

**UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DOCTORADO CIENCIAS JURÍDICAS**

**TEMA: “*LA HUMANIDAD DEL DERECHO EN ROMA HASTA EL
SIGLO III*”**



**USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR**

**DOCTORANDO: JOSÉ CARLOS COSTA
DIRECTOR DE TESIS: DR. JUAN CARLOS GHIRARDI**

LA HUMANIDAD DEL DERECHO EN ROMA HASTA EL SIGLO III

Introducción

Metodología seguida

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

La situación de la península itálica antes del siglo VIII a. c.

Algunas consideraciones necesarias sobre la fundación de Roma

Las distintas posturas

Orden constitucional romano y fuentes de producción del derecho

Conclusiones del capítulo

CAPITULO II

Indicios del humanismo en la Roma arcaica

La situación de la mujer, los hijos y el deudor

Conclusiones del capítulo

CAPITULO III

El inicio del derecho escrito en Roma

Las Ley de las XII Tablas

Propuesta de un nuevo análisis del texto

Conclusiones del capítulo

SEGUNDA PARTE

CAPITULO IV

El pensamiento filosófico romano

Las ideas griegas en el mundo romano primitivo

Conclusiones del capítulo

CAPITULO V

La crisis de las ciudades-estado

El estoicismo

El estoicismo en el mundo romano a mediados del período republicano

Conclusiones del capítulo

CAPITULO VI

Inicios del pensamiento cristiano

Cristianismo y derecho romano

Conclusiones del capítulo

CAPITULO VII

El estoicismo en Roma

Marco Tulio Cicerón

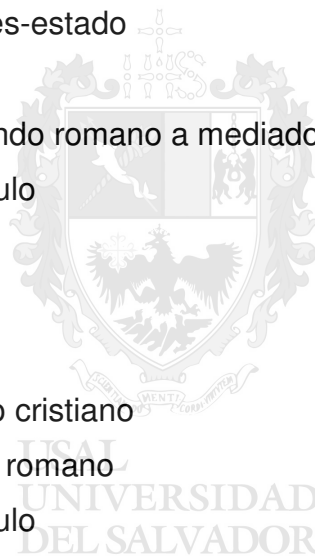
Lucio Anneo Séneca

Décimo Iunio Juvenales

Conclusiones del capítulo

CAPITULO VIII

La culminación del pensamiento estoico



Marco Aurelio Antonino
Conclusiones del capítulo

CAPÍTULO IX

Análisis de otras fuentes
Pablo Virgilio Marón
Flavio Josefo
Plotino
Conclusiones del capítulo

TERCERA PARTE

CAPÍTULO X

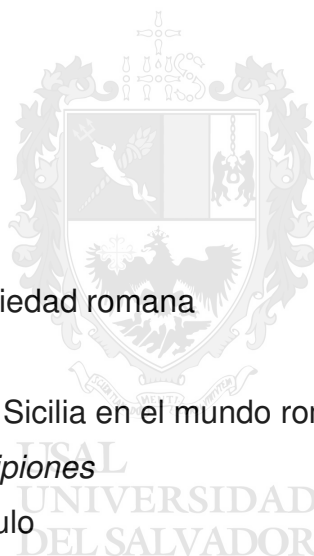
Fuentes literarias y sociedad romana
Las guerras púnicas
Importancia cultural de Sicilia en el mundo romano
El cenáculo de *los Escipiones*
Conclusiones del capítulo

CAPITULO XI

Las letras en Roma.
El nuevo estilo humanista romano
Conclusiones del capítulo

CAPITULO XII

Titus Maccius Plauto
Otros autores coetáneos a Plauto
Conclusión del capítulo



CUARTA PARTE

CAPITULO XIII

El pensamiento de los grandes juristas clásicos

Domicio Ulpiano

Reglas

Conclusiones del capítulo

CAPITULO XIV

Iulius Paulus

Sentencias

Conclusiones del capítulo

CAPITULO XV

Herenius Modestino

Respuestas

Conclusiones del capítulo



CAPITULO XVI

Derecho romano humanista

Conclusiones del capítulo

CONCLUSIÓN DE LA TESIS

APENDICE

Fuentes

Bibliografía

Diccionarios

Artículos, ponencias y conclusiones de seminarios e investigaciones

Abreviaturas y referencias bibliográficas



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Introducción

Metodología seguida

Roma es una cultura aún viviente. La pequeña y tosca aldea erigida en el lacio por *un grupo de pastores-soldados* supo evolucionar y recrearse a lo largo de los siglos operando un cambio trascendental en usos, costumbres y derecho, transformando el modo de vida sin perder su identidad pese las conquistas territoriales alcanzadas.

Los juristas romanos detectan las falencias provenientes de la dureza del derecho antiguo y arbitran los medios necesarios para superarlas adecuándolo a las necesidades de los nuevos cambios sociales, puesto que al erigirse en imperio transforma *el derecho de la civitas en el de todos*. La dureza del derecho antiguo, que refleja el pensamiento de la comunidad primitiva cobija *un sesgo humanista*, que más luego es elaborado y desarrollado por la actividad jurídica.

El fin que tiene en mira la investigación es demostrar que, el derecho romano evoluciona despojándose de la tosquedad de sus orígenes, pero manteniendo la consideración del *rasgo humano* indicado en sus manifestaciones jurídicas primitivas.

El período en análisis se extiende desde los inicios de Roma hasta el siglo III de nuestra era abarcando fundamentalmente el derecho antiguo no escrito, la ley de las XII tablas, la actividad pretoria y los juristas clásicos, cuyos principales exponentes toman decisiones de significativa importancia recopiladas luego en la obra justiniana, que tiene gran injerencia en el derecho un siglo después.

Las razones de esta evolución es motivo de la investigación debido a que se hace menester determinarlas a la luz de las fuentes culturales romanas que deben ser convenientemente analizadas en búsqueda de los fundamentos de éste cambio, *que busca focalizar la atención en la protección del hombre en modo independiente a su condición física, social y jurídica*.

A efectos de abocarme a las premisas expuestas orientaré la investigación en dos caminos, por un lado, respecto al aspecto filosófico, literario, religioso y político, que han tenido ingerencia en dicha transformación; por el otro, analizando las decisiones jurídicas que demuestran la recepción del cambio cultural orientado hacia *la consideración y defensa del hombre integrándolo al sistema legal*.

Dentro del objetivo he de referirme necesariamente a determinados tópicos del derecho público romano y a su orden constitucional, esto es, aspectos de la fundación de Roma, períodos políticos, las fuentes de producción del derecho en relación a éstos últimos, etc.

Debo dejar en claro que, a los efectos de la investigación me he atendido primordialmente a la consulta de las fuentes en aquellos temas que así lo ha requerido, llevando a cabo su necesaria relectura y análisis; y en cuanto a la doctrina he tenido en cuenta especialmente la que se encuentra al alcance en nuestro medio.

El tema propuesto en investigación no ha sido tratado y su finalidad es demostrar que Roma comienza desde inicios el camino de la contemplación del ser humano como eje del derecho. No obstante debo efectuar al respecto la siguiente aclaración. Cuando refiero a la *“humanidad del derecho”* lo efectúo en el sentido de *“humanismo del derecho”*, entendiendo que el derecho refiere exclusivamente al hombre. Incluso la referencia en diversos pasajes de *“humanidad”* y *“humanismo”* siempre han sido efectuados en el sentido indicado.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

Situación de la península itálica antes del siglo VIII a. c.

Los estudios arqueológicos y paleontológicos efectuados en la región del lacio primitivo demuestran desde muy antiguo la existencia de grupos humanoides con una vida social intensa habitando en refugios y grutas desde el paleolítico inferior. Más tarde, estas agrupaciones mejor organizadas en cuanto a gobierno y defensa se instalan en otros lugares geográficos de la península produciendo asentamientos estables. Para ello es necesario que, el grupo social primitivo reconozca el liderazgo de un jefe de familias (*paterfamiliae*) que lo sujeta a voluntad. En este sentido debemos tener en cuenta *el carácter constitucional de la familia en Roma y su implicancia y conexión en el aspecto público y privado*¹.

La familia en cuanto *institución política* es anterior a la configuración de la *ciudad-estado (civitas)*, donde cada grupo se encuentra bajo *la potestad de un jefe (paterfamiliae)* y el conjunto de las familias que reconocen un antepasado común que de mantenerse vivo las tendría sujeta bajo su *potestas* recibe el nombre de *gens*, originando *el vínculo gentilicio*². Sobre esta estructura social primitiva del Lacio emerge luego la *ciudad-estado (civitas)* como organización política.

¹ Catalano P., La familia "fuente de la historia" según el pensamiento de Giorgio La Pira, Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N^o 18, Caracas, 2005.

² Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma. Visión crítica de la leyenda. Una versión posible, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2013, p. 77 y ss.

Las familias que integran una *gens* no solo reconocen un antepasado común, sino que también comparten *signos culturales propios*, idioma, dioses, ritos, costumbres, vestimenta, usos alimenticios, etc. Este sustrato cultural primitivo recibe la denominación de *mos italicum*³.

Los primeros grupos organizados tienen origen indoeuropeo y se dedican a la actividad pastoril conociendo luego el valor de los metales, especialmente hierro y bronce, que les permite progresar⁴. En el año 1000 a. c., las principales *culturas prerrománicas* que se extienden a lo largo de la península itálica son las siguientes, *nurágica* (Cerdeña), *villanovense* (Bolonía), *sítula y ligur* (o veneta), *etrusca* (centro de Italia y mediterráneo occidental) y *siciliana* (sur de la península)⁵.

Mediante lo expuesto quiero precisar que, *Roma es el producto de una serie de subculturas situadas en la península itálica que converge en lo que se da en llamar civilización romana*⁶. A lo cual debo añadir también, que en las adyacencias de la región de la fundación de Roma se encuentra junto a los latinos las siguientes etnias, ecuos, etruscos, griegos, marsos, oscos, sabinos, samnitas, umbros, vestinos, volscos, entre otras⁷.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

³ Macchi L., Diccionario de la lengua latina, Editorial Don Bosco, Buenos Aires, 1966, p. 354; Vázquez H., Diccionario de derecho romano, Zavalía, Buenos Aires, 1998, p. 187.

⁴ Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 18 y ss.

⁵ Montanelli I., Historia de Roma, Plaza & Planes, Barcelona, 2001, p. 16 y ss.

⁶ Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 19 y ss.

⁷ Bloch R. Los etruscos, Eudeba, Buenos Aires, 1993, p. 16 y ss.; Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbruckem, 2003, p. 8 y ss.; Grimal P., La vida en la Roma antigua, Paidós, Barcelona, 1993, p. 15 y ss.; Hus A., Los etruscos, FCE, México, 1996, p. 74 y ss.; Montanelli I., Historia de Roma, Plaza & Janés, Barcelona, 2001, p. 21 y ss.

Algunas consideraciones necesarias sobre la fundación de Roma

Teniendo en mira el objeto de la investigación se hace necesario precisar ciertas consideraciones sobre la fundación de Roma en cuanto guarda relación con la creación de su derecho y la contemplación de un incipiente humanismo.

En este aspecto he de considerar que, no existen fundamentos válidos que permitan determinar con precisión el origen y fundación de Roma, y si bien asemeja una contradicción teniendo en cuenta las variadas fuentes de cultura romana que han arribado a nuestros días, no lo es, puesto que habiendo sido la ciudad destruida y saqueada en su momento por los galos (390 a. c.) se han perdido los elementos que pudieran brindar certeza a la cuestión⁸. No obstante, el tema se encuentra abierto, sujeto a las investigaciones arqueológicas que se llevan a cabo constantemente⁹, lo cual permite afirmar que la cuestión se mantiene expectante ante nuevos descubrimientos, conjeturas y comprobaciones¹⁰. Entonces, si bien no es posible precisar con exactitud el nacimiento de Roma, en cambio se puede conjeturar con cierta precisión sobre el tema según las distintas versiones, así se trate de la leyenda o la que se sustente en fundamentos históricos y científicos¹¹.

⁸ Rostovtzeff M., Roma, Eudeba, Buenos Aires, 1984, p. 27 y ss.; Seignobos Ch., Historia Universal, Editorial Amauta, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 68 y ss.

⁹ En este sentido, arqueólogos de la Universidad de Basilicata han descubierto en las ruinas de Pompeya restos de una cultura prerromana de origen samnita, Diario Clarín, Buenos Aires, 1º de agosto de 2004.

¹⁰ Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbrucken, 2013, p. 5 y ss.

¹¹ Costa J. C., La Ley de las XII Tablas. La primera ley escrita. De la Monarquía a la República, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2002, p. 15 y ss.

Las distintas posturas

La tradición cuenta que, Roma debe su nombre a Rómulo y la fecha de su fundación es el 21 de abril de 753 a. c., y aunque no se puede precisar la veracidad de esta data¹², actualmente la ciudad de Roma la acepta y festeja como tal¹³.

El relato proporcionado por la leyenda es conocido tras las guerras púnicas, una vez que el triunfo sobre Cartago erige a Roma en única potencia mediterránea. La importancia geopolítica de esta victoria le exige necesariamente un origen glorioso y la leyenda cumple con creces el objetivo. Debo señalar al respecto que, pese a las características míticas expuestas en la tradición oral se ha comprobado la existencia histórica de algunos de los personajes y ciudades mencionados por ésta, como también el asentamiento de la ciudad primitiva aproximadamente en el siglo VIII a. c., coetáneamente al tiempo que lo hacen los primitivos colonos helenos en la Italia meridional, Magna Grecia y Sicilia¹⁴.

Desde el punto de vista histórico-científico diversas posturas intentan explicar la fundación de Roma teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones: *a)* que es fundada por los etruscos que erigen otras *ciudades-estados* similares en las regiones de Bolonia, Capua, Milán, Nola, Toscana, etc.; *b)* que tiene origen latino, siendo entonces la influencia etrusca posterior a la fundación de Roma; *c)* que el nacimiento no es distinto al de otras ciudades del mediterráneo, que surgen como una

¹² Tanto, Ghirardi J. C., en *El nacimiento de Roma*, EAE, Saarbrucken, 2013, p. 5 y ss., y Grimal P., en *La civilización romana*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 11 y ss., coinciden en afirmar, que ciertos autores estiman la fecha de la fundación en el año 754 a. c., debido al modo romano en contar los años por desconocer el número cero, introducido luego por la numeración arábiga, lo que implica de acuerdo a este criterio, que el nacimiento de Cristo se produce en el año I de nuestra era.

¹³ Montanelli I., *Historia de Roma*, Plaza & Planes, Barcelona, 2001, p. 14 y ss.

¹⁴ Grimal P., *La civilización romana*, Paidós, Buenos Aires, 2008 p. 16 y ss.

evolución sistemática de los asentamientos preexistentes en la región agrupados en *gens*; d) que su aparición se debe a una necesidad de autodefensa ante una agresión proveniente de otras etnias del norte de Europa que se desplazan hacia el sur, que no es sino una vivencia similar a la de otras *gens* que habitan la región del Lacio, etc.¹⁵

Ghirardi ha efectuado un estudio respecto al tema, que tengo en cuenta por sus valiosos fundamentos¹⁶. Sostiene que, la leyenda como verdad histórica presenta distintas versiones que en lo substancial se asemejan y que en definitiva todas tienen algo de razón, señalando entre otras consideraciones las siguientes: 1) la zona donde se erige la urbe primitiva se encuentra poblada desde tiempo anterior, pero sin poderse precisar desde cuándo, lo cual es coherente con la ubicación del lugar escogido cercano a un vado de agua en el río Tiber destinado a facilitar el paso de las caravanas que transportan en especial sal, corriendo por dicho camino siglos después la denominada *vía salaria*¹⁷; 2) esta zona se

¹⁵ Arangio-Ruiz V., Historia del derecho romano, Reus, Madrid, 1943, p 18 y ss.; Arguello L. R., Manual de derecho romano, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 35 y ss.; Bonfante P., Historia del derecho romano, Revista Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 39 y ss., Burdese A, Manual de Derecho Público Romano, Bosch, Barcelona, 1972, p. 5 y ss.; De Francisci P., Síntesis histórica del derecho romano, Revista Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 19 y ss.; Grant M., Storia di Roma Antica, Newton Compton Editori, Roma, 1990, p. 15 y ss.; Labruna L., Adminicula, Jovene Editrice, Napoli, 1995, p. 3 y ss.; Louzán de Solimano N. D., Curso de historia e instituciones de derecho romano, Lumiere, Buenos Aires, 2003, p. 40 y ss.; Mommsen T., Historia de Roma, Joaquín Gil Editor, Buenos Aires, 1953, T. 1, p. 81 y ss.; Peña Guzman L. O - Arguello L. R., Derecho Romano, TEA, Buenos Aires, 1962, T. 1, p. 81 y ss.; Piganiol A., Historia de Roma, Eudeba, Buenos Aires, 1981, p. 65 y ss.; Rabinovich-Berkman R., Derecho Romano, Astrea, 2001, p. 20 y ss.; Rinaldi N. D., Lecciones de derecho romano, Edictum, Buenos Aires, 2001, p. 9 y ss.; Rostovtzeff M., Roma. De los orígenes hasta la última crisis, Eudeba, Buenos Aires, 1993, p. 13 y ss.; Talamanca M. - Labruna L., - y otros autores, Lineamenti di storia del diritto romano, Giuffré Editore, Milano, 1989, p. 5 y ss.; Von Mayr R., Historia del derecho romano, Labor, Barcelona, 1930, p. 23 y ss.

¹⁶ Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma. EAE, Saarbrucken, 2013, p.131 y ss.

¹⁷ En igual sentido, Grimal P., La vida en la Roma antigua, Paidós, Barcelona, 1993, p. 18.

encuentra habitada por pueblos itálicos, sobre todo latinos y sabinos, y también por otros de similar cultura, v. gr., ecuos, oscos, volscos, úmbrios, etc., que tienen un catalizador común que los une en lo que más tarde deviene en *la urbs* ante el avance de los etruscos hacia el sur; 3) la alianza entre éstos pueblos itálicos con el fin de detener el avance del poderío etrusco es concertada por algún personaje histórico relevante, posiblemente Rómulo, aunque también podría ser otra persona, sin perjuicio que la identidad del personaje legendario conduce a aquel; 4) lo expuesto no excluye a Remo, que según la tradición es hermano gemelo de Rómulo, aunque tal vez no lo fuera, porque bien puede haber sido el jefe del asentamiento latino en el Aventino como Rómulo lo es del Palatino; 5) de ser cierto esto último, no habría de entenderse la voz *gemelos* en modo literal sino figurativo, derivada de dos hombres jóvenes y guerreros, lo cual los hace semejantes y provenientes de la misma etnia compitiendo por el liderazgo, finalizando con la muerte de Remo y el sometimiento del Aventino al Palatino; 6) Roma es fundada a la vera del río Tiber en las inmediaciones del vado que se utiliza para cruzarlo recibiendo el nombre de *Rumón* (*Ciudad del Río*), por lo que posiblemente no toma su nombre de Rómulo, lo cual implica que si la urbe nace junto al río y luego se expande, no se funda en el Palatino desarrollándose por sus laderas, sino a la inversa, ascendiendo hasta ocupar el monte entero conquistando los asentamientos establecidos, lo cual pone en duda las versiones acerca de si haya existido la *Roma Quadrata*; 7) esta *liga latino-sabina* en un principio ocupa el *Septimontium*, que no significa siete colinas en sentido literal, sino siete montes o elevaciones o picos sobre la llanura; 8) el *Palatino* juega un rol protagónico en cuanto asentamiento latino enfrentado al *Quirinal* con su población sabina, pese que luego ambas etnias luchan unidas y repelen a los etruscos, ocasionando que un número considerable de éstos no retornen a su país de origen. De allí que, latinos, sabinos y etruscos concluyen conformando la primitiva *urbs*; 9) trascurrido un par de siglos, los etruscos vuelven a invadir con éxito las márgenes del Tiber y bajo su dominación Roma se conforma definitivamente en *civitas*, lo cual tampoco implica que su

origen fuera etrusco ya que preexiste con anterioridad, aunque de modo políticamente inconexo; 10) por fin, Roma no surge de la nada, sino que se desarrolla embrionariamente hasta llegar a ser dueña del mundo¹⁸.

Tras analizar la cuestión, coincido en lo substancial con Ghirardi, añadiendo la posibilidad de la fundación de Roma como necesidad de autodefensa regional por parte del grupo de *gens* mayoritariamente latino-sabino que habita el Lacio y que vivencia una emergencia de gravedad ante la irrupción en la región del enemigo común etrusco¹⁹. Para subsistir deciden ceder su *soberanía política* a favor de la creación de una ciudad-estado (*civitas*) mediante una alianza política sometándose a las decisiones de los órganos de gobierno de ésta última²⁰. Fundamento lo expuesto en las siguientes consideraciones: *a)* la similitud de la estructura política entre la primitiva *ciudad-estado* (rey-senado-comicios) y la *gens* (jefe de familias-consejo de notables-resto de hombres libres); *b)* la protección jurídica a favor del *jefe de familias* (*paterfamiliae*), tal cual un verdadero rey (*rex*) castigando el atentado contra su vida con la muerte del agresor (*parricidium*); *c)* la antigua atribución de los *comicios curiados* permitiendo el ingreso de una nueva *gens* en el seno de la comunidad (*cooptatio*) siempre que el momento político lo amerite; *d)* el sustrato cultural común de *las gens* fundadoras de Roma, el *mos italicum*²¹; *e)* la importancia estratégica del lugar elegido para erigir la ciudad primitiva que les permite comerciar intensamente con otros pueblos establecidos en el norte y el sur de Italia, etc.²²

¹⁸ Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbrucken, 2013, p. 131 y ss.

¹⁹ Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 15 y ss.

²⁰ Conclusiones del Seminario de Doctorado “El derecho del padre de familias”, organizado por el Centro Franco-Argentino de Altos Estudios Universidad Buenos Aires, dictado por Thomas Y., Buenos Aires, 1998, (inédito); Thomas Y., El artificio de las instituciones. Estudio de derecho romano, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 118 y ss.

²¹ Costa J. C., Manual de derecho romano público y privado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 18 y ss.

²² Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p.12 y ss.

Todas las conjeturas expuestas presentan fundamentos científicos válidos sin que una logre imponerse sobre otra. *No obstante, pese tratarse de probabilidades, resulta necesario tenerlas en cuenta en virtud de la importancia que presenta la primitiva configuración de la ciudad-estado (civitas) en el inicio de la evolución del humanismo del derecho en Roma, dado que, las gens fundadoras son portadoras del mos italicum, el sustrato cultural común a todas ellas.*

Orden constitucional romano y fuentes de producción del derecho

Acontecida la fundación de Roma, *la civitas* se desarrolla a través de los siglos evolucionando en las siguientes etapas políticas, monarquía, república e imperio. Teniéndolo en cuenta, la investigación debe orientarse en búsqueda del humanismo en las distintas fuentes relacionadas a los períodos históricos indicados.

Pues bien, la doctrina romanista argentina tradicional ha centrado sus esfuerzos preponderantemente en el ámbito del derecho romano privado²³, empero, desde hace cierto tiempo se ha comenzado a investigar y desarrollar la importancia y gravitación que el derecho romano tiene también en el origen y recepción de las instituciones de carácter público, siendo el caso del derecho constitucional romano, haciendo la necesaria salvedad, que no nos referimos en el sentido moderno del tema,

²³ Arguello L. R., Manual de Derecho Romano, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 139 y ss.; Caramés Ferro J. M., Curso de Derecho Romano, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 13 y ss.; Di Pietro A., Derecho privado romano, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 79 y ss.; Elguera E. R. - Russomanno M. C., Curso de derecho reales en el derecho romano, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 9 y ss.; Louzán de Solimano N. D., Curso de historia e instituciones de Derecho Romano, Lumiere, Buenos Aires, 2003, p. 179 y ss.; Peña Guzmán L. O. – Arguello L. R., Derecho Romano, TEA, Buenos Aires, 1962, T. I, p. 349 y ss.; entre otros.

sino a *un orden constitucional propio romano, que mucho más luego deriva en el constitucionalismo moderno*²⁴.

El orden constitucional romano durante la monarquía y la república se caracteriza primordialmente por configurar *una conjunción de poderes*, distinto al actual, que consiste en *una separación de poderes*. Dicho sistema político se encuentra integrado por magistraturas, senado y comicios, radicando el equilibrio *en la coexistencia de poderes*, con la particularidad, que producida la anomalía política emerge la solución proporcionada por el propio orden constitucional, la dictadura²⁵.

El objeto de la historia constitucional persigue dilucidar las estructuras institucionales del derecho público y los factores sociales, económicos, políticos y personales, que influyen e inciden en la producción de las formas jurídicas, como también una particular y continúa atención a los problemas contemplados por el derecho, entendiéndolo como una realidad objetiva, que se encuentra en la raíz de las necesidades del mundo subjetivo, y que resulta de su expansión hacia el mundo del deber ser mediante valores que el derecho vehiculiza en la realidad histórica, principalmente en los de justicia y equidad²⁶.

El constitucionalismo romano en su aspecto formal se manifiesta en los distintos modos de gobierno que se suceden en Roma coincidentes generalmente con los períodos históricos de la monarquía, república e imperio²⁷. Esta división histórica-política clásica es sustentada por la doctrina romanística argentina mayoritaria, aunque con cierta variedad

²⁴ Costa J. C., *Imperium* y concepción del poder, XXI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, La Plata, 2013.

²⁵ Martínez Carrión Á., Introducción al Manual de derecho público romano de Burdese A., Bosch, Barcelona, 1972, p. VII y ss.; Rostovtzeff M., Roma, Eudeba, Buenos Aires, 1984, págs. 6, 8, 23 y 60 y ss.

²⁶ Labruna L., Entre Europa y América Latina: Principios jurídicos, tradición romanística y humanitas del derecho, Buenos Aires, La Ley, 2004-C-1239.

²⁷ Costa J. C., El Alto Imperio o Principado, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2001, p. 5 y ss.

de matices²⁸. En este sentido debo citar a Raymundo Wilmart²⁹, E. J. Weigel Muñoz³⁰, Horacio H. Dobranich³¹, Humberto Vázquez³², José M. Caramés Ferro³³, Luís O. Peña Guzmán y Luís R. Arguello³⁴, Nelly D. Louzán de Solimano³⁵, Alfredo Lapieza Elli³⁶, Mario C. Russomanno³⁷, Nina Ponssa de la Vega de Miguens³⁸; Alfredo Di Pietro³⁹, Juan C. Ghirardi⁴⁰, Juan J. Alba Crespo⁴¹, Haroldo R. Gavernet y Mario A. Mojer⁴², Irma A. García Netto y Carla V. Amans⁴³, Bernardo Nespral⁴⁴, Andrés E. Guillén⁴⁵, Horacio A.

²⁸ Costa J. C., Manual de derecho romano público y privado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 26 y ss.

²⁹ Wilmart R., Estudios de derecho romano, Abeledo, Buenos Aires, 1905, p. 50 y ss.

³⁰ Weigel Muñoz E. J., Notas históricas del Curso de Derecho Romano, Abeledo, Buenos Aires, 1912, p. 100 y ss.

³¹ Dobranich H. H., Derecho Romano, Abeledo, Buenos Aires, 1920, p. 11 y ss.

³² Vázquez H., Derecho romano de ayer y siempre, Editorial Jano, Córdoba, 1986, p. 9 y ss.

³³ Caramés Ferro J. M. - Louzán de Solimano N. D., Derecho romano e historia en Roma, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 30 y ss.

³⁴ Peña Guzmán L. R. - Arguello L. R., Derecho Romano, TEA, Buenos Aires, 1962, T. I, p. 81 y ss.; Arguello L. R., Manual de derecho romano, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 38 y ss.

³⁵ Louzán de Solimano N. D., Curso de historia e instituciones del derecho romano, Lumiere, Buenos Aires, 2003, p. 39 y ss.

³⁶ Di Pietro A. - Lapieza Elli A. E., Manual de derecho romano, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 15 y ss.

³⁷ Russomanno M. C., Breve historia del derecho romano, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1988, p. 34 y ss.

³⁸ Ponssa de la Vega de Miguens N., Manual de historia del derecho romano, con la colaboración de Zamora F. M., Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1979, p. 31 y ss.

³⁹ Di Pietro A., Derecho privado romano, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 3 y ss.

⁴⁰ Ghirardi J. C., Derecho Romano, Editorial Eudecor, Córdoba, 1993, T. I, p. 37 y ss.

⁴¹ Alba Crespo J. J., Derecho romano, Editorial Eudecor, T. II, Córdoba, 1993.

⁴² Gavernet H. R. - Mojer M. A., El romano. La tierra. Las armas, Editorial Lex, La Plata, 1992, p. 27 y ss.

⁴³ García Netto I. A. - Amans C. V., Derecho romano, Editorial Docencia, Buenos Aires, 2001, p. 25 y ss.

⁴⁴ Nespral B., El derecho romano en el siglo XXI, EJC, Mendoza, 2002 p. 85 y ss.

⁴⁵ Guillén A. E., Sinopsis de historia de Roma, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 17 y ss.

García⁴⁶, Fernando M. Zamora⁴⁷, Ricardo D. Rabinovich-Berkman⁴⁸, Norberto D. Rinaldi⁴⁹, Miguel Á. Gallegos García⁵⁰ y Juan C. Martín⁵¹.

En consonancia a lo expuesto y dentro de los parámetros generales del criterio sustentado considero la división del orden constitucional romano del siguiente modo: Monarquía (753 a. c. - 451 a. c.); República (451 a. c. - 27 a. c.), Imperio (27 a. c. - 1453 d. c.); y a su vez, éste último periodo, subdividido en Alto Imperio (27 a. c. - 284 d. c.), Bajo Imperio o Dominado (284 - 527), Período Justiniano (527 - 565) y Período Posjustiniano (567 - 1453)⁵².

Sin perjuicio de lo expuesto he de dejar en claro que, en lo concerniente a la investigación me circunscribiré a los períodos monárquico, republicano, alto imperio y principios del bajo imperio.

Respecto al período monárquico la sanción de la ley de las XII tablas es el hito histórico relevante que indica el fin de dicho período y el inicio del republicano, que por tratarse de *la primera ley escrita* origina el desarrollo del derecho romano posteriormente recopilado por Justiniano, sin perjuicio de añadir que, también la ley decenviral tiene *un sesgo conectivo, puesto que recopila las mores maiorum evolucionando hacía el nuevo sistema escrito*.

Los períodos históricos de Roma deben relacionarse con *la capacidad de producir derecho, o sea, las fuentes predominantes*, siendo el objetivo principal el desarrollo del derecho desde la sanción de la

⁴⁶ Costa J. C. - García H. A., Guía temática, Editorial USAL, Buenos Aires, 2004, p. 4 y ss.

⁴⁷ Ponssa de la Vega de Miguens N., Manual de historia del derecho romano, con la colaboración de Zamora F. M., Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1979, p. 31 y ss.

⁴⁸ Rabinovich-Berkman R. D., Derecho Romano, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 20 y ss.

⁴⁹ Rinaldi N. D., Lecciones de derecho romano, Edictum, 2001, p. 85 y ss.

⁵⁰ Gallegos García M., Estudios de derecho romano, Universidad Nacional Comahue, Río Negro, 2002, V. I, p. 7 y ss.

⁵¹ Martín J. C., Lecciones de derecho privado romano, Edulp, La Plata, 2011, p. 31 y ss.

⁵² Costa J. C., Manual de Derecho romano público y privado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 27 y ss.

ley de las XII tablas hasta la obra de Justiniano, el *Corpus Iuris Civile*, punto neurálgico del derecho del mundo occidental⁵³. Todo el derecho producido por Roma a partir de su primera ley escrita es recopilado en la magnífica obra justiniana permitiendo la supervivencia del derecho romano y su transformación en derecho moderno⁵⁴.

La doctrina romanista ha emitido diversas opiniones al respecto, fundando la elección de alguno de los criterios existentes o aportando uno nuevo, que excede la consideración del objetivo de la investigación, aunque debo destacar que todos han contribuido independientemente de los fundamentos sustentados en beneficio del derecho romano⁵⁵, persiguiendo fijar su grandeza, importancia y actualidad⁵⁶.

⁵³ Baynes, N. H., *El Imperio Bizantino*, FCE, México, 2003, p. 120 y ss.; Burdese A., *Manual de derecho público romano*, Barcelona, 1972, p. V y ss.; Fernández de Bujan A., *Derecho público romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, Dykinson, Madrid, p. 236 y ss.; Labruna L., *Entre Europa y América: Principios jurídicos, tradición romanística y humanitas del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004-C-1239; Nespral B., *El derecho romano en el siglo XXI*, EJC, Mendoza, 2002, p. 39 y ss.; Rodríguez Ennes L., *Gallaecia: Romanización y ordenación del territorio*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 11 y ss.; Stein P. G., *El derecho romano en la historia de Europa, Siglo XXI*, Madrid, 2000, p. 181 y ss.

⁵⁴ Costa J. C., *Manual de derecho romano público y privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 28 y ss.

⁵⁵ Costa J. C., *La enseñanza del derecho romano mediante la resolución de casos prácticos*, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1997.

⁵⁶ Catalano P., *Sistemas jurídicos latinoamericanos y derecho romano*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Lima, 1982, p. 61 y ss.; Costa J. C., *El derecho romano y la formación del jurista en la perspectiva del nuevo milenio*, XIIº Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Panamá, 2000; D'Ors Pérez Peix Á., *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Universidad Salamanca, España, 1943, p. 20 y ss.; Ghirardi J. C., *Temas doctrinarios. Casos de la Estirpe de los Publio Venator*, La Ley., Buenos Aires, 2005, p. 18 y ss.; Schipani S., ponencia en el Congreso "El derecho de los Nuevos Mundos", Universidad de Génova, 1992, citada en "Curso de Actualización en Derecho Romano a cargo de Schipani S.", Aracne Editrice, Roma, 2003; Thomas Y., *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 102 y ss.

Conclusiones del capítulo

La búsqueda de la humanidad del derecho en Roma implica una necesaria referencia a su creación y desarrollo constitucional.

Los distintos sistemas políticos suscitados a lo largo de su evolución guardan relación con las diversas fuentes de producción del derecho, así, la costumbre en la monarquía, la ley de las XII tablas, el edicto del pretor y la ley rogada en la república, la voluntad del príncipe, la jurisprudencia clásica y los senadoconsultos en el alto imperio y las constituciones en el imperio.

Debe dejarse en claro al respecto que, en la realidad este proceso no se ha dado en modo rígido debido a la movilidad propia del sistema romano caracterizado en *una yuxtaposición de las fuentes de producción del derecho y no en su derogación directa o tácita*.

Roma no surge de la nada, sino que es producto de una serie de subculturas situadas en la península itálica desde el año 1000 a. c., que converge luego en lo que se conoce como *civilización romana*. Estos asentamientos tienen en común una base cultural propia, *el mos italicum*, que facilita la alianza política devenida en la necesidad de su fundación.

Las gens, que participan en el acto fundacional portan dicho sustrato cultural, que les permite decidir la conveniencia de vivir agrupadas en una nueva estructura política, *la civitas*.

No contamos con precisiones históricas respecto de la data de la fundación de Roma coincidiéndose que se produce entre los años 753 o 754 a. c., según el criterio que se adopte al respecto.

Los diversos autores han realizado valiosas investigaciones que permite conjeturar que su nacimiento posiblemente tenga origen en una situación de defensa, en donde *las antiguas gens deciden conformar una nueva civitas resignando su soberanía política a favor de la naciente ciudad-estado*.

La leyenda sigue siendo un elemento a tener en cuenta siempre que se pretenda conocer su origen, pero la cuestión se encuentra abierta, sujeta a nuevos descubrimientos arqueológicos. Por dicha razón es más apropiado hablar de conjeturas y no de certezas.

La doctrina argentina se ha caracterizado en el estudio de la influencia del derecho romano en la órbita del derecho privado y en los últimos tiempos la cuestión se ha centrado también en la investigación y análisis del derecho público.

Los períodos históricos de Roma deben relacionarse con *la capacidad de producir derecho*, siendo el objetivo principal el análisis y desarrollo de las fuentes jurídicas primordiales en cada período a partir de la sanción de la ley de las XII tablas hasta el *Corpus Iuris Civile* de Justiniano, punto neurálgico del derecho del mundo occidental, que ha permitido la supervivencia del derecho romano y su transformación en derecho moderno.

La doctrina romanista ha emitido diversas opiniones al respecto, inclinándose por la elección fundada de alguno de los criterios o aportando uno nuevo, excediendo su consideración el objetivo de la investigación, aunque debo destacar que, todos han contribuido independientemente de los fundamentos sustentados en beneficio del derecho romano, persiguiendo fijar su grandeza, importancia y actualidad.

CAPITULO II

Indicios del humanismo en la Roma arcaica

Resulta de relevancia para la investigación hacer hincapié en aquellos aspectos del derecho romano que hacen a la contemplación jurídica del hombre, pero también resulta importante establecer si estos valores se encuentran en Roma con anterioridad a la fundación de *la civitas* contemplados en las antiguas tradiciones. En cuanto a esto último debo señalar, que en Roma convergen las creencias y ritos de la Italia antigua primitiva y de todo el mundo mediterráneo, permitiendo la afirmación que Roma no surge de la nada, siendo *la gens* el principal sustento⁵⁷.

En este contexto de las ideas se encuentran indicios de un incipiente humanismo en las viejas tradiciones romanas dando cuenta de la protección de la mujer, los hijos y el deudor.

La situación de la mujer, los hijos y el deudor

En cuanto a la situación de la mujer, según cuenta la tradición, es respetada y reverenciada desde antiguo, conduciéndose como dueña y señora del hogar, siendo liberada del cumplimiento de los trabajos

⁵⁷ Ghirardi J. C. El nacimiento de Roma, EAE, Saarbruckem, 2013, p. 133 y ss.; Grimal P., El amor en la Roma antigua, Paidós, Barcelona, 2000, p. 61 y ss.; Grimal P., La vida en la Roma Antigua, Paidós, Barcelona, 1993, p. 19 y ss.

serviles⁵⁸. De acuerdo a *las mores maiorum* goza de un régimen jurídico acorde al cuidado de su dignidad asegurándole mayor independencia en el orden material y moral⁵⁹, permitiendo incluso que redacte testamento al igual que el cónyuge⁶⁰.

De los relatos antiguos se observa en el matrimonio romano, que los esposos reconocen la nobleza moral de sus compañeras concediéndoles mayor confianza y libertad, siendo aceptadas y respetadas cada vez en mayor medida⁶¹. El modo en que la leyenda narra el episodio del rapto de las sabinas y sus consecuencias responde, en algún modo, el porqué de la situación social de la mujer en Roma y el respeto que se le profesa⁶².

La tradición, asimismo, da cuenta de una *ley regia* relativa al matrimonio, atribuida a Rómulo, que establece ciertas condiciones relativas a su disolución⁶³. En este sentido un pasaje de Plutarco dice que, Rómulo promulga una ley severa impidiendo a la mujer abandonar a su marido, aunque permite a éste repudiarla por envenenar a los hijos, falsear las llaves del hogar o cometer adulterio. En cualquier otro supuesto, el

⁵⁸ Defant de Bravo A. - Orce de Llobeta A. M., Mujer, riqueza y poder: Representaciones romanas de los siglos I a. c. y I, en Revista Letras del Mundo Clásico, dirección Assis de Rojo M. E., año VI, n° 7, Argentina, 2009, p. 81 y ss.; Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbruckem, 2013, p. 57 y ss.; Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 73 y p. 116 y ss.

⁵⁹ Valerio Máximo VIII. III.1.2.3.

⁶⁰ Defant de Bravo A. - Orce de Llobeta A. M., Mujer, riqueza y poder: Representaciones romanas de los siglos I a. c. y I, en Revista Letras del Mundo Clásico, dirección Assis de Rojo M. E., año VI, n° 7, Argentina, 2009, p. 81 y ss.; Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbruckem, 2013, p. 51 y ss.

⁶¹ Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbruckem, 2013, p. 57 y ss.; Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 87 y ss.

⁶² Ghirardi J. C., El nacimiento de Roma, EAE, Saarbruckem, 2013, p. 76 y ss.

⁶³ Debemos tener en cuenta que la autenticidad de las denominadas *leyes regias* resulta un tanto dudosa, pero no obstante a los efectos de la investigación importa considerar el contenido que transmite en cuanto a costumbre.

repudio de la mujer es punido severamente ordenándose que, la mitad de los bienes del esposo le corresponda a su mujer y la otra mitad al templo de Ceres⁶⁴. Esta disposición, prevista en la organización de la primitiva familia patriarcal se mantiene más luego, aunque atenuada, pero ineludiblemente produce un fuerte rechazo al divorcio. De este modo, los censores en la república no dudan en expresar su reprobación tachando de la lista de senadores a quienes repudian a sus esposas por motivo banales⁶⁵.

Otro interesante caso al respecto es el aportado también por la tradición cuando relata que, el rey etrusco Tarquino “el antiguo” era hijo de una esclava de la casa real⁶⁶.

Posteriormente, el contacto con el mundo griego trae consigo un cambio en las costumbres romanas, especialmente en el trato familiar⁶⁷, pero en el caso de la mujer, que en Roma goza de libertad desde tiempos arcaicos, lo cual no posee en Grecia, se ve incrementada a la luz de las nuevas costumbres⁶⁸. Esto último lo encontramos en las últimas obras literarias de Plauto y en las primeras *togatas* (*togatae*)⁶⁹, siendo Afranio el autor más representativo de este género literario (siglo II a. c.)⁷⁰. Sobre el tema habré de retornar más extensamente más adelante.

También en materia de esponsales encontramos la protección jurídica de la mujer a través del *consejo de parientes y amigos*,

⁶⁴ Plutarco, Rómulo 22.

⁶⁵ Valerio Máximo II. 9.2.

⁶⁶ Grimal P., La civilización romana, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 28 y ss.

⁶⁷ Plauto, Obras Completas, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 26 y ss.

⁶⁸ Grimal P., El amor en la Roma antigua, Paidós, Barcelona, 2000, p. 150 y ss.; Tenney F., Vida y Literatura en la república romana, Eudeba, Buenos Aires, 1971, p. 31 y ss.

⁶⁹ Su nombre se debe a la vestidura romana más conocida (*toga*), consistiendo en comedias ambientadas y caracterizadas en el mundo romano, pero estructuradas en modo griego.

⁷⁰ Tenney F., Vida y literatura de la república romana, Eudeba, Buenos Aires, 1971, p. 30 y ss.

que es llamado a actuar solicitándosele opinión en defensa de las prácticas de abuso de poder ejercido por *el paterfamiliae*⁷¹.

La concertación de matrimonio de las hijas mujeres comprendidas entre los siete y doce años según los juristas romanos no se trata de un matrimonio legal, sino que se encuentra regido por *el régimen de los sponsales*⁷². La antigua usanza autoriza este tipo de matrimonios devenidos bajo el poder omnímodo del padre de familia, que es atenuado por *el consejo familiar*. Pues bien, aunque este vínculo no es un matrimonio en sentido estricto jurídico, lo es en el modo previsto por *los sponsales*.

Esta costumbre guarda relación con la organización social y familiar vigente en la época del asentamiento de Roma como *civitas* en el período previo a su fundación, mantenida luego en el tiempo. *Las gens* tienen necesidad de vincularse a través de la inclusión de esposas muy jóvenes y ajenas al grupo gentilicio. La costumbre de casar a las mujeres a corta edad es herencia de *las mores maiorum*, considerándose mal vista modificar por cuanto consiste la tradición ancestral⁷³.

Analizando la cuestión puedo determinar que, no se desprotege a la mujer dada *en sponsales*, sino lo contrario, implicando *el inicio de su contemplación jurídica desde tiempos lejanos*.

En igual sentido se busca también tutelar a la mujer en casos de adulterio, dado que según cuenta la tradición concierne al *consejo familiar* la evaluación y punición del hecho evitando que quede la decisión en manos del esposo ofendido.

Debemos tener en cuenta que, *el consejo familiar*, institución familiar arcaica, subsiste en ciertas familias tradicionales aún

⁷¹ Valerio Máximo IV.4.10.

⁷² D.22.2.28 / D.23.1.4 / D.23.1.5 / D.23.1.9 / D.23.2.4 / D.23.1.17 / Aulo Gelio 4.4.1 / Aulo Gelio 4.4.2 / Aulo Gelio 4.4.3 / Cayo Suetonio, Augusto, 34.

⁷³ Dupont F., *La vita quotidiana nella Roma repubblicana*, GLF, Bari, 2006, p. 19 y ss.; Grimal P., *La civilización romana*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 106 y ss.