato non solum qui vendidit poena, verum et qui comparavit tenebitur. (2) Post legem Petroniam et senatus consulta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere: oblato tamen iudici servo, si iusta sit domini querella, sic poenae tradetur*». Véase también Pomp. 22 ad Sab. D. 12, 4, 15 y Marcian. 1 inst. D. 18, 1, 42.

¹⁴³ BUCKLAND, *Slavery*, cit. (n. 39), p. 36; ROBLEDA, cit. (n. 39), 84.

¹⁴⁴ STAGL, "De cómo el hombre llegó 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, 2015, 373-401; ID., "La concepción gayana de 'persona' y la capacidad jurídica parcial de los esclavos", en *Revista General de Derecho Romano* 30, 2018, RI § 420423

¹⁴⁵ BUONGIORNO, cit. (n. 129), col. 1764.

¹⁴⁶ Suet. Claud. 25, 2. Sobre este edicto BUONGIORNO, "Edicto divi Claudii", en *HAS*, coll. 764 ss.

¹⁴⁷ Marcian. 1 inst. D. 18, 1, 42: «*Domini neque per se neque per procuratores suos possunt saltem criminosos servos vendere, ut cum bestiis pugnarent. et ita divi fratres rescripserunt*».

condiciones de la esclavitud como negación de la libertad¹⁴⁸. Sin embargo, es posible que esta *lex* fuera concebida como un reglamento general de los esclavos en la cual era inherente el *favor libertatis* que los juristas extrajeron de forma inductiva.

(bb) *La política de Augusto contra la «colorida amalgama»*

Es menester relacionar la *lex Iunia Petronia* con la legislación de los primeros emperadores restringiendo la manumisión de los esclavos y su política de población.

La *lex Fufia Caninia de manumissionibus* del año 2 a. C.¹⁴⁹ y la *Aelia Sentia de manumissionibus*¹⁵⁰ del año 4 d. C. de Augusto limitan de forma masiva la manumisión de los esclavos y prevén sanciones bastante duras por su incumplimiento¹⁵¹. Para entender que estas leyes son ramas del mismo árbol¹⁵² hay que recordar la legislación matrimonial de Augusto, la *lex Iulia et Papia*, constituida por una serie de incentivos para que la gente se casara y tuviera hijos con el objetivo de aumentar el «número de individuos, el nivel y la moral» como formuló Kaser¹⁵³. Lo que Augusto quería conservar es la médula del *populus romanus*, es decir, la aristocracia y los caballeros¹⁵⁴. Es entonces perfectamente lógico que se limiten al máximo las manumisiones, solo hace falta leer los anales de Tácito (14, 44) sobre el *senatus consultum Sillanianum* ya mencionado:

«Nuestros antepasados eran sospechosos respecto al carácter de los esclavos, aunque habían nacido en sus campos o casas y asumido respeto por sus dueños. Ahora tenemos entre nuestra servidumbre nacionalidades que tienen otros ritos, santuarios foráneos o ningún [rito]. Tal amalgama de gente solo se puede controlar con el miedo»¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Flor. 9 inst.: D. 1, 5, 4 pr.-1: «*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*».

¹⁴⁹ Paul. lib. sing. ad leg. Fuf. D. 35, 1, 37; idem lib. sing. ad leg. 50, 16, 215; y P. Hamb. 1, 72r l. 6 (II-III d. C.); PS 4, 14, 3; MANTOVANI, *Legum multitudo* cit. (n. 76), pp. 43 ss. («Elenco de las leyes públicas de derecho privado citadas nominativamente en las fuentes»).

¹⁵⁰ Tit. D. 40, 9; Alex. C. 7, 2, 5; 7, 11, 1; MANTOVANI, *Legum multitudo* cit. (n. 76), pp. 43 ss. («Elenco de las leyes públicas de derecho privado citadas nominativamente en las fuentes»).

¹⁵¹ ROBLEDA, cit. (n. 39), pp. 149 ss.

¹⁵² De esta opinión son SCHULZ, cit. (n. 115), p. 143 y KASER, cit. (n. 16), 297.

¹⁵³ KASER, cit. (n. 16), 318.

¹⁵⁴ BLEICKEN, *Lex Publica: Gesetz und Recht in der römischen Republik*, 1975, pp. 508 ss.

¹⁵⁵ «*Suspecta maioribus nostris fuerunt ingenia servorum, etiam cum in agris aut domibus i[s]dem nascerentur caritatemque dominorum statim acciperent. postquam vero nationes in familiis habemus, quibus diversi ritus, externa sacra aut nulla sunt, conluviem istam non nisi metu coercueris. at quidam insontes peribunt*».

Augusto quería evitar que esa gente que tiene «otros ritos, santuarios foráneos o ningún [rito]» se mezclara con los *cives* romanos que él estimaba. Suetonio nos cuenta que Augusto quería conservar su «limpieza de sangre»¹⁵⁶ con la legislación contra las manumisiones. Una preocupación que tuvo hasta su último momento. En su testamento político, exhortó a Tiberio a continuar con esta política para que Roma no se llenara de una «colorida amalgama» (ἵνα μὴ παντοδαποῦ ὄχλου τὴν πόλιν πληρώσωσι)¹⁵⁷.

Estas dos legislaciones son, pues, dos caras de la misma moneda¹⁵⁸. ¿Cómo se explican entonces la *lex Iunia Petronia* y los otros decretos de los emperadores en favor de la libertad de sucesivos emperadores¹⁵⁹? ¿Hay una contradicción entre la legislación en contra de las manumisiones y la *lex Iunia Petronia* en favor de la libertad¹⁶⁰? No, al contrario¹⁶¹: Augusto no quería prohibir la manumisión, quería convertir una costumbre de un alcance incontrolado, pero necesaria en cuanto a que era un incentivo para el buen comportamiento, controlando una «colorida amalgama» no solo con el palo, sino también con la zanahoria, en algo más exclusivo, más meritocrático, para incorporar solo a una élite de los esclavos a la ciudadanía romana¹⁶². No obstante, una práctica más exclusiva de la manumisión no era solo en interés de los romanos autóctonos, sino también en el de los *liberti*: había *liberti* como M. Antonio Pallas, que había acumulado una de las fortunas más importantes de todo el imperio bajo el gobierno del Emperador Claudio¹⁶³. A tales liberados de élite no pudo haberles gustado compartir su estatus con tantos otros. La escasez del recurso social de la libertad era en interés de los libres y de los esclavos que podían aspirar a un ascenso social. El *favor libertatis* no era, se puede concluir, una medida en favor de los esclavos como tal, sino del grupo de los mismos que eran elegibles para ser liberados y para este grupo tenía la función de algo similar a un seguro. El esclavo hacía una especie de pacto con su amo: «Yo defendiendo tus intereses, incluso buscando una esposa para ti, como lo hizo el famoso Pallas, si tú me

¹⁵⁶ Suet. Aug. 40,30: *Magni praeterea existimans sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitates Romanas parcissime dedit et manumittendi modum terminavit.*

¹⁵⁷ Cass. Dio 56 ,33, 3.

¹⁵⁸ KASER, cit. (n. 16), p. 296 ss.; SCHULZ, cit. (n. 115), p. 143 ss.

¹⁵⁹ Véase KASER, cit. (n. 16), p. 285.

¹⁶⁰ En esa dirección va la argumentación de HUCHTHAUSEN, cit. (n. 88), p. 53 y IMBERT, cit. (n. 88) p. 277 n. 2.

¹⁶¹ SCHULZ, cit. (n. 115), p. 240 f.

¹⁶² HUCHTHAUSEN, cit. (n. 88), pp. 59 s.

¹⁶³ OOST, "The Career of M. Antonius Pallas", en *American Journal of Philology* 79, 1958, 1 ss., 113; ALFÖLDY, *Römische Sozialgeschichte*, 2011⁴; VEYNE, *La société romaine*, 2001; WINTERLING, "Staat" und "Gesellschaft" in der römischen Kaiserzeit: Zwei moderne Forschungsprobleme und ihr antiker Hintergrund, Zentrum für interdisziplinäre Forschung Bielefeld, 3/1998, pp. 1 ss.

das la oportunidad de hacerme con un patrimonio y me concedes la libertad». Aparte del inconveniente, continuar siendo un esclavo por una torpeza del dueño hubiera significado para el esclavo el fracaso total de un plan de vida y una infidelidad por parte del amo. El *favor libertatis* es la salida de emergencia de un legislador previsor que debe asegurar que exista una salida del estatus de la esclavitud sin necesidad de abrir las esclusas. Se podría describir el *favor libertatis* también como el juego del gato y ratón: en lugar de matar a los esclavos con una ausencia de libertad eterna, o de dejar correr el botín, se juega con ellos, dándose aires de gran humanidad pero sin perder demasiado¹⁶⁴.

e) El Derecho Justiniano

El derecho justiniano sigue la misma línea y rellena las pocas lagunas que habían quedado. Muy relevante también para el caso de Marcelo es el siguiente texto (Inst. 2,20,34)¹⁶⁵:

«En otro tiempo se legaba sin validez antes de la institución de heredero, porque los testamentos reciben su fuerza de la institución de heredero, y por esto, la institución de heredero es considerada como cabeza y fundamento de todo el testamento. Por la misma razón tampoco se podía dar libertad antes de la institución de heredero. Mas porque juzgamos que era inconveniente seguir en realidad el orden de la escritura (lo que aun a la misma antigüedad había parecido vituperable), y que se despreciase no obstante la voluntad del testador, corregimos también este vicio por una constitución nuestra, de suerte que sea lícito dejar un legado, y con mayor razón la libertad, cuyo uso es más provechoso, así antes de la institución de heredero, como entre las instituciones de los mismos»¹⁶⁶.

En este acto legislativo Justiniano decreta entonces que el orden de las disposiciones testamentarias ya no importa: el testador puede también disponer sobre la liberación antes de la institución del heredero, que es parte constituyente de un testamento. Este

¹⁶⁴ BLEICKEN, cit. (n. 154), p. 511 enfatiza la necesidad de seguridad de la clase alta.

¹⁶⁵ Véase también Inst. 2,7,4.

¹⁶⁶ «*Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem, cuius usus favorabilior est*».

cambio en la situación jurídica está basado en dos principios: la voluntad del testador y el favorecimiento de la libertad.

Si el humanismo de Justiniano está inspirado por el cristianismo es una cuestión que no se puede abordar aquí, en cualquier caso, el *favor libertatis* no se radicaliza significativamente con respecto a la época pagana del derecho romano. Justiniano se posiciona abiertamente en una relación de continuidad con el derecho pagano al respecto («*quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum*») y no hay razones para cuestionar la sinceridad de esta actitud. Sea dicho también que los resultados de la investigación de los últimos años confirman más bien una continuidad de la cultura jurídica entre la época clásica y la época justiniana¹⁶⁷.

f) La «relegificación» del derecho romano

La liberación de un esclavo conlleva efectos para toda la comunidad en cuanto que se crea un nuevo ciudadano romano¹⁶⁸. A pesar de eso, en los tiempos de la república se consideraba a la *manumissio* como la realización de un derecho privado¹⁶⁹; liberar a un esclavo era como liberar a un gorrión (*passer*). Observa Robleda que la legislación contra la manumisión limita esta libertad privada en el interés del «*status rei Romanae*»¹⁷⁰, y en consecuencia el derecho privado se convierte en derecho público¹⁷¹. La esclavitud desde entonces ya no es una institución del derecho privado sino del derecho público¹⁷² —un fenómeno típico de Augusto que convierte también la familia en un organismo público responsable de la renovación de la ciudadanía¹⁷³—. Siendo la esclavitud una institución de derecho público, es obvio que no puede ser transformada por «*responsa prudentium*», visto que esta fuente del derecho es la más débil y la *lex publica* la más fuerte, lo que resulta de la enumeración en Gayo 1, 2: *Constant autem*

¹⁶⁷ MANTOVANI, "Constantinopoli non è Bologna - La nascita del Digesto fra storiografia e storia", en PADOA SCHIOPPA (ed.), *Interpretare il Digesto: storia e metodi*, 2014, pp. 105 ss.

¹⁶⁸ KASER, cit. (n. 16), 294.

¹⁶⁹ KASER, cit. (n. 16), 293.

¹⁷⁰ Ulp. 1 inst. D. 1, 1, 1, 2.

¹⁷¹ ROBLEDA, cit. (n. 39), pp. 149 ss.

¹⁷² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "Conceptos y dicotomías del ius", en *Revista Jurídica* 3, 2000, p. 9, 42; en general BLANCH NOUGUÉS y PALOMO PINEL, "Ius publicum y ius priuatum en la experiencia histórica del derecho un ejemplo insólito en las distinciones de Bártolo expuestas a través de esquemas", en *RGDR* 18, 2012.

¹⁷³ Véase también Paul. 60 ad ed. D. 23, 3, 2 «*Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*; D. 24, 3, 1 Pomp. 15 ad Sab.: «*Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium*»; STAGL, cit. (n. 43), pp. 295 ss.

*iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*¹⁷⁴. Solo una ley pública puede transformar el derecho público¹⁷⁵, solo una ley podía transformar el régimen de la manumisión creado por la *lex Aelia Sentia* y la *lex Fufia Caninia*, solo una *lex* pública puede reclamar ser «*communis rei publicae sponsio*» en las palabras de Papiniano¹⁷⁶. La politización del derecho privado bajo Augusto tiene como efecto un auge de la *lex publica* puesto que ella es el único *actus contrarius* lógicamente —y políticamente— factible. La «deslegificación» bajo Justiniano oculta una «legificación» del derecho privado bajo Augusto y la reacción de nuestra disciplina frente a este fenómeno debería ser abandonar este mundo de fantasía que considera el «derecho privado» como algo privado y aceptar «que la *res publica populi Romani* tiene», según Antonio Fernández de Buján, «como una de sus manifestaciones político-jurídicas la *lex publica*, la idea de un orden jurídico basado en la *lex*»¹⁷⁷, debemos en otras palabras proceder a una «relegificación» de nuestros estudios.

¿Cómo se relaciona la «relegificación» con el derecho natural? ¿No es este la verdadera fuente del *favor libertatis*? Lo es, pero lo es como doctrina política y no como enunciado jurídico que pudiera invalidar —aunque parcialmente— una *lex publica*¹⁷⁸. ¿Tenía razón entonces Pascal con su conclusión lúgubre, de que «al no poder lograr que lo justo fuese fuerte, se ha hecho que lo que es fuerte fuese justo»? Sí, la tiene —en Roma al menos— pues no existía un enunciado jurídico clásico-pagano capaz de invalidar una *lex publica*¹⁷⁹, pero nada impide al justo hacerse fuerte; si muchos cumplen con el «*opus legis scriptum in cordibus*»¹⁸⁰, sus acciones se convertirán en una «*communis rei publicae sponsio*», dando de esta forma «al César lo que es del César, y a Dios, lo que es de Dios»¹⁸¹.

¹⁷⁴ D'ORS, *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, 1952, p. 9; MANTOVANI, «Leges, mores, potentia. La storia della legislazione romana secondo Tacito (Annales III 25-28)», en CITRONI (ed.), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di Emanuele Narducci*, 2012, pp. 353-404.

¹⁷⁵ Paul. 5 ad leg. Iul. et Pap. D. 1, 3, 28 «*Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur*».

¹⁷⁶ Pap. def. 1 D. 1, 3, 1; véase también GIARO (n. 76), 263.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 22ª ed, 2019, p. 58.

¹⁷⁸ Respecto al derecho romano KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 1994, pp. 101 ss. está luchando contra un enemigo que no existe.

¹⁷⁹ D'ORS, cit. (174), pp. 17 ss.: «*ius naturale catholicum*».

¹⁸⁰ NT Rom. 2, 15.

¹⁸¹ NT Mt. 22, 21. Véase sobre la abolición de la esclavitud STAGL, «El estado de derecho contra el estado de codicia: Edmund Burke contra la compañía británica de las Indias orientales», en *Prudentia Iuris* 79, 2015, pp. 125-158.

6. CONCLUSIONES

Marcell. D. 28, 4, 3 pr. y 1 forman una unidad textual. Toda interpretación de este texto debe entonces dar una explicación al mismo considerándolo como una decisión en favor de la libertad.

Entendido de esta forma, Marcell. D. 28, 4, 3 revela que el *favor libertatis* produce decisiones ilógicas.

Las raíces de esta pauta de la jurisprudencia romana se encuentran por un lado en el humanismo de los juristas, y por el otro, en el miedo hacia los esclavos.

La fuerza del *favor dotis*, que supera cualquier regla del derecho romano, se explica gracias al hecho de que tiene su *sedes materiae* en la *lex Iunia Petronia de servis*.