

RESUMEN

La costumbre, conocida con las expresiones *mos*, *mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*, *consuetudo*, siempre ha sido fuente del Derecho en la Historia del Derecho romano. Sin embargo, también es verdad, que su protagonismo frente al *ius scriptum* ha sido diferente según en el momento histórico en que nos situemos. Durante los primeros siglos de su historia, la costumbre fue la más importante fuente de Derecho en el ámbito del Derecho privado. La sólida estructura de la familia romana, el respeto a unas creencias y tradiciones ancestrales permitieron que, durante mucho tiempo, el poder público se mantuviera al margen de realizar una labor legislativa.

Esta situación variará cuando la crisis ética y de valores sociales, unido al profundo cambio en el sistema político, provoque que el *ius scriptum* adquiera su supremacía sobre la costumbre como fuente del Derecho, llegando a asimilarse a la idea que de ella tenemos actualmente en nuestro Derecho positivo.

Palabras clave: costumbre, derecho consuetudinario, fuente del derecho, *mos*, *mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*, *consuetudo*.

ABSTRACT

Custom, also known as *mos*, *mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*, *consuetudo* has always been a source of law in the history of Roman law. However, it is true that its importance, as opposed to the *ius scriptum* was different according to the historical epoch. During the first centuries of Rome's history, custom was the principal source of private law. The solid structure of the Roman family, the respect given to the beliefs and age-old traditions allowed public power to avoid making legislation for a long time.

The situation would change when the ethical crisis and social values, combined with profound changes in the political system, would cause the *ius scriptum* to acquire its supremacy over custom as a source of law, similar to the idea of it that we now have in our Positive law.

Key words: custom, consuetudinary law, source of law, *mos*, *mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*, *consuetudo*.

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO ROMANO

Custom as a source of Roman Law

MARÍA-EVA FERNÁNDEZ BAQUERO*

SUMARIO

I. Terminología. II. La costumbre como principal fuente del Derecho privado en época arcaica y preclásica. III. La costumbre a partir de la época clásica hasta el período justiniano.

La razón de centrar este estudio en la costumbre como fuente del Derecho es por resaltar que, a diferencia de nuestro actual elenco de fuentes en donde la norma escrita tiene su supremacía frente al derecho consuetudinario, en el Derecho romano -durante los primeros siglos de su historia hasta el período clásico- la costumbre, como derecho no escrito, fue la más importante fuente del Derecho en el ámbito del Derecho privado.

Por ello, en primer lugar veremos la terminología que era usual encontrar en los textos latinos donde, de una manera más o menos directa, se habla de la costumbre como fuente del Derecho. En segundo lugar, nos centraremos en analizar el por qué y el cómo se convirtió la costumbre en la principal fuente del Derecho privado durante las etapas más antiguas del Derecho romano, al mismo tiempo que veremos las causas que propiciaron su crisis frente al protagonismo de la norma escrita. Finalmente, concluiremos este trabajo exponiendo la situación que a partir de la época clásica la costumbre adquiere, de manera definitiva para el tiempo posterior, como fuente del Derecho.

* Profesora titular de Derecho Romano de la Universidad de Granada.

I.- TERMINOLOGÍA.

La palabra fuente viene del latín *fons*, esto es, fuente, manantial, origen, causa, principio y que, llevado al mundo del Derecho, podríamos interpretar como el lugar o fuente de donde nace el mismo. Así, Tito Livio nos comenta en *Ab urb. cond.*, III, 34, 6, cuando se refiere a la Ley de las XII Tablas como la fuente de todo el Derecho público y privado: *fons omnis publici privatique iuris*. Ahora bien, la expresión “fuente del Derecho”, que tan asumida está en nuestro lenguaje y dogmática jurídica, no es tan usual entre los juristas romanos, ya que otras expresiones suelen ser más usuales para indicar la misma idea, tales como *venit*, cuando Papiniano nos dice en D.1,1,7 que el *Ius civile* nace de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales y de los jurisconsultos:

*Ius autem civile est, quod ex legibus , plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit*¹. Mientras que Ulpiano, en D. 1,1,6,1, utiliza el término *constat* pero indicando la idea de parte o esfera del Derecho más que la de “fuente” propiamente dicha: *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto*². De ahí que, se usen expresiones más indicativas de esta idea, tales como: *pars*, o directamente *partes iuris*, como una cuestión de competencia o ámbito normativo³.

Pero centrándonos en el contenido de las distintas partes o esferas normativas, encontramos que la primera clasificación es la de distinguir entre el derecho escrito y el no escrito. Así, Gayo en *Inst.*, I,1,1, nos dice que todos los pueblos se rigen por leyes y costumbres: *Omnis populi, qui legibus et moribus*⁴, utilizando el término *moribus* para indicar a la costumbre. O bien se habla en un sentido más genérico de derecho escrito o no

¹ En este sentido también Pomponio en D.1,2,2,5 : *...Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus.*

² Cfr., Gayo, *Inst.*, I,1,2.: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscites,*

³ Vid., IGLESIAS, J., *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid (1989), p. 23 ss.

⁴ Vid., Gayo, en D.1,2,9 se puede apreciar el mismo texto.

escrito, refiriéndose con este último a la costumbre. Así, Justiniano en I.,1,2,3, nos dice: *Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto*, entendiendo por derecho no escrito el que convalidó el uso, pues las costumbres constantes, aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, se asimilan a la ley, como podemos leer en I.,1,2,9: *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

Ahora bien, para la etapa más antigua del Derecho romano, cuando la sociedad estaba estructurada en un sistema de gentes, donde la familia agnaticia era su núcleo fundamental y el mundo religioso impregnaba la vida pública y privada de los romanos, la costumbre era la principal fuente de regulación de los conflictos de carácter privado. Por ello, el término *mos, mores*, venía especificado con la expresión *mores maiorum*, esto es, como los usos y las costumbres que provenían de los antepasados de cada familia y que, transmitiéndose de generación en generación, llegaron a consolidarse como *mores civitatis*⁵. Junto a ellos, aunque de aparición posterior, la palabra *consuetudo* viene a enriquecer esta terminología. Así Juliano dirá de ella, en D.1,3,32,1, que se guarda como ley la costumbre inveterada, siendo este el derecho que se dice establecido por la costumbre: *Inveterada consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum.*

⁵ Cfr., entre otros, KASER, M., *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, ZSS, 59 (1939), p. 52 ss.; ORESTANO, R., *Dal Ius al fas*, BIDR., 46 (1940), p. 194 ss.; NOAILLES, P., *Fas et Ius. Etudes de Droit*⁵ Cfr., Gayo, *Inst.*, I,2.: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscites,*

⁵ Vid., IGLESIAS, J., *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid (1989), p. 23 ss. *romain*, Paris (1948), p. 23 ss.; VOLTERRA, E., *Sui mores della familia romana*, *Rendiconti Accademia Nazionale dei Lincei*, ser., 8ª, IV (1949), p. 516 ss.; TORRENT, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo (1982), p. 111 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Conceptos y dicotomías del Ius*, *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes*, coord., Alfonso Murillo Villar, Tomo I, Univers. de Burgos (2000), 253 ss.

En consecuencia, todos estos términos y expresiones nos vienen a indicar la existencia de la costumbre como fuente del derecho, sin embargo hay que establecer con claridad que no todos los términos se utilizaron con la misma significación en las distintas etapas del Derecho romano, del mismo modo que la costumbre como fuente del derecho tuvo una importancia distinta, frente a la norma escrita (*ius scriptum*), según nos situemos en un momento histórico o en otro⁶.

Desde nuestro punto de vista, podemos decir que durante el período histórico que va desde el origen del Derecho romano hasta la llegada de Octavio al poder, los términos *mores maiorum*, *mores civitatis*, representaron un momento histórico en el que la costumbre fue la principal fuente del derecho privado, mientras que el término *consuetudo* representa la etapa histórica en la que la costumbre adoptó un papel secundario frente al protagonismo de la norma escrita (*ius scriptum*) y que, aunque la mayoría de los autores la concreta en la época postclásica, no cabe duda que este proceso de decadencia se inició desde el propio período clásico. Por otro lado, también consideramos que dentro del primer período histórico, esto es, desde la época más antigua del Derecho romano hasta la aparición de Octavio a finales del siglo I a.C., hay que distinguir dos etapas: La primera, coincidiendo con el pleno apogeo del carácter agnaticio de la familia romana, donde cualquier conflicto jurídico de derecho privado se resolvía por el *paterfamilias* y dentro del propio seno familiar. Tomando aquí la costumbre el contenido de ser los *mores maiorum*, esto es, las costumbres de los antepasados familiares que se transmitían oralmente de generación en generación y teniendo el carácter de ser la principal fuente de regulación. La segunda etapa se iniciaría en el siglo III a.C., coincidiendo con el comienzo

⁶ En este sentido, la doctrina romanística coincide en interpretar que se el término *consuetudo* es de aparición más tardía que el de *mores*. Vid., por todos, TORRENT, A., *op. cit.*, p. 112; IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 38.

de un cierto intervencionismo estatal en el ámbito familiar, como resultado de la propia evolución de la familia hacia un carácter más cognaticio y, por tanto, aunque la costumbre sigue siendo la principal fuente del Derecho privado, ahora no sólo se habla de *mores maiorum* sino más bien de *mores civitatis*. Idea esta que intentaremos desarrollar a lo largo de este trabajo.

II.- LA COSTUMBRE COMO PRINCIPAL FUENTE DEL DERECHO PRIVADO EN ÉPOCA ARCAICA Y PRECLÁSICA.

Así las cosas, como antes hemos señalado, el período histórico en el que la costumbre fue la principal fuente del Derecho Privado abarca desde los orígenes de Roma, en el siglo VIII a.C., hasta finales del siglo I a.C., coincidiendo con la llegada de Octavio al poder. La razón de ello es el escaso número de *leges* que surgieron regulando materias de Derecho privado, lo que puso en evidencia, por un lado, el escaso intervencionismo del órgano público y, por otro, la fuerza y autonomía que ejerció la familia romana para resolver en su seno cualquier conflicto jurídico de Derecho privado que surgiera entre los particulares. Prueba de ello es que si hacemos un repaso rápido a la legislación o derecho escrito que surgió en todo este período histórico de casi ocho siglos, podremos apreciar que son muy escasas las referencias a instituciones de Derecho privado⁷.

Concretamente, de la época de los antiguos reyes romanos, contamos con las *leges regiae* cuyo contenido es fragmentario y muy discutido, dado que son las fuentes literarias las que principalmente nos informan de su existencia, por lo que siempre hay que tomarlas con la debida cautela intentando separar el contenido realmente jurídico de lo que puede ser

una simple leyenda. Por ello, un importante sector doctrinal las consideró que su autenticidad era un tanto dudosa o, en todo caso, como la exposición por escrito de algunos de los *mores maiorum*⁸.

Sin embargo, y aunque de *mores* se tratase, la cuestión habría que centrarla en torno al significado y función que estas costumbres desempeñaron, es decir, ¿podríamos considerarlas como fuente del Derecho?. Desde nuestro punto de vista sí, porque si tomamos como premisa general la importancia que, en este período histórico, tenía el factor religioso, se puede comprender que por encima del propio *paterfamilias*, como jefe de su grupo familiar agnaticio, existiese el respeto a una serie de normas consuetudinarias y que por estar impregnadas de la religión adquirirían su verdadera relevancia jurídica, dada la plena fusión entre el *ius* (como norma jurídica) y el *fas* (como norma religiosa) que se dio en esta primera etapa histórico-jurídica del Derecho romano, de manera que cualquier acto público o privado celebrado estaba revestido de dicha impronta religiosa.

Efectivamente, en la realidad primitiva de Roma, como en todos los pueblos del Mediterráneo, las primeras manifestaciones de orden jurídico se producen por medio de esquemas religiosos. Intentar separar lo jurídico de lo religioso, sólo se pudo alcanzar cuando comenzó a producirse el fenómeno de la laicización del Derecho. De ahí que,

⁷ Cfr., ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano (1912), reimpr. Hildesheim (1962), p. 201 ss.; ID., *Scritti giuridici, I, Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano (1922), p. 43 ss.; TALAMANCA, M., I mores ed il diritto, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano (1979), p. 36 ss.

⁸ En torno a las *leges regiae*, cfr., entre otros, CARCOPINO, J., Les Prétendues lois royales, *Mél. De l'Ecol. Fr. de Rome*, 54 (1937), p. 344 ss.; PAOLI, J., Le ius papirianum et la loi Papiria, *RHD Fr.*, 24-25 (1946-47), p. 139 ss. y 157 ss.; DI PAOLA, S., Dalla lex Papiria al ius papirianum, *St. Solazzi*, Nápoles (1948), p. 631 ss.; COLI, U., Regnum, *SDHI.*, 17 (1951), p. 1 ss.; VOCI, P., Diritto sacro romano in età arcaica, *SDHI.*, 19 (1953), p. 38 ss.; ORESTANO, R., *I fatti di normazione nell'esperenza romana arcaica*, Torino (1967), p. 182 ss.; TONDO, S., Introduzione alle *leges regiae*, *SDHI.*, 37 (1971), p. 1 ss.; SERRAO, F., v. "legge", *Enc. Del dir.*, XXIII (1973), p. 798 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., Il rex e la sua nomina, *Lineamenti, op. cit.*, p. 24 ss.; ID., I compiti del rex ed: suoi principali collaboratori, *Lineamenti, op. cit.*, p. 28 ss.; ID., I collegi sacerdotali, *Lineamenti, op. cit.*, p. 31 ss.; TALAMANCA, M., I mores ed il diritto, *Lineamenti, op. cit.*, p. 36 ss.; GIUNTI, P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano (1990), p. 15 ss.

Mommsen⁹ pusiera de manifiesto la diferencia entre la época monárquica y la republicana, esto es, mientras en la primera el poder civil y religioso se concentra en las mismas manos, en la segunda comienza a producirse una separación. Por tanto, las *leges regiae* prescribieron, no ya deberes civiles, sino religiosos cuya trasgresión requeriría un *piaculum* o *sacer*.

Por su parte, Voci¹⁰ pone de manifiesto la importancia que el factor religioso tuvo en las etapas más antiguas del Derecho romano por estar plenamente vinculado con los comportamientos sociales. En este sentido, fundamenta el límite moral que el *ius sacrum*, como fusión plena del mundo jurídico y religioso, podía ejercer sobre el *paterfamilias*, es decir, aunque éste tuviera desde el punto de vista jurídico un poder ilimitado sobre los miembros de su grupo familiar, a la hora de adoptar cualquier decisión sobre ellos, no podría evitar el mundo religioso en el que estaba inserto. En consecuencia, para Voci, el ordenamiento jurídico es estatal, basado en tres ideas fundamentales: La *pax deorum*, la solidaridad del grupo y el legalismo; es decir, la *pax deorum* vendría a significar la relación de los hombres con los dioses en *amicitia*, pero tal situación sólo podía culminar a través de la solidaridad o responsabilidad colectiva de no perturbarla con un comportamiento contrario al legalismo religioso materializado en el conjunto de reglas que enseñaban a mantener dicha *pax* y que, probablemente, estuvieron contenidas en las *leges regiae*.

Actualmente, podemos observar que la doctrina está prestando una mayor atención al contenido de dichas *leges regiae*, en el sentido de ver en ellas la expresión de un poder de ordenanza por parte del *rex* y en el intento de materializar por escrito preceptos consuetudinarios. Preceptos consuetudinarios o *mores* que, como dice Talamanca,

⁹ MOMMSEN, T., *Manuel des Antiquités romaines*, v. III, Paris (1893), p. 46 ss.

¹⁰ VOICI, P., *Diritto sacro*, *op. cit.*, p. 46 ss.

encerraban en esta época un fundamento teocrático por la estrecha conexión o fusión entre religión (*fas*) y derecho (*ius*). Por tanto, el *rex*, como mediador entre los dioses y los hombres, asistido por colegio pontifical, como garante del saber jurídico, pudo elevar a rango normativo el contenido de dichos *mores*. Así, en las *leges regiae*, se recogieron no sólo cuestiones referentes a materias que hoy conocemos como de Derecho público, sino también aspectos de las relaciones privadas, reprimiendo comportamientos individuales que pudiesen en peligro la *pax deorum* y que, en caso de producirse, requeriría un acto expiatorio (*piaculum*) para restablecerla¹¹.

Ahora bien, ¿podría pensarse que el contenido de estas *leges regiae* suponían un intervencionismo por parte del poder público en el ámbito interno del grupo familiar? A primera vista y conforme a la concepción moderna que se tiene sobre lo que es Derecho público y Derecho privado, podría parecer que así era. Sin embargo, no puede ser interpretado de dicha manera. La razón de ello está, como dice Santalucia, en que la finalidad de las *leges regiae* era la de salvaguardar el equilibrio entre la comunidad y el mundo divino, pero no como una tutela legislativa tendente a mermar la capacidad de resolver sus propios conflictos el grupo familiar, sino de regular los antiguos *mores* gentilicios para justificar que la persecución estatal no era otra cosa que el intento de subsanar, el mal realizado, con un sacrificio o acto expiatorio que restableciese nuevamente la *pax deorum*¹². De esta forma, algunos *mores maiorum* se convirtieron en *mores civitatis*, custodiados en esta época por el colegio pontifical, aunque todavía en un número muy

¹¹ TALAMANCA, M., I mores ed il diritto, *op. cit.*, p. 36 ss.; en este mismo sentido, TONDO, S., Introduzione alle *leges regiae*, *op. cit.*, p. 25 ss.; SERRAO, F., v. "legge", *op. cit.*, p. 800; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., I compiti del rex e suoi principali collaboratori, *op. cit.*, p. 31. Sin embargo, como postura contraria, la manifestó con anterioridad PAOLI, J., Le *ius papirianum*, *op. cit.*, p. 157 ss.; CARCOPINO, J., Les prétendues lois royales, *op. cit.*, p. 360 ss.; VOLTERRA, E., Il preteso tribunale domestico in diritto romano, *RISG*, 85 (1948), p. 115 ss.

¹² SANTALUCIA, B., Gli inizi della repressione criminale, *Lineamenti*, *op. cit.*, p. 36 ss.

inferior que con respecto a períodos posteriores, donde la presencia del poder público en la esfera familiar comenzó a ser más evidente, como en el caso de la *adrogatio*¹³, o bien en el *testamentum calatis comitiis*¹⁴.

Iniciada la época republicana, surge la *lex XII Tabularum* y, aunque en palabras de Tito Livio (III,34,6) fueron recordadas como *fons omnis publici privatique iuris*, el protagonismo de la costumbre como fuente del derecho no perdió su fuerza. De ahí que la mayoría de los autores las consideren como el intento de plasmar por escrito un conjunto de *mores maiorum* imperantes¹⁵. Sin embargo, a diferencia de las *leges regiae*, la ley de las XII Tablas marcará un hito importantísimo en la evolución de la costumbre como fuente del Derecho. La materialización en norma escrita de muchos usos y costumbres familiares, implicó elevar a *mores civitatis* muchos *mores maiorum*. O lo que es lo mismo, extraer de la hermética familia romana costumbres privadas de sus antepasados y elevarlas al reconocimiento general de toda la sociedad como *mores civitatis*. Pues, como dijera Quintiliano, *Inst. orat.*, 12,3,7, tan cierto es el derecho expresado en disposiciones escritas como el de los *mores civitatis: quae scripta sunt aut posita in more civitatis, nullam habent difficultatem, cognitionis sunt enim...*

¹³ Gayo, *Inst.*, I,99: *Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae sprcies adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adotat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an in fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineant, quails est filus et filia, sive inferiorem, quails est nepos neptis, pronepos proneptis.*

¹⁴ Gayo, *Inst.*, II,101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

¹⁵ Cfr., entre otros, BAVIERA, G., Contributo critico alla storia de la lex duodecim tabularum, *Scritti Perozzi*, Napoli (1925), p. 3 ss.; SOLAZZI, S., La questione dell'autenticità delle Doci tavole, *Scritti di diritto romano*, I, Palermo (1955), p. 83 ss.; RICCOBONO, S., La lex XII Tabularum, *Scritti di diritto romano*, I, Palermo (1957), p. 253 ss.; BONFANTE, P., L'autenticità legislativa delle XII tavole, apéndice I de la *Storia del diritto romano*, II, reimp., Milano (1958-59), p. 83 ss.; CRIFO, G., La legge delle XII tavole. Osservazioni e problemi, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt I: von den Augängen Roms bis zum Ausgang der Republik*, 2, *Recht*, Berlin – New York (1972), p. 115 ss.; TORRENT, A., *Derecho público romano y sistema*

A partir de este momento, esta legislación sirvió de base para el desarrollo del *ius civile* por parte de la labor interpretadora de los jurisconsultos, tal y como nos informa Pomponio, D.1,2,5, cuando nos habla sobre el origen del Derecho y, concretamente, las consecuencias que desencadenaron la legislación decemviral:

His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentum auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellatur ius civile.

Sin embargo, la costumbre no perdió su protagonismo porque, como podemos leer en este texto, la *interpretatio* de los juristas no siempre se materializó en Derecho escrito y no por ello dejó de ser parte del *ius civile*. De hecho, hasta el siglo III a.C., encontramos que la legislación comicial es muy escasa regulando materias de Derecho privado, lo que significa que durante mucho tiempo la organización familiar fue la sede suficiente para la solución de conflictos jurídicos que se dieran entre los miembros de su grupo, o con los de otros grupos familiares.

En efecto, partiendo de una concepción agnaticia de la familia, donde los vínculos civiles priman sobre los de sangre entre sus miembros, se comprende que el papel desempeñado por el *paterfamilias* fuese comparable al de un jefe político e incluso religioso, dada la importancia de la fusión entre la norma jurídica (*ius*) y la religiosa (*fas*)

de fuentes, op. cit., p. 120 ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII tablas*, Málaga (1988), p. 18 ss.

que se dio de manera especial en la época más antigua del Derecho romano¹⁶. En este contexto, el *pater* concentraba en su persona todos los poderes sobre los miembros de su grupo; ya que el único libre de potestad era él, al ser *sui iuris*, mientras los demás eran *filius* o *filius* y, por tanto, al ser personas *alieni iuris*, se encontraban sometidas a su dominio. Esa *potestas* se concretaba en: el *ius vendendi* (derecho de vender como esclavo al *filius* en territorio extranjero), *ius noxae dandi* (derecho de entregar al *filius* al perjudicado de un acto ilícito cometido por éste), *ius exponendi* (derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido), pero -sin lugar a dudas- el poder por excelencia y en el que se concentraban todos los demás era el *ius vitae et necis* (derecho de vida y muerte sobre sus sometidos)¹⁷. Por otro lado, en el *paterfamilias* también recae la facultad de establecer quién va a ingresar en el grupo familiar por medios diferentes al nacimiento, esto es, por medio de la *adrogatio*, *adoptio* y la *conventio in manum*. Y, desde el punto de vista religioso, al tener la familia su propia *sacra privata*, éste ejercerá las funciones de jefe religioso de la misma, dirigiendo las distintas ceremonias (*auspicia privata*, *caeremoniae privatae*) en orden a

¹⁶Sobre la importancia de la religión en el ámbito jurídico, cfr., entre otros, DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis*, Roma (1959), p. 295 ss.; MAROI, F., Elementi religiosi del diritto romano arcaico, *AG.*, 109 (1933), p. 83 ss.; BECK, A., Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Recht, *Festschrift Koschaker, I*, Weimar (1939), p. 1 ss.; ORESTANO, R., Dal ius al fas, *BIDR.* 46 (1939), p. 194 ss.; SCHWIND, F., *Zur Frage der Publikation in romischen Recht* München (1940), p. 16 ss.; PAOLI, J., Le monde juridique du paganisme romain, *R.H.*, 23 (1945), p. 1 ss.; NOAILLES, P., *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris (1945), p. 16 ss.; KASER, M., *Das altromische Ius*, Gottingen (1949), p. 301 ss.; LEVY-BRUHL, H., Sur la laicization du droit a Rome, *RIDA*, 6 (1951), p. 83 ss.; VOICI, P., Diritto sacro romano in eta arcaica, *SDHI*, 19 (1953), p. 38 ss.; BAYET, J., *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris (1957), p. 42 ss.; LATTE, K., *Römische Religionsgeschichte*, München (1960), p. 195 ss.; DUMEZIL, G., *La Religion romaine archaïque*, Paris (1960), p. 166 ss.; PUGLIESE, G., L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valore sociali nella Giurisprudenza romana, *Atti del I Congr. della S.I.S.D.*, Firenze (1966), p. 162 ss.; GAUDEMET, J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris (1967), p. 264 ss.; BOYANCE, P., Les origines de la religion romaine. Théories et recherches récentes, *Etudes sur la religion romaine*, Rome (1972), p. 1 ss.; CAMACHO EVANGELISTA, F., Fundación de Roma y tránsito Monarquía-República. Hipótesis sobre esquemas místicos, *AESJ*, 5 (1976), p. 91 ss.

rendir culto a sus antepasados que, al morir, fueron divinizados. Por ello, el interés de perpetuar en el tiempo al grupo familiar, no era sólo por cuestiones de carácter económico, sino también por motivos religiosos, a fin de que el culto doméstico no se extinguiese pues, en las estrechas y cotidianas relaciones con los dioses, radicaba la fuerza y la unidad de la antigua familia romana. Así se comprende que el *pater* vigilase con sumo rigor que los comportamientos de los miembros de su grupo no rompiesen las buenas relaciones (*pax deorum*) con los *diis Manibus*¹⁸.

Con todo, la pregunta que probablemente nos hiciéramos sería la de saber por qué la organización de la *civitas* delegó tanto poder en el *paterfamilias* y cómo podía controlar las posibles arbitrariedades que éste cometiera en la realización de sus funciones, pues no olvidemos que entre las funciones más importantes del poder público era la de controlar que los comportamientos de la sociedad no alterasen la buena relación con los dioses (*pax deorum*), de modo similar a como la hacía el *paterfamilias* con respecto a los miembros de su grupo.

Si analizamos las fuentes que nos informan de la época más antigua del Derecho romano¹⁹, se aprecia que durante el período comprendido desde los orígenes de Roma hasta

¹⁷ Sobre el tema de la *patria potestas* ya tuve ocasión de pronunciarme, con amplia bibliografía, en mi trabajo: *La patria potestas en el Derecho romano, Los desafíos de la Familia Matrimonial. Estudio multidisciplinar de Derecho de Familia*, Ana Rubio Castro (Ed.), Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla (2000), p. 77 ss.

¹⁸ Ya que éstos, como dice GAYO, *Inst.*, II,3 y 4, constituían materia de *divini iuris: Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictas sunt*. Vid., por todos, DE MARCHI, A., *Il culto privato di Roma antica*, vol. I y II, Milano (1896), reimp., New York (1975), p. 28 ss.

¹⁹ Principalmente son las fuentes literarias, como TITO LIVIO, DIONISIO DE HALICARNASO, PLUTARCO, entre otros, las que nos dan información de cómo fueron los orígenes del pueblo romano. Es verdad que no son fuentes que pueden tener noticias que parte sean verdad y parte leyenda. Pero no por ello podemos despreciarlas. Nuestra función está en contrastar sus contenidos con los distintos factores sociales, políticos, históricos y jurídicos que los datos arqueológicos han podido confirmar de las mismas. En este sentido, y a tenor de dichas confirmaciones, es generalmente admitido, no sólo la existencia de un sistema monárquico en la primera etapa de la historia de Roma, sino otros datos como la plena fusión del mundo jurídico (*ius*) y el religioso (*fas*), la estructura gentilicia de la sociedad o las características del grupo familiar donde todos los miembros del grupo se encontraban sometidos al poder de un *paterfamilias*. Cfr., entre otros, DE FRANCISCI, P., *Primordia*, op. cit., p. 382 ss.; FREZZA, P. *Corso di storia del diritto romano*, Roma

inicios de la República, el poder de la *civitas* se encontraba absorbido principalmente por la preocupación de encontrar un lugar preeminente frente a los otros pueblos de la Antigüedad. Cualquier intromisión en el ámbito de la familia, limitando el poder del *paterfamilias*, era en pro de este cometido y para mantener la *pax deorum*. De ahí que, las referencias en las *leges regiae* a cuestiones de derecho privado y, concretamente, a la familia romana, era para preparar a la *civitas* hacia la expansión territorial, como se puede apreciar por los sucesivos conflictos bélicos y los continuos acuerdos o tratados (*pactum* o *foedus*) que acontecieron en aquellos momentos históricos²⁰. En este sentido, contamos con distintos testimonios en las fuentes literarias describiendo el contenido de dichos tratados en los que, además de cuestiones políticas y de defensa militar, se regulaban alianzas matrimoniales con otros pueblos vecinos, concediendo o no el *ius conubii*. Así, los hijos de dichos matrimonios podrían, por un lado, seguir la condición del padre y conseguir la *civitas* un mayor número de ciudadanos romanos que en un futuro pudieran ser reclutados como soldados romanos; y, por otro lado, el *paterfamilias* obtenía nuevas vías de adquirir la continuidad del grupo familiar, adquiriendo además la *patria potestas* sobre aquellos hijos frutos de esos matrimonios mixtos²¹.

(1968), p. 17 ss.; FRANCIOSI, G., *Clan gentilicio e strutture monogamiche. Contributo alle storia della famiglia romana*. Vols. I y II, Napoli (1976) y (1983), ID.; *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, II, Napoli (1988); p. 3 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, Roma (1993), p. 68 ss.; GIUNTI, P., *Adulterio e leggi regiae. Un reato fra storia e propaganda*, Milano (1990), p. 6 ss.

²⁰ Vid., CATALANO, P., *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino (1965), p. 190 ss.; en mi trabajo: Regulaciones pacíficas en la Roma monárquica, *Cosmovisiones de Paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, eds.: Muñoz, A. y Molina, B., Granada (1998), p. 153 ss.

²¹ En torno a estas alianzas matrimoniales con otros pueblos vecinos, las fuentes literarias nos informan que no tenían una vigencia ilimitada puesto que, con posterioridad, eran o no renovadas o no según las circunstancias de cada *pactum* o *foedus*, o de los fines que se persiguiesen en el ámbito de la política exterior romana. Así, v.gr., en el 495 a.C., aprovechando un período de tregua entre romanos y latinos, surgió del Senado la decisión de que se permitiese disolver el *conubium* existente y, en consecuencia, se autorizaba a las mujeres casadas con romanos que eligiesen entre quedarse con sus maridos o regresar a sus respectivas patrias. Vid., TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, I,9,1-2; DIONISIO DE HALICARNASO, *Ant. Rom.*, VI,1,1-2.

De esta manera, el *paterfamilias* encontraba en el poder público el respaldo suficiente para seguir ejerciendo las funciones de máximo jefe dentro de su grupo y, a lo sumo, podía el ordenamiento de la *civitas* imponer algunas sanciones de carácter pecuniario a aquellos *paterfamilias* que mostrasen comportamientos arbitrarios en contra de los *mores maiorum*, *mores gentium* o *mores civitatis*. Sanciones pecuniarias que servían para subsanar como un acto expiatorio dichas conductas pero, en ningún caso, anulaba cualquier decisión adoptada por un *pater* aunque fuese contraria a lo establecido. Sólo a partir del período republicano, con la *lex XII Tabularum* y las leyes emanadas de las asambleas comiciales, sí primarían sobre la *potestas* del *pater* e, incluso sobre los *mores maiorum*, *gentium* o *civitatis*; aunque también es verdad que las leyes escritas eran todavía bastantes escasas regulando cuestiones de Derecho privado, porque la mayor parte trataban de cuestiones de Derecho público. Sólo en los últimos siglos de la República aumentarían su número, como preámbulo a la legislación augustea.

En definitiva, hasta este momento histórico la costumbre siguió teniendo su protagonismo fuente principal del Derecho frente a la norma escrita y la organización de la *civitas* no se vio en la necesidad de regular exhaustivamente las conductas de sus ciudadanos porque contaba con *paterfamilias* para ese cometido y con el *consilium domesticum* para realizar sobre él un cierto control.

En efecto, los poderes del *paterfamilias* implicaban a su vez un “deber”, es decir, en su obrar tenía que mostrar que era *diligens* en bien de la propia comunidad que gobernaba²². De sus actos dependía el prestigio y la honorabilidad de su familia. De ahí que, junto a dichos poderes absolutos, existiesen al mismo tiempo unas limitaciones

fácticas, de carácter social y moral, bastante escrupulosas que jugaban como elemento corrector ante cualquier acto abusivo por parte del *paterfamilias* con respecto a los miembros sometidos a su *potestas*. Esas limitaciones fácticas, a las que he hecho referencia, se centran en la función que desempeñó en el ámbito familiar el *consilium domesticum*. No sabemos con exactitud cuando fue el origen del mismo, pero sí tenemos noticias de que se celebraba desde la época arcaica. De entre los múltiples supuestos, conocido es el relato de cómo Lucrecia exigió la presencia del mismo para que dieran fe del ultraje al que había sido sometida por el hijo del último rey romano Tarquinio el Soberbio y la justificación de su propio suicidio²³. Conocido es también el suceso ocurrido en el 485 a.C., cuando Sp. Casio fue condenado por su padre previa celebración *propinquorum et amicorum concilio*²⁴. Posterior a estos hechos, en el s. II a.C., encontramos las referencias al mismo con motivo de la represión de las Bacanales, en las que fueron condenadas por el Senado aquellas mujeres que se habían aprovechado de dichas fiestas para cometer *inceste usae*,

²² IGLESIAS, J., *Espíritu del Derecho romano*, Madrid (1991), utiliza el término *officium* para indicar el deber, no sólo jurídico sino también moral, de respetar el conjunto de toda una serie de virtudes extraordinarias que cualquiera, y especialmente el *paterfamilias*, debían de asumir, p. 52 ss.

²³ Según nos informa VALERIO MÁXIMO, *Fact. et dict. Memorab.*, IV,1,1: *Dux romanae pudicitiae Lucretia...a Sex. Tarquinio regis Superbi filio per vim stuprumpati coacta, cum gravissimis verbis iniuriam suam in concilio necessariorum deplorasset, ferro se quod veste tectum adtulerat, interemit causamque tam animoso interitu imperium consulare pro regio permutandi populo romano praebuit. Dux romanae pudicitiae Lucretia...a Sex. Tarquinio regis Superbi filio per vim stuprumpati coacta, cum gravissimis verbis iniuriam suam in concilio necessariorum deplorasset, ferro se quod veste tectum adtulerat, interemit causamque tam animoso interitu imperium consulare pro regio permutandi populo romano praebuit.* Cfr., TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, I,58,5-6.

²⁴ TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, II,41,10-12: *...quem, ubi primum magistratu abiit, damnatum necatumque constat, sunt qui patrem auctorem eius supplicii ferant: eum cognita domi causa verberasse ac necasse, peculiumque filii Cereri consecravisse; signum inde fac tum esse et inscriptum 'ex Cassis familia datum', invenio quod quosdam, dique propius fidem est, a quaestoribus Caesone Fabio et L. Valerio diem dictam perduellionis, damnatumque populi iudicio, dirutas publice aedes, ea est area ante Telluris aedem, ceterum, sive illud domesticum sive publicum fuit iudicium, damnatur Servio Cornelio Q. Fabio consulibus.* Cfr., VALERIO MÁXIMO, *Fact. et dict. Memorab.*, V,58,5-6.

aunque la ejecución de la sentencia fue transferida a los *cognati* de cada una de ellas, por respeto al pudor femenino que una condena pública podía suscitar²⁵.

Sin embargo, las opiniones doctrinales no se han mostrado unánimes a la hora de interpretar las fuentes que nos informan de su existencia, dado que en ellas no se expresa la existencia de ningún ceremonial, ni criterio alguno en orden a cuál era el momento idóneo de su convocatoria, ni sobre quienes estaban facultados para integrarlo, ya que los textos hablan indistintamente de *agnati, amici, sui, propinqui*, es decir, habla de una variedad de personas que podían o no pertenecer a la propia familia. Así, mientras unos consideran que existió un tribunal doméstico, como expresión de una verdadera jurisdicción familiar (*iudicium domesticum*), presidida por el *paterfamilias* a fin de juzgar a los sometidos a su *patria potestas*²⁶; otros, por el contrario, niegan tal jurisdicción por estimar que el *paterfamilias* estaba investido de tal poder absoluto que sería incompatible con la existencia de cualquier otro poder superior que lo limitase, y la expresiones que rezan en las fuentes obedecerían a consultas que voluntariamente pudo hacer el *pater*, pero sin que implicasen una obligación legal su observancia²⁷.

²⁵ Así VALERIO MÁXIMO, *Fact. et dict. Memorab.*, VI,3,7: *Consimili severitate senatus postea usus Sp. Postumio Albino Q. Mario Philippo consulibus mandavit, ut de his, quae sacris Bacchanalium incestu usae fuerant, inquirent: a quibus cum multae essent damnatae, in omnes cognati intra domos animadverberunt; lateque potens opprobrii deformitas supplicii emendata est, quia, quantum ruboris civitati nostrae mulieres turpiter se gerendo incusserant, tantum laudis gravitur punitae attulerunt.* Vid., TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, XXXIX,18,6.

²⁶ Cfr., DÜLL, R., *Iudicium domesticum abdicatio und apoceryxis*, ZSS., LXIII (1947), p. 55 ss.; WESENER, G., *Iudicium domesticum*, PW., Supl. 9 (1962), p. 373; KUNKEL, W., *Das konsilium im Hausgericht*, ZSS., LXXXIII (1966), p. 219 ss.; BALDUCCI, A., *Intorno al iudicium domesticum*, AG., CXCI, fasc. 1 y 2 (1976), p. 69 ss. Por su parte, RUGGIERO, A., si bien niega la existencia de un tribunal en el sentido “quasi moderno con giudici in toga e tocco e con in mano pile di codici”, sin embargo concluye en la página final de su trabajo diciendo: “Sulla base dei dati testuali mi sembra di poter avanzare l’ipotesi che il *consilium domesticum*, di cui abbiamo notizia in epoca storica, è il ricordo di un’altra forma di “giurisdizione” legata ad un’epoca in cui il gruppo non è né la piccola famiglia (*familia proprio iure*) né la famiglia allargata (famiglia agnaticia), in cui vi è la preminenza della linea maschile di parentela, bensí un gruppo piú ampio (la gens) in cui è presa in considerazione anche la linea femminile di parentela, la cognatio”, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico, Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, vol. 4, Napoli (1984), p. 1593 ss.

²⁷ Vid., entre otros, VOLTERRA, E., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, RISG. 85 (1948), p. 103 ss.; DE SANCTIS, G., *Storia dei Romani*, vol. IV, t.II, Firenze (1957), p. 40 nt. 134; CREMADES, I. y

Por nuestra parte, observamos que la doctrina ha mostrado un afán constante en atribuir o no una jurisdicción especial al *consilium domesticum*, dejando a un lado o no destacando el verdadero papel que desempeñó al lado del *paterfamilias*²⁸. Por ello, consideramos que habría que subrayar la función de asesoramiento, contribuyendo a que el *paterfamilias* pudiera tomar en cada momento la decisión más justa. Es verdad que siempre la última voluntad sólo dependía de él, pero –de forma implícita- sí fue un elemento importante de freno ante la posibilidad de actuaciones arbitrarias, pues de su consejo podía percibir el parecer de la comunidad en la que estaba integrado, conduciéndole a obrar con *iustitia*, de acuerdo con los *mores maiorum* que todos debían respetar. Ir en contra de ellos suponía la repulsa y condena de carácter jurídica-religiosa, dada la plena fusión del *ius* y el *fas* en esta primera época arcaica del Derecho romano. En consecuencia, la actividad desarrollada por el *paterfamilias*, como jefe absoluto de su grupo familiar, y la del *consilium domesticum*, ayudándole con su asesoramiento para que adoptase la decisión más acertada, pone de manifiesto que las relaciones jurídicas referentes al Derecho privado no estaban disciplinadas por normas escritas dictadas por el poder público –pues en caso contrario el *pater* hubiese sido un simple ejecutor de las mismas- sino que las costumbres familiares y gentilicias, transmitidas de generación en generación (*mores maiorum*), eran la fuente principal del Derecho privado.

Situación que continuará todavía cuando se inicie el período republicano, aunque con la novedad de que a partir de la publicación de la *lex XII Tabularum* se acudiría a la costumbre si cualquier comportamiento no estaba regulado por esta ley o por otra que se

PARICIO, J., *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona (1983), p. 42, nt. 15; AMERELLI, F., *Concilia principium*, Napoli (1983), p. 60 y 61; FAYER, C., *La familia, op. cit.*, p. 130 ss.

²⁸ Vid., en este sentido, mi trabajo: El *paterfamilias* y el *consilium domesticum*, *Rev. Fac. Der. de la Univ. Granada*, 8 (1985), p. 163 ss.

aprobase en las asambleas comiciales. Con todo, la costumbre siguió siendo la principal fuente del Derecho privado porque la actividad comicial en este ámbito del Derecho fue muy inferior que con respecto al Derecho público. Sin embargo, la entrada de un nuevo sistema político, como fue la República, sí iba a mostrar ciertas novedades que provocaría la evolución de la costumbre como fuente del Derecho, es decir, además de ser los usos y costumbres de la familia (*mores maiorum*), se ampliarían también como usos y costumbres de toda la sociedad (*mores civitatis*). No se trata de que un tipo de costumbre sustituya a la otra, sino que ambas convivan y se complementen para dar respuesta a una sociedad en donde la convivencia, a lo largo de esta época republicana, no se limita a los ciudadanos romanos (*cives*), sino a otros que disfrutaban de un *status civitatis* diferente: latinos y peregrinos, portadores de sus propias costumbres, usos sociales y culturales que, con el tiempo, llegarían a refundirse con los genuinamente romanos. De ahí que no bastase, a partir de ahora, con el *paterfamilias* y el *consilium domesticum* para resolver los conflictos jurídicos entre la población romana. La progresiva expansión territorial de Roma y lo que lleva implícito todo ello -matrimonios mixtos, evolución de la familia agnaticia hacia la cognaticia, entre otros aspectos-, llevó a la implantación de un nuevo órgano: el censor que, junto con el *pater* y el *consilium domesticum*, procurarían que la costumbre continuara siendo la principal fuente del Derecho en el ámbito de las relaciones privadas.

Efectivamente, iniciada la República, la *civitas* se fija en la familia para configurar una organización estatal semejante a la del *pater* con respecto a todos los miembros de su grupo familiar. *Potestas*, *auctoritas*, son términos que se trasladan a los distintos magistrados que de forma colegiada, y no unipersonal como el *paterfamilias*, gobernaban la *respublica*, iniciándose al mismo tiempo un proceso de control al propio *pater* por medio de un magistrado: el censor, cuya función primordial llegó a ser la *cura morum* y por la

cual, todos los autores coinciden en destacar que, aunque no fue la única actividad que desarrollaron, sí fue la más importante porque se les otorgó un poder especial y distinto al de otros magistrados²⁹.

Con anterioridad a esta actividad de ser los custodios de las costumbres (*cura morum*), la función por la que fueron creados los censores, en el 443 a.C., fue para la elaboración y renovación quinquenal del *census*, tarea que en época monárquica la realizaron los *tribuni militum consulari potestati*. Además, a los censores se les atribuyó competencias -en el ámbito de la administración- cuidando el patrimonio estatal, ya que podían decidir y adjudicar arrendamientos del *ager publicus*, así como los suministros y obras públicas a las *societates publicanorum*, convirtiéndolas en deudores del erario por las cantidades de dinero que se hubieran determinado por medio de *locationes o leges censoriae* y que se solían realizar por un período de cinco años³⁰. Finalmente, un *plebiscitum Ovinium*, del 312 a.C., ratificado por los *comitia centuriata*, delegó también en ellos la elección de la *lectio senatus*, es decir, la confección de las listas de senadores, aunque esta importante labor quedó limitada a medida que se impuso como norma el designar como senador a quienes hubiesen desempeñado una magistratura superior.

Así las cosas, esta magistratura poco a poco fue alcanzando una enorme importancia, ya que cada cinco años, el censor actualizaba el censo al mismo tiempo que controlaba los comportamientos de los ciudadanos, convirtiéndose: Por un lado, en el custodio de los *mores maiorum*; y, por otro, en el primer límite que instauró aquella

²⁹ Vid., entre otros, MOMMSEN, TH., y MARQUARDT, J., *Manuel des Antiquités romaines*, vol. IV, Paris (1894), p. 41 ss.; HUMBERT, J., v. Censor, *DS.*, vol. 1 (2ª parte), p. 993 ss.; CANCELLI, F., *Studi sui censori e sull' arbitratu della lex contractus*, Milano (1960), p. 89 ss.; PIERI, G., *L'Histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine*, Paris (1968); TORRENT, A., *Derecho público romano, op. cit.*, p. 170 ss.

³⁰ Cfr. VARRON, *De ling. Lat.*, VI,11: *quinto quoque anno vectigalia et ultro tributa por censores persolvebantur*

organización de la estatal para controlar las funciones desempeñadas por los *patresfamilias* dentro de sus grupos. De esta manera, conductas como: repudios injustificados, matar a esclavos sin razón alguna, mala administración del patrimonio familiar o cualquier otro acto en contra del grupo familiar y de los *mores maiorum*, fueron por primera vez sacadas a la luz del hermético grupo familiar, no para anularlas desde el punto de vista jurídico, pero sí para sancionarlas en la persona que era única responsable, es decir, el *pater*. En definitiva, convirtiendo a esas costumbres de profundo respeto en el ámbito familiar en costumbres generales de toda la sociedad (*mores civitatis*).

Ahora bien, no contamos con una relación detallada y exhaustiva de todos los comportamientos que fueron examinados por los censores, sólo contamos con el relato de ciertas conductas que las fuentes literarias comentan de forma ocasional o indirecta³¹. Tan sólo se puede asegurar que una actitud arbitraria o contraria a dichos *mores*, hacía al *pater* merecedor de una nota censoria consistente en una inscripción (*subscriptio*) de los hechos reprobados o bien una simple opinión censoria, que venía anotada junto al nombre del ciudadano culpable, cuyo efecto inmediato era la *ignominia*, es decir, la privación del buen nombre³². Ello implicaba una importante repulsa social, así como la imposición de distintas sanciones, tales como: cambiar al sancionado a una tribu de inferior categoría (*tribu movere*)³³; o bien privándole del derecho a votar (*ius suffragii*)³⁴; o bien la sanción podía

³¹ Cfr., entre otros, DIONISIO DE HALICARNASO, *Ant. Rom.*, XX,13,3; TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, XXIX, 42, 6; CICERON, *Pro Cluentio*, XLII, 120; VALERIO MÁXIMO, *Fact. et dict. memor.*,IV, 1, 10. Vid., MOMMSEN, TH. y MARQUARDT, J., *Manuel des Antiquités, op.cit.*, p. 41 ss.; CASTELLO, C., *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano (1942-XX), p. 86 ss.

³² Cfr., PIERI, G., *L'Histoire du Cens, op. cit.*, p. 113 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., pone especial énfasis en la necesidad de hablar de ignominia censoria en vez de infamia censoria, "Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol., IV, Madrid (1990), p. 313 ss.; ID., Conceptos y dicotomías del *Ius*, *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*, Burgos (2000), p. 247 ss.

³³ Es generalmente admitido que fue a partir del 304 a.C. y debido a los censores Q.Fabius y P.Decius, cuando se realizó la división de las tribus rústicas y urbanas, otorgándoles una distinta categoría social. En concreto, las tribus rústicas eran las que tenían un mayor prestigio que las urbanas, ya que a las primeras pertenecían los

ser de carácter pecuniario, o lo que llaman las fuentes *aerarium facere*, ya que el *aerarius* era el ciudadano que ocupaba una determinada posición frente al *aerarium*, como consecuencia de tener que pagarle una cierta cantidad de dinero originada, en algunos casos, como resultado de una nota censoria³⁵.

Esta ignominia censoria tenía una vigencia limitada a la duración del cargo de los censores que la imponían, pudiendo ser ratificada –si así se veía conveniente- por un nuevo censor e incluirla en el siguiente censo. Por tanto, es evidente que -al menos durante los primeros siglos de la República- la actividad de este magistrado fue eficaz para salvaguardar el respeto a los *mores maiorum*, *mores civitatis* y, en consecuencia, no se sintió la necesidad de incrementar normas escritas sobre materias que hasta el momento habían sido reguladas en el ámbito familiar por medio de la *potestas* del *paterfamilias* que, asistido por el asesoramiento del *consilium domesticum* y el control del censor, convirtieron a la costumbre en la principal fuente del Derecho privado.

III.- LA COSTUMBRE A PARTIR DE LA ÉPOCA CLÁSICA HASTA EL PERÍODO JUSTINIANO.

Sin embargo, un cambio importante se aprecia a partir del siglo III a.C.. Concretamente, el fenómeno de la expansión territorial por el que se ve empujado el pueblo

propietarios de los fundos y, en consecuencia, los considerados más potentes económica y socialmente. Sin embargo, en las urbanas, el censor incluía a los comerciantes, artesanos, libertos, personas que generalmente eran de capas sociales más humildes. Cfr., TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, IX, 46, 14; PLINIO, *Nat. Hist.*, XVIII, 13.

³⁴ Concretamente, será a partir de la censura de *Appius Claudius* cuando se aprecie que los censores podían inscribir a un ciudadano en las *tabulae caeritum*, esto es, reservadas a aquellos que eran *sine suffragio* ante la *civitas*. Vid., TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, XLV, 15. NICOLET, C., *Appius Claudius et le double Forum de Capoue*, *Latomus*, 20 (1961), p. 683 ss.

³⁵ Entre las distintas noticias, destacamos la sanción de la que fue objeto el dictador *Mamercus*, cuando fue condenado a pagar ocho veces el valor de lo declarado ante el censor, TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, IV,24,1. Medidas semejantes fueron tomadas más tarde por Catón ,el censor, para reprimir el lujo, TITO LIVIO,

romano –si quiere convertirse en un gran Imperio- le conducirá, entre otras cosas, a un proceso de apertura e integración no sólo de personas sino de culturas y de modos de vida diferentes. Así, nos encontramos junto a las antiguas familias romanas, otras muchas de origen diverso que comenzarán a conformar una nueva sociedad; y, muy pronto, ello se dejaría sentir en el ámbito jurídico, en el sentido de que la organización de la *civitas* tenía que comenzar a tomar nuevas medidas para controlar si dichas costumbres (*mores maiorum, mores civitatis, boni mores*) seguían o no siendo respetadas por medio de la eficacia de la *cura morum* que, hasta el momento, había realizado el censor. Y es que, un cambio significativo se aprecia en esta época: los censores comenzaban a verse desbordados en la realización de sus funciones porque la densidad de la población era mayor, en correspondencia con el incremento de territorio conquistado en esta etapa de su historia. Un suceso muy representativo de esta situación –y que puede servir como ejemplo- es el relatado por Tito Livio cuando nos dice que, por iniciativa de los censores *Marcus Livius Salinator* y *Claudius Nero*, en el 204 a.C. durante la Segunda Guerra Púnica, acordaron enviar funcionarios al campo de batalla para que tomasen declaración a los soldados –por la imposibilidad de éstos de presentarse ante el censor- y, basándose en tales declaraciones, confeccionar el censo³⁶, lo que implicaba en muchos casos una falta de rigor en la veracidad de los datos recopilados y, por otro lado, en no poder controlar sobre dichos ciudadanos la *cura morum*.

En definitiva, como señaló Pieri, todo ello no era más que la dificultad de no saber adaptar la actividad censoria a las nuevas circunstancias históricas determinadas por el

XXXIX, 44, 2. Vid., FRACCARO, P., *Tribules ed Aerarii. Una ricerca di diritto pubblico romano, Opuscula*, 2 (1956), p. 149 ss.

³⁶ TITO LIVIO, *Ab. Urb. cond.*, XXIX, 37, 5-6: *Lustrum conditum serius quia per provincias dimiserunt censores ut civium Romanorum in exercitibus quantus ubique esset referretur numerus. Censa cum iis ducenta quattuordecim milia hominum. Condidit lustrum C. Claudius.*

fenómeno de la expansión territorial con el consiguiente aumento del núcleo de población³⁷. De ahí que también se dejase ver el nuevo modelo de familia que estaba configurándose, exigiendo nuevas soluciones que, desde nuestro punto de vista, consistirían en el aumento de normas escritas al mostrar la falta de respeto que despertaban los *mores maiorum*, *mores civitatis*, así como la falta de eficacia del censor para controlar la *cura morum*.

Por ello, a partir del siglo III a.C. se aprecia un pequeño aumento de *leges rogatae* regulando materias que hasta el momento se desarrollaron en el ámbito familiar por la *patria potestas* ejercida por el *pater* y por el respeto a los *mores maiorum*. En concreto, aparecen disposiciones dirigidas a favorecer los lazos agnaticios, limitando la capacidad de disposición del *paterfamilias* sobre el patrimonio del grupo familiar. A veces el límite se centra en los destinatarios o beneficiarios de dichos actos de disposición, ya fuesen *inter vivos* o *mortis causa*, como ocurre con la *lex Cincia de donis et muneribus*, del 204 a.C., prohibiendo la realización de donaciones que excediesen de una determinada medida, salvo que se otorgaran a favor de determinadas personas, entre las que se encontraban aquellas vinculadas hasta el quinto o sexto grado de parentesco, según fuese agnaticio o cognaticio³⁸. De igual modo, la *lex Furia testamentaria*, de fecha dudosa pero probablemente posterior a la *lex Cincia*, prohibía hacer legados superiores a 1000 ases, salvo –entre otras personas- a parientes cognados entre el sexto y séptimo grado. Y, otras veces, limitando directamente al disponente, como ocurre con la *lex Falcidia de legatis*, del

³⁷ PIERI, G., *L'Histoire du cens*, op. cit., p. 162. Vid., CASTELLO, C., Il cosiddetto ius migrandi dei latini a Rome: Ricerche in tema di concessione e accertamento degli status civitatis et familiae dal 338 al 95 av. C., *BIDR.*, 61 (1958), p. 209 ss.

³⁸ Aunque el texto no nos ha llegado, sin embargo sí contamos con amplias referencias en los *Fragments Vaticana*, 260-316 y en distintas fuentes literarias. Cfr., ROTONDI, G., *Leges publicae*, op. cit., p. 261 ss., CASAVOLA, F., *Lex Cincia, contributo alla storia delle origine della donazione romana*, Milano (1960), p.

40 a.C., para poder disponer con libertad sobre la cuantía de los legados, de forma que el heredero testamentario recibía en todo caso una cuarta parte de la herencia (*quarta Falcidia*). Con estas leyes se pretendía poner freno a las posibles liberalidades que el *pater* hiciese en beneficio de determinadas personas que, como consecuencia de no respetar los *mores maiorum*, perjudicaría los intereses del grupo familiar.

Por otro lado, también la mujer comienza a ser objeto de esta tarea legislativa puesto que, durante este período histórico, comienza a acumular para sí un importante patrimonio que obtenía –en algunos casos- al no renunciar a sus derechos hereditarios con motivo de su matrimonio, puesto que la *conventio in manum* entró en un proceso de decadencia, lo que la hacía más independiente del marido desde el punto de vista patrimonial. Ante esta situación, surgen determinadas leyes que intentan poner freno al progresivo lujo femenino. Así, la *lex Oppia* del 214 a.C., limitó los adornos que podía mostrar en público y, aunque en el 195 a.C. fuese derogada, los intentos de frenar su poder económico no cesaron, como se puede apreciar en la *lex Voconia* del 169 a.C. por la que se prohibía que pudiesen las mujeres ser herederas de quienes, en calidad de ciudadanos, figuraban inscritos en la primera clase del censo con una fortuna superior a cien mil ases³⁹. Como muestra clara del progresivo intervencionismo del poder público regulando mediante *leges* algunas cuestiones de los *mores* y del ámbito familiar, son aquellas que regulan el incesto o el estupro. Por ejemplo, la *lex Memmia de absentibus*, probablemente del 113 a.C., la *lex Cornelia sumptuaria*, del 81 a.C., que hace referencia a otra del mismo año denominada *lex Cornelia de adulteriis et de pudicitia*, la *lex Cornelia de iniuris*, contemporánea a la

16 ss.; LÓPEZ ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, Jerez de la Frontera (1977), p. 87 ss.

³⁹ En torno a estas cuestiones, vid., entre otros, HERRMANN, Cl., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Latomus, vol., LXVII, Bruxelles-Berchem (1964), p. 80 ss.; PEPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano (1984), p. 17 ss.

anterior, o bien la *lex Scatinia* o *Scantinia*, de fecha muy discutida aunque siempre la sitúan en los últimos siglos de la República⁴⁰, recogían -todas ellas- supuestos de corrupción en los comportamientos de la mujer o del *puer praetextatus*, esto es, muchas de las conductas que con anterioridad controlaron los usos y las costumbres (*mores maiorum*).

En consecuencia, el intervencionismo estatal se fue haciendo cada vez más intenso, como resultado del profundo cambio social y por el que el *paterfamilias* fue encontrando progresivamente límites en su poder por parte de posteriores emperadores, asumiendo el poder público la regulación de las instituciones de Derecho privado y provocando, de manera definitiva, que el imperio de las leyes fuera más fuerte que el de los *antiqui mores maiorum*.

Por otro lado, la crisis del propio sistema republicano, contribuirá a que se acelere aún más el protagonismo del *ius scriptum* sobre los *mores*. Concretamente, el problema surge cuando la crisis de valores de la sociedad romana se traslada a la clase política y su poder, en vez de dirigirlo en velar por el bienestar social, se conduce hacia logros personales. Especialmente en el último siglo de la República se produce entre los políticos del momento una lucha inusitada, caprichosa y a veces violenta, por acaparar la atención necesaria que legitimara la ocupación -de manera irregular- de determinados cargos con los que, sus protagonistas, justificarán el ejercicio de poderes extraordinarios⁴¹. Por ello, cuando accede Octavio al poder aprovecha este clima socio-político para justificar la tarea legislativa que iba a emprender –mediante la *lex Iulia et Papia Poppaea*- en la que, de

⁴⁰ Cfr., por todos, CANTARELLA, E., *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, Madrid (1991), p. 147 ss.; LOVISI, Cl., *A l'origine de la loi Scatinia?*, *Mélanges à la mémoire de André Magdelain*, (1998), p. 275 ss.

⁴¹ La dictadura de Sila (82-79 a.C.), la ejercida por Julio Cesar (49-44 a.C.), el consulado sin colega de Pompeyo en el 52, los poderes extraordinarios de los *tresviri reipublicae constituendae* conferidos a Lépido, Marco Antonio y Octavio por cinco años y renovados por otros cinco en virtud de la *lex Titia* del 43, son

manera muy directa, regularía materias de Derecho privado, en general, y de Derecho de familia y sucesorio, en particular, y por la que se proclamaría en el custodio directo de los *mores maiorum*, mediante la *cura morum*, de forma parecida a la desarrollada por los censores pero, con la diferencia, de imponer ahora el imperio de la ley sobre la costumbre e, incluso, modificándola si la situación lo requiriera. De ahí que las palabras de Juliano, en D.1,3,20, sean muy representativas de la nueva situación que, con sucesivos emperadores, se consolidaría:

Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

Así las cosas, esta nueva situación afectará muy directamente en la consideración que hasta el momento se tenía sobre la costumbre como fuente del Derecho. Ahora, no se limitará a expresar los usos y tradiciones de los antepasados transmitidos de generación en generación, sino que tendrá junto con la *lex* -pero distinta a esta- la consideración de fuente del Derecho que nace de la *natura*, es decir, de la opinión generalizada de toda la sociedad, o bien de la *vetustas*, esto es, de los usos y tradiciones antes mencionados.

Desde el punto de vista terminológico, junto con las expresiones conocidas (*mores maiorum*, *mores civitatis*, *boni mores*), es usual hablar de ella mediante la expresión *consuetudo* que, aunque la opinión generalizada es la de considerar que tuvo su consolidación en época postclásica⁴², sin embargo ya la podemos ver en muchas de las fuentes literarias de finales de la República y del Principado. Concretamente, en *Rhetorica ad Herennium* (s.I a.C.) se hace un elenco de las distintas partes que se derivan del *ius* y

algunos de los ejemplos en donde se aprecia la falta de respeto al significado de las magistraturas y, en consecuencia, atentando muy directamente contra los pilares del sistema republicano.

⁴² Cfr., entre otros, TORRENT, A., *Derecho público romano, op. cit.*, p. 112; IGLESIAS, J., *Las fuentes del Derecho romano, op. cit.*, p. 36 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Conceptos y dicotomías del *Ius*, op. cit.*, p. 258.

mencionando a la *consuetudo* pero en ausencia de *leges*⁴³. Por otro lado, aunque la *consuetudo* como la *lex* se justifican y basan en la *voluntas omnium, vulgi adprobatio*, tal y como nos explica también Cicerón en distintos fragmentos⁴⁴, sin embargo mientras la *lex* se manifiesta en la materialización expresa y directa de una norma escrita, la *consuetudo* no es más que el resultado de una tácita voluntad social. Además, la costumbre no se limita ya a las tradiciones típicamente romanas sino también en el respeto a las extranjeras. Así, por ejemplo, Cicerón nos relata la existencia de costumbres propias de la provincia siciliana y que Verres había violado en el ejercicio de su pretura⁴⁵.

En la medida que vamos avanzando en la vida del Imperio, observamos que la supremacía de la *lex* sobre la *consuetudo* va consolidándose, es decir, se acudirá a la costumbre ante una laguna legal, como muy claramente nos dice Ulpiano, en D.,1,4,33: *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*. En este mismo sentido se pronuncia Juliano, en D.1,4,32 pr., al decir: *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est*. Y, en caso de una prolongada inobservancia, al igual que la *lex*, se

⁴³ Auct. Ad Herenn., 2,13,19: *...ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur...Lege ius est id, quod populi iussi sanctum est quod genus: ut in ius eas, cum voceris. Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis.*

⁴⁴ CICERÓN, *De inventione*, II,22,65 y 67: *...utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex rebus constet, considerandum est, initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata; ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vendicationem, observantiam,....ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda. Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetors edicere consuerunt, quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum.*

⁴⁵ CICERÓN, *In Verr.*, II,3,6,15: *Itaque decumas lege Hieronica semper vendundas censuerunt...Hoc iure ante Verre praetorem Siculi semper usi sunt: hic primus instituta omnium, consuetudinem a maioribus traditam, condicionem amicitiae, ius societatis convellere et commutare ausus est.*

invalidaría por *desuetudo*, como se puede leer en Juliano, D.1,3,32,1: *Inveterada consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid in interest, suffragio populus voluntatem summa declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

Por consiguiente, la costumbre siempre sería reconocida como fuente del Derecho que, a pesar de tener una función supletoria o complementaria de la ley, llegaría a consolidarse como base fundamental de la labor interpretadora del jurista, según nos recuerdan Paulo, en D.1,4,37⁴⁶, al considerarla como el mejor intérprete de las leyes; y, Calistrato, en D.1,4,38⁴⁷, dice expresamente que las dudas que surgen de las leyes debe valer como ley la costumbre.

En definitiva, la fuerte tradición de la costumbre como fuente del Derecho que apreciamos a lo largo de la historia del Derecho romano hace que, cuando nos situemos en época postclásica, y a pesar de la importancia que adquiere el *ius scriptum*, sea comprensible la afirmación de Modestino cuando nos dice, en D.1,4,40, que todo derecho o lo creo el consentimiento, o lo constituyó la necesidad o lo afirmó la costumbre: *Ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.*

⁴⁶ *Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuiste; optima enim est legum interpretis consuetudo.*

⁴⁷ *Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.*