

# NISI SI QUID VI AUT IURE PROHIBETUR

*Benjamín Musso Arratia\**

RESUMEN: En este artículo analizaremos el concepto de libertad dado por el jurista Florentino, deteniéndonos en cada uno de sus componentes, con especial atención a sus límites.

PALABRAS CLAVES: *Libertas*, estoicismo, Florentino.

ABSTRACT: In this article we will analyze the concept of freedom given by the Florentine jurist, focusing on each of its components, with special attention to its limits.

KEYWORDS: *Libertas*, stoicism, Florentinus.

Casi en forma connatural, y sin necesidad de declaraciones universales, las personas sabemos que tenemos derecho a ser libres en todos los campos del desenvolvimiento humano en que dicha condición pueda expresarse. Ello es así, al punto que se ha convertido en un verdadero lugar común –cuando no un cliché– decir que la libertad individual tiene su límite en la afectación de la libertad ajena. Tal frase, que nos parece ya vaciada de contenido, tiene raíces profundas en la historia del derecho y, por cierto, un reflejo patente en el derecho romano.

Así, y fuera del uso común del término, '*libertas*' es un concepto intrínseco al vocabulario jurídico al punto que, tanto para el derecho público como para el derecho privado, resulta ser un concepto central de toda su teoría jurídica. Prescindiendo del primero –por ser ajeno a nuestro campo de especialidad digamos que para el derecho civil se presenta como un pilar o principio sobre el que se estructura este<sup>1</sup>.

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo, Magister en Ciencia Jurídica y candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario ANID PFCHA/Doctorado Nacional 2018-21181349. Profesor de Derecho Romano UDD y UC. Correo electrónico: bmusso@uc.cl. Agradezco los comentarios y revisión de mis ayudantes Sofía Tello, Cristóbal Labra y Lukas Córdova.

<sup>1</sup> CORRAL (2018), pp. 12-13.

En este trabajo analizaremos tal pretensión humana desde el prisma de los antiguos romanos, tomando como base la célebre definición del jurista clásico o tardo clásico, Florentino, deteniéndonos en cada uno de sus componentes, con especial hincapié en sus límites, y escudriñando las ideas filosóficas subyacentes al concepto, partiendo por describir al jurista que acuñó en piedra su definición inmortal: la libertad es la facultad natural de hacer lo que se desee, a menos que la violencia o el derecho lo prohíba<sup>2</sup>.

## 1. EL JURISTA

Ciertamente, Florentino no es uno de los juristas romanos más famosos ni que haya tenido mayores aportes a la dogmática jurídica, sino que aparece como un jurista enigmático, del que realmente poco sabemos.

Aparentemente vivió en tiempos de Marco Aurelio o durante la dinastía de los Severos y escribió el *Libri XII Institutorum*, manual institucional para el estudio del derecho, a la usanza de otros escritos escolásticos, del que se conservan solo sesenta y dos fragmentos en el *Digesto*, poco más de una cuarta parte de los fragmentos de Marcelo y una ínfima parte de los pasajes de Gayo, ello sin pensar en juristas de la corte de los Severos, como Paulo y Ulpiano, cuyos trabajos son las principales masas de la *Pandecta*. Debido a lo anterior, es del todo probable que no gozara del *ius respondendi*, y que no integrase el elenco de jurisconsultos metropolitanos de su época, ya que, al igual que pasa con Gayo, sus posibles contemporáneos no se refieren a él ni lo citan, y del mismo modo que este, pareciera ser simplemente un jurista académico. Mas no sabemos ni podemos sospechar.

Como vemos, la verdad es que no tenemos muchas noticias de este jurista, lo que, *prima facie*, nos impediría hacernos un juicio en torno a su modo de pensar. Sin embargo, sus corrientes filosóficas pueden extraerse de los fragmentos que tenemos de su obra y de los poquísimos datos históricos del personaje, ya mencionados, lo que nos lleva a sostener que adscribe al pensamiento estoico.

En cuanto a su obra, alude al derecho natural en cuatro ocasiones: al establecer un natural parentesco entre los seres humanos que justifica la ilicitud de atentar contra otro<sup>3</sup>; se refiere a la esclavitud como una institución con-

---

<sup>2</sup> D. 1, 5, 4, pr., Flor. 9 inst.- Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Luego, II. 1, 3, 1, toma la misma definición.

<sup>3</sup> D. 1, 1, 3. Flor 1 inst.- ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. - Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera

traría a la naturaleza<sup>4</sup>; habla de la ocupación de las *res in mare literis inventae* como un dominio que se adquiere por derecho natural<sup>5</sup> y, por supuesto, al definir la libertad como una facultad natural. Dejando de lado la situación de la ocupación, todas las otras referencias explícitas al derecho natural las hace en relación con la persona, y dos de las tres, con ocasión de la libertad. Más adelante veremos que las ideas de un parentesco entre todos los seres humanos sin distinción –especialmente, respecto a los esclavos– y como corolario, la crítica a la esclavitud, son ideas claramente estoicas<sup>6</sup>.

Luego, decíamos, pareciera ser de tiempos de Marco Aurelio<sup>7</sup> o de los Severos<sup>8</sup>, pero en todo caso, posterior a Antonino Pío, habida consideración de un pasaje del *Digesto*, donde se refiere a este con el título de '*divus*'<sup>9</sup>, lo que sería indicativo de su muerte y apoteosis<sup>10</sup>. Otra pista que permite una datación más exacta y que también se recoge en el *Digesto*, según Tony Honoré y Carlos Amunátegui<sup>11</sup>, es una cita que el propio Florentino hace del jurista Paulo<sup>12</sup>, del que sabemos que en su edad adulta integró el *consilium principis*, siendo desterrado por el emperador Heliogábalo y reintegrado a la corte imperial por Alejandro Severo, permitiéndonos pensar en que fue contemporáneo de Paulo, y, por consiguiente, de Papiniano, Ulpiano<sup>13</sup>, Marciano y Modestino.

Ahora bien, su incardinación histórica –que podría no ser más que una cuestión anecdótica– es, de hecho, una prueba importante de su mentalidad,

---

hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro.

<sup>4</sup> D. 1, 5, 4, 1 Flor. 9 inst.- Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. - La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la cual uno está sometido, contra la naturaleza, al dominio ajeno.

<sup>5</sup> D. 1, 8, 3 Flor. inst 6.- item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, iure naturali nostra statim fiunt. - A su vez las piedras preciosas, las perlas y las demás cosas que encontramos en las costas se hacen nuestras sin más por derecho natural.

<sup>6</sup> HONORÉ (2002), p. 88.

<sup>7</sup> GUZMÁN (1991), p. 20; DOMINGO (2002), p. 366.

<sup>8</sup> HONORÉ (2010), p. 202, n. 28.

<sup>9</sup> D. 41, 1, 16, 0 Flor. 6 inst.- In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat: idque et divus Pius constituit... - Consta que el derecho de aluvión no tiene lugar en los terrenos deslindados, y así lo estableció también el divino Pío.

<sup>10</sup> La muerte y apoteosis de Antonino Pío se fecha en el año 161 d. C. Sin perjuicio de lo cual, la referencia a ella, a nuestro gusto, solo es indicativa de que Florentino no vivió en un tiempo anterior a dicho emperador, pero no una pista segura de que su época haya sido inmediatamente posterior a él.

<sup>11</sup> HONORÉ (2002), p. 88; AMUNÁTEGUI (2020), p. 100.

<sup>12</sup> AMUNÁTEGUI (2020), p. 100; El fragmento es D. 38, 2, 28, 0 Flor. 10 inst. que habría sido recogido por Florentino de Paulo de D. 48, 20, 7, pr, Paul. l. s. de port., q. lib. damn. conceduntur.

<sup>13</sup> Gran exponente de la influencia del estoicismo en el derecho. Cfr. HONORÉ (2010), p. 199 ss.

la que mirada en conjunto a sus propios pasajes hacen presumir la filosofía impresa en su pensamiento. De este modo, Marco Aurelio fue un emperador famoso por ser uno de los máximos exponentes del estoicismo romano<sup>14</sup>, heredero de una tradición más antigua, que lo vincula con Séneca, Epicteto y con el propio Cicerón. Respecto a este último, además, veremos que el concepto florentino se corresponde con el dado por el Arpinate. Luego, Marco Aurelio es próximo o coetáneo a juristas tales como Venuleyo Saturnino, Salvio Juliano<sup>15</sup> y su discípulo Sexto Cecilio Africano o Quinto Cervidio Escévola<sup>16</sup>, aparentemente todos estoicos; y lo propio ocurre con Paulo, quien, junto a los otros juristas de su tiempo –mencionados precedentemente–, adscribirían a esta corriente filosófica. Así las cosas, y pese a carecer de noticias exactas, pensar en Florentino como estoico es del todo posible según lo que venimos señalando, y si ello fuera poco, prueba suficiente debería ser su propia idea de libertad, que ahora comentaremos.

## 2. EL CONCEPTO FLORENTINO DE LA LIBERTAD

Florentino, en el libro noveno de sus *instituciones* (D. 1, 5, 4) define la libertad como una: “Naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur”<sup>17</sup>

Concepto que no ha sido superado en la historia occidental. Así, la libertad es:

1. Una facultad (no un derecho) connatural al ser humano;
  2. Permite hacer lo que se desee;
  3. Coartada *de facto* por la violencia y limitada *de iure* por el derecho.
- Analicemos sus componentes.

### a. Libertas est naturalis facultas...

Dadas las corrientes estoicas que permearon en los juristas del principado, el pensamiento jurídico romano clásico o clásico tardío se decanta por establecer que la libertad emana del derecho natural, lo que en el concepto de Florentino

<sup>14</sup> FRASCHETTI (2014), p. 184.

<sup>15</sup> LIEBS (2004), p. 104.

<sup>16</sup> Esto, considerando que Emilio Pomponio, uno de sus probables discípulos, tenía formación estoica. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2004), p. 121.

<sup>17</sup> D. 1, 5, 4, Flor. 9 inst. La libertad es la facultad natural de hacer lo que se desee, a menos que la violencia o el derecho lo prohíba.

que estamos analizando viene claramente mencionado<sup>18</sup>. Por el *Digesto* conservamos algunos pasajes de estos juristas que prueban la vinculación entre la libertad y el derecho natural, siendo mérito de Alejandro Guzmán Brito su análisis en torno a la *libertas*<sup>19</sup>.

Así, Venuleyo Saturnino, razonando sobre la posibilidad de perseguir a un esclavo en un juicio público a través de la *lex Pompeia parricidii* se decanta por la afirmativa<sup>20</sup>, argumentando que estos tienen una naturaleza común a las personas libres<sup>21</sup>. Luego, el propio Florentino define a la libertad como una *naturalis facultas*. Seguido, Claudio Trifonino establece la máxima de que “la libertad está contenida en el derecho natural, y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes”<sup>22</sup>, cuestión que luego será repetida

---

<sup>18</sup> AMUNÁTEGUI (2020) p. 98. Alejandro Guzmán Brito, con la acuciosidad, agudeza y rigor que siempre lo caracterizó, precisó a este respecto: “si bien Florentino no emplea la expresión *ius naturale*, ni para referirse a que la libertad sea según tal derecho, ni para aludir a que sea en contra de él que por derecho de gentes fue establecida la esclavitud, puesto que en el primer caso habla de *facultas naturalis* y en el segundo dice *contra naturam*, sin embargo podemos entender que bajo ambas maneras de hablar el jurista entendía envolver precisamente al derecho natural”. Véase GUZMÁN (1991), p. 20.

<sup>19</sup> GUZMÁN (1991), pp. 19-24.

<sup>20</sup> Ahora bien, ello no es una simple afirmativa. El jurista reconoce que en estricto rigor no pueden ser perseguidos por esta ley, ya que el *parricidium* –según dispone la propia ley– requiere de parentesco civil, cosa que los esclavos no tienen; o haber matado a un patrono, cosa imposible para un esclavo, pues el patronato supone la calidad de *liberto*. Así, en principio, no podrían ser legitimados pasivos de procedimientos sustanciados en razón de esta ley. Sin embargo, Venuleyo acepta la aplicación de la ley por similitud, por cuanto la naturaleza entre esclavos y libres es común, de suerte tal que, de haber sido libre, tendría dicho parentesco o estaría bajo patronato.

<sup>21</sup> D. 48, 2, 12, 4 Ven. 2 de iudic. publ.- Omnibus autem legibus servi rei fiunt excepta lege Iulia de vi privata, quia ea lege damnati partis tertiae bonorum publicatione puniuntur, quae poena in servum non cadit. idemque dicendum est in ceteris legibus, quibus pecuniaria poena irrogatur vel etiam capitis, quae servorum poenis non convenit, sicuti relegatio. item nec lex Pompeia parricidii, quoniam caput primum eos adpraehendit, qui parentes cognatosve aut patronos occiderint: quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt: sed cum natura communis est, similiter et in eos animadvertetur... - Los esclavos pueden ser acusados por cualquier ley, con excepción de la ley Julia de la violencia privada, pues los condenados por esta ley son castigados con la pérdida de la tercera parte de sus bienes, pena ésta que resulta imposible en el caso de un esclavo; lo mismo hay que decir de las otras leyes que irrogan una pena pecuniaria o una capital que no es aplicable a los esclavos, como la de relegación. Tampoco la ley Pompeya del parricidio, cuyo primer capítulo se refiere a los que mataran a sus ascendientes, cognados o patronos, lo que no cabe, entendido estrictamente, en el caso de esclavos; pero como la naturaleza es algo común a todos los hombres, se les aplica esta ley por analogía...

<sup>22</sup> D. 12, 6, 64, pr., Tryph. 7 disp.- ... ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter

por Ulpiano con ocasión de la *manumissio*<sup>23</sup>. A su turno, Elio Marciano, con ocasión de la concesión por gracia de la calidad de ingenuo –esto es, la propia de aquel que nace libre– al esclavo manumitido, sostuvo que se les “restituye al nacimiento que en un principio estaban todos los hombres” queriendo significar con ello que antes de la introducción de la esclavitud, las personas, cualesquiera que sean, nacían libres<sup>24</sup>. Finalmente, otro pasaje de Ulpiano arguye que para el derecho civil los esclavos no son nadie, lo que no alcanza al derecho natural, según el cual todos los hombres son iguales<sup>25</sup>.

Como es posible apreciar de todas estas ideas, los juristas se refieren a la libertad, invariablemente, en oposición a la esclavitud. Y lo mismo ocurre con nuestro concepto, toda vez que el fragmento de Florentino no debe leerse en forma aislada, como si en sí mismo fuera un todo, toda vez que, junto con otros, integran sus *Institutiones*.

De esta forma, tomando como base la reconstrucción de Otto Lenel, en el *Liber IX, De status hominum*, a renglón seguido se leería:

“servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent: mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur”<sup>26</sup>.

---

intelligenda est. - ... como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes, en la condición la razón de lo debido o indebido debe entenderse por naturaleza.

<sup>23</sup> D. 1, 1, 4, pr., Ulp. 1 inst.- ... quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi. - ... Lo cual procede del derecho de gentes, siendo así que por derecho natural todos nacían libres y era desconocida la manumisión, al no conocerse la esclavitud. Pero una vez que apareció la esclavitud por el derecho de gentes, siguió el beneficio de la manumisión. Y aunque nos llamábamos “hombres” por único nombre natural, comenzaron, por derecho de gentes, a existir tres géneros: los libres y, opuestos a éstos, los esclavos, y, un tercer género, los libertos, es decir los que habían dejado de ser esclavos.

<sup>24</sup> D. 40, 11, 2, pr., Marcian. 1 inst.- ... in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset. ... - ... Y se les restituye en el nacimiento en el que en un principio estaban todos los hombres y no en el suyo propio, pues nació esclavo.

<sup>25</sup> D. 50, 17, 32, pr., Ulp. 43 ad Sab.- Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt. - Por derecho civil, los esclavos no son personas, pero no por derecho natural, pues, por lo que respecta al derecho natural, todos los hombres son iguales.

<sup>26</sup> LENEL (1889), i, col. 175 = D. 1, 5, 4, 1-3, Flor. 9 inst.

De ahí que lleve razón Carlos Amunátegui al decir que la libertad romana no se analiza en forma positiva, sino negativa, siendo libre quien no está sujeto a servidumbre, es decir, quien no es esclavo<sup>27</sup>. Desde este punto de vista, la libertad en tanto *status* implica la no esclavitud, *stricto sensu*, de momento que personas libres<sup>28</sup> de todas formas pueden encontrarse *in potestate aliena*<sup>29</sup>, como los hijos de familia, las personas *in mancipium* y las mujeres *in manu*, que empero no ser esclavos, tampoco pueden, en todo ámbito, hacer lo que les plazca dada su dependencia del *pater*<sup>30</sup>. Reservaremos los comentarios a este respecto para el siguiente apartado.

Según explica Carlos Amunátegui, entender la libertad en oposición a la esclavitud no solo responde a una cuestión estrictamente de *status*, sino, también, política, ya que, tras la hegemonía mediterránea alcanzada por Roma con posterioridad a las guerras púnicas, esta consideración diferenciará a aquellos habitantes de Roma que gozan en plenitud de la ciudadanía y de las prerrogativas propias de esta, de aquellos humanos permanentemente privados de todo derecho civil y político: los esclavos. Así, libres son los conquistadores, y esclavos los adquiridos por la conquista<sup>31</sup>.

Y la misma referencia constante a la esclavitud con ocasión de la libertad sirve como indicativo de su vinculación con el estoicismo, por cuanto los estoicos fueron férreos críticos de esta institución<sup>32</sup>. De hecho, la mayoría de los juristas antes citados lo son, como ya comentamos. Luego, y a mayor abundamiento, la propia definición florentina presenta en su fisionomía rasgos que la vinculan a esta línea de pensamiento al ser prácticamente idéntica a la definición dada tiempo antes por Cicerón en su *Paradoja de los estoicos*: “Quid est libertas? Potestas vivendi, ut velis”<sup>33</sup>. El argumento del Arpinate se encuentra en la quinta paradoja, según la cual únicamente los sabios son libres, mientras que los necios son siervos, siendo sabios aquellos capaces de

<sup>27</sup> Así, GUZMÁN (1991), p. 20; AMUNÁTEGUI (2020), pp. 98-99.

<sup>28</sup> Así, los *liberi* son aquellos que crecen en esa condición. Según explica Carlos Amunátegui, *libertas* tiene un significado primario ligado al crecimiento, lo que se puede observar en la pareja divina de Liber y Libera y cuya festividad es la *Liberalia*. AMUNÁTEGUI (2019), p. 42.

<sup>29</sup> AMUNÁTEGUI (2019), p. 43.

<sup>30</sup> De este modo, la *summa divisio* en cuanto a este *status* es entre libres y esclavos, como dice Gayo (Gai. 1, 9 = D. 1, 5, 3) y Justiniano (I. 1, 3, pr). Este último (I. 3, 5), al igual que Marciano (D. 1, 5, 5, Marcian. 1 inst.) y Ulpiano (D. 1, 1, 4, Ulp. 1 Inst.) nos recuerdan que la condición del esclavo es solo una mientras que la de los libres pueden ser varias, como los ingenuos y los libertos, cuestión que abarca la condición de la mujer o la de los dependientes del *pater*.

<sup>31</sup> AMUNÁTEGUI (2020), p. 99 y ss.

<sup>32</sup> BETTI (1947), p. 41; AMUNÁTEGUI (2020), p. 100.

<sup>33</sup> Cic. Parad. 34.- Porque, ¿qué es la libertad? Es una facultad de poder vivir el hombre como quiera.

reprimir y no ceder a los injustificados designios de otros, ni a las propias pasiones.

Para los estoicos, el derecho natural implica la existencia de una ley natural que rige al universo en su conjunto y todos los seres vivientes de suerte tal que puede ser observada entre todos estos, no siendo privativo del género humano<sup>34</sup>, dándose como ejemplo de ello la convivencia, que nosotros llamamos matrimonio<sup>35</sup>, pero a diferencia de los animales irracionales que se guían por el instinto, los humanos, como seres racionales, nos guiamos por ella, que Séneca describe como “un impulso controlado y equilibrado”<sup>36</sup>. Así, los animales, cuando actúan contra sus instintos, lo hacen en contra de su naturaleza y, por consiguiente, para nosotros lo que es contrario a la razón será contrario a la ella. Al estar todos dotados de la razón dada por Dios, formamos una comunidad y podemos entonces reconocer un cierto parentesco entre todos los seres humanos<sup>37</sup>.

Así, en *De Legibus*, Cicerón plantea que los seres humanos, iguales entre sí, son superiores a cualquier otro ser viviente por estar dotados de razón, la cual es una cualidad divina, de momento que Dios se las habría dado a los hombres al tiempo de crearlos, siendo, en consecuencia, la razón un elemento común entre Dios y los humanos. A partir de esta y otras ideas<sup>38</sup>, Alejandro Guzmán Brito explica las ideas de Cicerón bajo el siguiente silogismo:

“Los participantes en una razón común lo son también en la recta razón; es así que la ley constituye una recta razón; en consecuencia, los hombres y Dios son como socios en cuanto a la ley; de modo que todos los miembros de tal asociación deben tenerse como pertenecientes a una misma ciudad, que es común por ser humana y divina a la vez: tal ciudad común viene a ser el universo mismo”<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> D. 1, 1, 1, 3 Ulp. 1 inst. - Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est ... – Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves ...

<sup>35</sup> Así, Cicerón, Diógenes Laercio y Ulpiano establecen que entre los distintos animales y los seres humanos se observa la unión entre macho y hembra, la procreación y educación de los hijos. Véase. Cic. *Fin.* 3, 62-63; Diog. Laert. 7, 85-86; D. 1, 1, 1, 3 Ulp. 1 inst.

<sup>36</sup> Sen. *Epist.* 89, 14.

<sup>37</sup> Cic. *Leg.* 1, 10, 29; Sen. *Epist.* 95.- Natura nos cognatos ededit, quum ex iisdem et in eademgigneret. Haec nobis amorem indidit mutuam et sociabiles fiunt – la naturaleza nos engendró parientes, creándonos a partir de lo mismo y para lo mismo; ella nos infundió un amor mutuo y nos hizo sociables.

<sup>38</sup> En especial, Cic. *Off.* 1, 4, 3, 153.

<sup>39</sup> GUZMÁN (1991), p. 28.

Ello explica la máxima ciceroniana que reza “nos ad iustitia esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius”<sup>40</sup>, sosteniendo con ello que el derecho nace de la naturaleza.

Con todo, Florentino dice que la libertad corresponde a una facultad, no a un derecho, lo que merece un comentario adicional, por cuanto los derechos en el sistema típico romano son los únicos que gozan de acciones para darles una adecuada protección. Así, que la libertad no sea un derecho la tornaría en una cuestión bastante frágil de momento que no solo puede ser restringida por el derecho, sino, también, por los hechos, como la violencia, los cuales jamás pueden afectar situaciones jurídicas<sup>41</sup>. De este modo y aun cuando esta facultad sea connatural al ser humano, ello no implica que lo sea en forma perpetua e inmutable, por cuanto puede verse restringida, limitada o, incluso, llegar a perderse.

*b. ...eius quod cuique facere libet...*

Entendiendo que la *libertas* es una *naturalis facultas* del ser humano en cuanto tal, ella tiene un claro objetivo: que la persona libre haga cuanto le plazca, es decir, que su deseo salga del plano ideal, materializándose ora en hechos, ora en derechos. Así, hacer lo que se desee –fuera de la infinidad de casos que pueden quedar comprendidos en ello– en el campo del derecho se puede traducir en la celebración de negocios jurídicos de diversas clases, la ejecución de un hecho cualquiera, el aprovechamiento económico de las cosas, la conducción de las relaciones jurídicas entre particulares y entre estos y el Estado, etcétera.

Ahora bien, ese querer hacer del sujeto no debe entenderse como algo puramente voluntarista, ya que en la filosofía estoica implica su coincidencia con la ley natural y con los principios morales universales, que guían ese actuar libre<sup>42</sup>. De hecho, la verdadera libertad para lo estoicos está en no ceder a las pasiones y poder gobernar los deseos, siendo la libertad del espíritu la verdadera libertad. Así, Séneca plantea que un esclavo, aun cuando su cuerpo pueda ser comprado y puesto bajo el poder del amo, su alma, aún presa del cuerpo, jamás puede ser apropiada por este<sup>43</sup>. De ahí que, en estricto rigor, ninguna persona puede ser esclava, por solo esclavizar su cuerpo, ya que el

<sup>40</sup> Cic. *Leg.* 1, 10, 28.- Nosotros hemos nacido para la justicia, y que el derecho no fue constituido por la opinión sino por la naturaleza.

<sup>41</sup> D. 41, 2, 1, 4 Paul. 54 ad ed.- ... res facti infirmari iure civili non potest... - una situación de hecho no puede afectar al derecho civil.

<sup>42</sup> MITSIS (1999), p. 165.

<sup>43</sup> Sen. *Off.* 3, 20.

alma mantiene su libertad. Luego, si un *liber* es preso de sus vicios y, por ende, su alma es esclava de ellos y, realmente, aun siendo libre llamado libre, es esclavo.

Mirando el asunto desde el punto de vista de los *status* se puede notar una cuestión interesante, en el sentido de que el esclavo por su propia condición no puede, en ninguna circunstancia, ser considerado *liber*, aun cuando se le pueda reconocer cierta capacidad de obrar, implicando con ello la producción de consecuencias jurídicas<sup>44</sup>; aun así, esa capacidad de *agere* no implica un actual libre, ya que el actor no lo sería. Por otro lado, las personas *in causa mancipi*, es decir, los hijos de familia vendidos o dados en noxa por el *pater*<sup>45</sup> y los *addictus*, esto es, aquellos deudores insolventes asignados judicialmente a sus acreedores<sup>46</sup>, no son esclavos, pese a ceder su *caput liberis*<sup>47</sup>, siendo, en consecuencia, libres; y lo son pese a que no puedan hacer cuanto quieran dada su subordinación al acreedor, lo que, empero no implica una modificación en su *status*. Y aun cuando pueda parecer contradictorio, no lo es, ya que el ciudadano romano, en cuanto persona libre, solo pierde su libertad merced de una *capitis deminutio* máxima<sup>48</sup>, cuestión que implica la pérdida de su ciudadanía y de su libertad –y, por consiguiente, de su familia– al mismo tiempo. Así, nunca un ciudadano podría tener como esclavo a otro ciudadano, puesto que ello sería indigno para la propia ciudadanía romana<sup>49</sup>. De este modo, los ciudadanos romanos, aun *in mancipium* son libres, es decir, pese a que no puedan hacer todo cuanto les plazca, no por ello pierden su *status*, cuestión que a nuestro juicio puede verse de modo ejemplificador en la *manus iniectio*, ya en su forma más primitiva, y, por cierto, morigerada en su rigor tras la *lex Poetelia Papiria*. A este respecto, Livio<sup>50</sup> nos recuerda la historia de Lucio Papirio y Cayo Publilio, donde el primero tenía *in mancipium* al segundo. En ese contexto Lucio trató de abusar sexualmente de

<sup>44</sup> D. 50, 17, 3 Ulp. 6 ad Sab.- Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. – No se cree que quiere el que obedece al imperio de su padre o de su señor.

<sup>45</sup> MARRONE (2004), pp. 136-136.

<sup>46</sup> PEPPE (1981), p. 4.

<sup>47</sup> KOHLER (1883), p. 10.

<sup>48</sup> Gai. 1, 159-160.- Est autem capitis deminutio prioris status permutatio. eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima. (160) Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit ... - La capitidiminución es un cambio del estado que se tenía. Acaece de tres maneras, pues puede ser máxima, menor, que algunos llaman media, o mínima. (160) La pérdida de estado es máxima cuando se pierde a la vez la ciudadanía y la libertad ...

<sup>49</sup> Para las relaciones entre ciudadanía y libertad, véase LEVY (1961), pp. 142-147. Del mismo modo, AMUNÁTEGUI (2019), p. 37 y ss.

<sup>50</sup> Liv. 8, 28.

Cayo, recordándole su condición, sin embargo, este no cedió a los intentos de su acreedor, teniendo muy presente su condición de hombre libre, por lo que fue duramente azotado. Así, el pasaje del historiador paduano no solo muestra el porqué se hizo necesaria la abolición del *nexum*, sino, también, la condición de *liber del nexi*.

La *manus iniectio* permitía al acreedor apoderarse de la persona del deudor si hubieren transcurrido más de treinta días desde que fuere condenado al pago y no se ha procedido a este<sup>51</sup>. El procedimiento para la imposición de la mano está establecido en la tercera de las *XII Tablas*<sup>52</sup>, enumerando una serie de pasos para poder hacer efectiva la ejecución del deudor, el que en el intertanto permanecerá en poder de su acreedor, privado de libertad ambulatoria, pero no de su condición de persona libre. En resumidas cuentas, este procedimiento consistía en una forma personal de ejecución por la cual un ciudadano romano era tomado, engrillado y puesto bajo la custodia de otro por sesenta días, tras los cuales, si nadie pagaba la deuda por él o las partes no hubiesen arribado a algún acuerdo, el deudor podría ser vendido *trans Tiverim* como esclavo, perdiendo definitivamente su libertad<sup>53</sup>.

Así, pese a no poder desplazarse y encontrarse muchas veces encadenado, se sigue percibiendo a este como un *liber*, cosa que queda de manifiesto

<sup>51</sup> Gai. 4, 21.

<sup>52</sup> Tab. 3, 1-6.- Aeri confessi rebusque iure iudicatis xxx diez iusti sunt. (2) post deinde manus iniectio esto; (3) ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducit, vincito aut nervo aut compedibus xv pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito; (4) si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato. (5) Erat autem ius interea paciscendi ac nisi forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos diez trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaequie pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut Tiberim peregre venum ibant. (6) Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt. Se fraude esto. - El término según el derecho para pagar la deuda reconocida y la impuesta por sentencia sea de 30 días. (2) Inmediatamente después aprehéndasele. Llévasele ante el magistrado; (3) si no cumple lo juzgado o nadie sale en el acto garante por él ante el magistrado, llévelo consigo el actor y átelo con una correa o grillete de, al menos, 15 libras o, si quiere, de más; (4) Si el así apresado quisiere, viva a su propia costa. Si no lo hace, el que lo tenga preso dele una libra de pan farreo. Si quisiere, dele más. (5) Pero todavía se permitía pactar y, si no pactaban, se les mantenía encadenados sesenta días. Durante ese tiempo eran llevados en tres mercados consecutivos, pregando la cantidad de dinero a la que habían sido condenados. Transcurridos los tres mercados, les daban muerte o los ponían a la venta al otro lado del Tíber fuera de la ciudad. (6) Después del tercer mercado córtesele en pedazos. Si cortaren de más o de menos, no se considerará fraude.

<sup>53</sup> Podríamos afirmar, siguiendo a Ernst Levy, que pierde su ciudadanía, porque realmente podría no perder la libertad, ya que ello dependerá del estado que le asigne el pueblo comprador, que bien podría comprarlo y dejarlo en libertad entre los suyos. Así, la ciudadanía es lo que realmente le importa al romano, la cual perderá. Lo mismo pasa con el exiliado. Véase LEVY (1961), p. 141 y ss.

en la tab. 3, 4 que establece que el deudor, aún encadenado, si así lo quiere, puede vivir de lo suyo y en la tab. 3, 5, al reconocer siempre la posibilidad de pactar libremente<sup>54</sup>.

En suma, únicamente los esclavos no serían libres, comprendiéndose en la clase de *liberis* a aquellos que a causa de su insolvencia se encuentran en una condición parecida a la de los primeros. Ahora bien, que las personas *in mancipium* tengan restringida la libertad, no significa que los *liberis* gocen de ella a plenitud, por cuanto los *alieni iuris* y aquellos bajo tutela o curaduría no pueden hacer cuanto les plazca. Tomemos como ejemplo las tutelas.

Tanto los impúberes como las mujeres de cualquier edad estaban bajo tutela, debiendo sus negocios jurídicos –o al menos los importantes– ser celebrados o autorizados por sus tutores<sup>55</sup>. Así, dependiendo de la edad del pupilo, el tutor actuará como *negotiorum gestor* o por medio de su *auctoritas interpositio*, siendo esta última extensible a la *tutela muliebris*<sup>56</sup>. Ahora bien, en el caso de las mujeres, desde tiempos de Augusto, en virtud de las así llamadas leyes matrimoniales, gozarán del *ius liberirorum*, por medio de lo cual, no estarán bajo tutela masculina en el caso de tener tres o cuatro hijos, dependiendo de su *status libertatis*<sup>57</sup>. Así, debido a este derecho, las mujeres que cumplan con los antedichos requisitos, a lo menos, no requerirán de la tutela, aunque pueden perfectamente estar bajo poder del marido.

En ambas situaciones –que mencionamos solo a modo ejemplar– la libertad no desaparece sino que ha sido restringida por el derecho. De ello hablaremos ahora.

### 3. ...Nisi quid vi aut iure prohibetur

De que el derecho es capaz de establecer límites a la libertad no cabe mayor duda, por cuanto el *ius* como *techné* o *ars* que es, tiene la capacidad de producir cambios en el mundo circundante<sup>58</sup>, alterando situaciones, incluso, *contra natura*, como lo sería justamente el establecimiento de la esclavitud que coarta esa facultad natural. En *Pro Cluentio*, Cicerón sostuvo “legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus”<sup>59</sup>, y en *De Lege agraria* dijo que “libertas in legibus consistit”<sup>60</sup>, aludiendo a que la libertad proviene del

<sup>54</sup> Gell. 20, 1, 46.

<sup>55</sup> Gai. 1, 144.

<sup>56</sup> GUZMÁN (2013), I, pp. 411-448.

<sup>57</sup> LÓPEZ (2018), pp. 95-99.

<sup>58</sup> AMUNÁTEGUI (2016), p. 20.

<sup>59</sup> Cic. *Cluent.* 53, 146.- Seamos esclavos de las leyes para poder ser libres.

<sup>60</sup> Cic. *Leg. Agr.* 2, 202.- La libertad consiste en el derecho.

derecho. En ese sentido, la libertad no es una cuestión absoluta en el entendido que nada ni nadie puede ponerle límites, sino que ella es plena en la medida que respete los encuadres jurídicos establecidos para la persona libre. Hoy, en línea de máxima jurídica, decimos que en derecho privado –esto es, el que nos atañe a todos en cuanto particulares– las personas podemos hacer todo aquello que no nos está expresamente prohibido por el derecho, de suerte tal que la vinculación entre el derecho y la libertad es negativa, en la medida que el derecho la afecta al prohibir ciertos actos.

De esta manera, el derecho puede coartar la libertad en el entendido de limitarla, pero ello no hace que esta sea suprimida. Incluso, el mismo ordenamiento jurídico debe prever que al limitarse se haga con irrestricto apego a derecho, bastando como ejemplo de ello la privación de libertad ambulatoria. Así, en nuestro medio nadie puede ser privado de ella si no es conforme a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, de suerte tal que de ser detenido ilegalmente el propio afectado o cualquiera a su nombre podrá recurrir a la autoridad competente para que se reestablezca el imperio del derecho.

En Roma el asunto era similar. Las personas podían ser afectadas en su libertad, pero dicha afección solo podía darse por formas amparadas por el derecho, y en caso contrario, incluso podía sustanciarse una causa *pro libertatis* con la finalidad de reestablecerlo en dicha condición, de momento que no existe ningún motivo conforme a derecho para que un ciudadano se encuentre privado de su libertad. Carlos Amunátegui nos recuerda el penoso caso de Virginia<sup>61</sup>.

Siguiendo a Mario Talamanca<sup>62</sup>, digamos que las causas *pro libertatis* tenían por objetivo discutir si una persona era esclava o libre. En el sistema de las *legis actiones* se daban a través de la *legis actio sacramenti in rem*, por medio de la cual quien decía ser propietario del presunto esclavo y quien defendía su libertad –el *adsertor in libertatem*– se desafiaban al *sacramentum*, que por la particularidad del conflicto solo podía ascender a cincuenta ases<sup>63</sup>. En el tiempo que durase el conflicto el presunto esclavo era tenido por *liber* y, en consecuencia, se mantenía libre. Luego, mediante una *sponsio praeiudicialis* se buscaba determinar la libertad o esclavitud del sujeto, cuando se podía usar una fórmula petitoria sin *litis aestimatio*; ello incluso después de la *lex Iulia* del año 17 a. C. En tiempos del principado, en razón del *favor libertatis*<sup>64</sup>, se impedía el *iudicatum* cuando la sentencia en este tipo de causas niega la

<sup>61</sup> AMUNÁTEGUI (2020), p. 102. Para el episodio en sí, véase Liv. 3, 44-48.

<sup>62</sup> TALAMANCA (1996), p. 82. En similar sentido, HANISCH (1984), p. 13 ss.

<sup>63</sup> Gai. 4, 16.

<sup>64</sup> D. 50, 17, 20, 0 Pomp. 7 ad Sab.- Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit. – Siempre que es dudosa la interpretación relativa a la libertad se habrá de responder a favor de la libertad.

libertad de la persona, de forma tal que pueda volver a plantearse la acción incluso entre las mismas partes.

Desde este punto de vista, en la experiencia jurídica romana existe un gran número de circunstancias en las cuales la libertad puede resultar coartada lícitamente. Veíamos el de la *legis actio per manus iniectionem*, donde personas libres se veían afectadas en su libertad por el derecho. Y en el mismo plano procesal de las acciones de la ley, las *XII Tablas* nos recuerdan que si una persona no comparecía voluntariamente ante el magistrado, podía ser tomada y llevada por la fuerza<sup>65</sup>, y esa fuerza, no es sólo física, sino, también, jurídica, en la medida que el ordenamiento jurídico la ampara.

Y como sigue ocurriendo hoy, la libertad, pese a tener su más clara expresión en la oposición a la esclavitud, inunda otros campos del derecho distintos a la libertad personal. Así, sostuvimos que, en derecho, se expresa también en la celebración de actos y negocios jurídicos, la ejecución de diversos hechos, el aprovechamiento de las cosas y en las relaciones jurídicas privadas y entre gobernantes y gobernados. A continuación, veremos algunas situaciones a modo ejemplificador de lo que hemos venido señalando, razón por la cual no nos detendremos pormenorizadamente en ninguno, ya que no es el fin de este estudio.

Así, en materia de actos y negocios, los romanos entendían que eran libres para celebrarlos, dentro de los marcos establecidos por el derecho. Veíamos con anterioridad las tutelas, que imponían a determinadas personas prohibiciones o –como diríamos hoy– requisitos habilitantes, para poder celebrar libremente estos actos y negocios. Fuera de ello, en las fuentes jurídicas romanas encontramos no pocos casos de prohibiciones para celebrar ciertos negocios, de los cuales podemos señalar de forma meramente ilustrativa la prohibición de compraventas entre padres e hijos<sup>66</sup>; la del tutor de donar bienes del pupilo<sup>67</sup> o las dadas al marido en la administración y disposición de los bienes dotales, en la así llamada *lex Iulia de fundo dotalis*<sup>68</sup>.

En cuanto a la situación patrimonial de los dependientes de un *pater*, en líneas generales, carecían de un patrimonio que les fuere propio, por lo que pese a ser *liberis*, no podían disponer libremente, salvo que el *pater* hubiera dado ciertos bienes en peculio. Con respecto a estos últimos, en tiempos

---

<sup>65</sup> Tab. 1, 1-3.

<sup>66</sup> D. 18, 1, 2, Ulp. 1 ad Sab.- Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest. – entre padres e hijos no puede contraerse compra, sino respecto a las cosas del peculio castrense.

<sup>67</sup> D. 26, 7, 12, 2 Paul. 38 ad ed.- Nimum est licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.

<sup>68</sup> Véase D. 23, 5.

de Augusto, se reconoció la existencia de dos especies de peculios sobre los cuales el hijo de familia tenía plena capacidad: Los peculios castrenses y quasicastrense<sup>69</sup>. Ahora bien, pese a la libertad para su aprovechamiento –que incluía la capacidad de otorgar testamentos– si el *alieni iuris* moría sin hacerlo, el único heredero será el *pater*, siguiendo las reglas generales en materia de peculios.

Siguiendo en el ámbito de las sucesiones, evidentemente que los romanos eran libres para otorgar testamentos. De hecho, a tal punto lo fueron que se hizo necesaria de una serie de leyes que restringieran la libertad para otorgar legados que hicieran de la herencia una herencia dañosa<sup>70</sup>, demostrándonos cómo el derecho limita la facultad de otorgar legados libremente. Y a propósito del testamento, Jakob Stagl ha analizado un caso bastante particular en torno a la revocación de un testamento, donde pese a haberse dejado sin efectos sus disposiciones, en razón del *favor libertatis*, subsistieron, empero, unas manumisiones<sup>71</sup>.

En lo que a la propiedad respecta, sabemos que esta permite al dueño de una cosa aprovecharla libremente de múltiples formas, siendo solo limitada por el derecho, comprendiéndose en él tanto al derecho objetivo como al subjetivo, de momento que el aprovechamiento no puede ser contrario a la ley o al derecho ajeno, como reza la parte final del artículo 582 de nuestro *Código civil*. De este modo, limitaciones jurídicas a la propiedad serían, por ejemplo, los actos expropiatorios o los gravámenes voluntariamente impuestos a la cosa, como los *ius in re aliena*, que terminan o limitan este derecho absoluto, pero no los hechos, como los actos inmisivos o la pérdida de la posesión.

En las relaciones entre privados, fuera de las propias del tráfico comercial y jurídico, por cierto, que la libertad puede ser afectada por el derecho. En este campo, los ejemplos más prístinos para la experiencia jurídica romana están dados por la *patria potestas* y la *manus*<sup>72</sup>, en virtud de la cual los hijos, hijas y dependientes de los varones como la mujer *in manu* se encontrarán bajo la *vitae necisque potestas* del *pater*, pudiendo administrar la justicia doméstica, por ejemplo, por delitos femeninos<sup>73</sup>, exponer a los hijos<sup>74</sup>, matarlos o venderlos como mano de obra<sup>75</sup>. A tal punto era la restricción de la libertad en el ámbito doméstico que, como ha puesto de manifiesto Carlos Amunátegui,

<sup>69</sup> Véase. D. 49, 17.

<sup>70</sup> GUZMÁN (2013), II, pp. 822-824.

<sup>71</sup> STAGL (2020), p. 1 y ss.

<sup>72</sup> Para la *patria potestas*, véase AMUNÁTEGUI (2009), p. 43 y ss.

<sup>73</sup> Véase LÓPEZ (2018), pp. 19-33.

<sup>74</sup> Véase MAIURI (2012), p. 525 y ss.

<sup>75</sup> Gai. 1, 117-118.

que hablemos de los particulares y de sus relaciones como “privados” justamente muestra la privación de libertad<sup>76</sup>.

Dejemos hasta aquí este análisis, ya que no tiene mayores pretensiones que ejemplificar algunas situaciones de muchas en que el derecho limita la libertad y, por ende, donde no se puede hacer todo cuanto se desee.

Ahora bien, ¿qué el derecho establezca límites a la libertad hace que la sociedad y sus individuos sean menos libres? No. Ya que ello solo implica que todos y cada uno de sus miembros conozcamos *ex ante* las normas a las que debemos atenernos y enderezar nuestro actuar. De hecho, el estoicismo le da sentido a esta idea, puesto que, para esta corriente filosófica, a diferencia del epicureísmo que plantea que todo es casual, para el estoicismo nada lo sería merced de que al ser el universo completamente racional, todo es como ha de ser, de suerte tal que la libertad no podría consistir en que el mundo y la vida se dirijan como queramos, porque ello necesariamente será frustrado, por el determinismo de la divina providencia, sino que implica que se desee lo que dicha providencia quiere, de suerte tal que terminaríamos guiados por ella. En consecuencia, la libertad se alcanza cuando se hace coincidir el querer humano con el divino, no cuando se persigue su adecuación<sup>77</sup>.

Cosa distinta ocurre con la violencia, la *vis*<sup>78</sup>, la que por su propia fisionomía puede entenderse como una forma de *iniuria*, es decir, la negación misma del derecho<sup>79</sup>, porque la violencia es siempre antijurídica, lo que no implica que el derecho prescinda de la fuerza, por cuanto el derecho tiene un carácter puramente intelectual, que requiere concretarse por medio de ella, siendo, en consecuencia, condición de eficacia del derecho.

Ocurre que cuando la violencia se ajusta a derecho, aunque en lo material pueda causar una lesión, en el plano intelectual del derecho esa lesión no es un daño, por lo que jurídicamente no existe, como bien decía el jurista Paulo<sup>80</sup>. El ejemplo más claro de ello es la autotutela. Así, la violencia es un tipo de injuria por lo que puede analizarse desde ese aspecto. De hecho, y

---

<sup>76</sup> Podcast: “Libertas” en “Arcana Historica” disponible en Spotify: <https://open.spotify.com/episode/7DS23Z0TD42HClcptllcGi?si=fe0a5bee258845cc> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2022].

<sup>77</sup> SEVERINO (1986), pp. 179-180.

<sup>78</sup> Theodor Mommsen dice: “vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra para que deje de realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción”. MOMMSEN, (1999), p. 410.

<sup>79</sup> Véase CASTRESANA (2001), p. 44.

<sup>80</sup> D. 50, 17, 151, 0 Paul. 64 ad ed.- Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. – Nadie hace daño, a menos que, quien lo hizo, no tenga derecho para hacerlo.

tal como la libertad personal nos resulta del todo clara para pensar en dicha facultad, la violencia contra las personas debería servirnos del mismo modo para razonar sobre la *vis*.

Partamos mirando un pasaje de nuestro Florentino. El jurista sostuvo en sus *Instituciones*:

“Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro”<sup>81</sup>.

De este modo, toda vez que la naturaleza ha establecido una suerte de parentesco entre las personas, no es lícito que una atente contra otra. Si bien el pasaje está establecido en torno al delito de injurias, pensando en las lesiones físicas, lo cierto es que de él puede desprenderse el mismo razonamiento en torno a la libertad. Así, la regla es que nadie puede atentar contra otro y si lo hiciera, ello sería una conducta ilícita o contraria a derecho, es decir, una injuria, pero, si alguno lo hiciera en defensa de la propia integridad, habrá actuado con arreglo a derecho, no pudiendo, en consecuencia, la violencia ser tenida por antijurídica. Visto desde la óptica de la *libertas*, lo cierto es que a ninguno le es lícito coartar la libertad del prójimo, salvo en cuanto existiera una justificación con arreglo a derecho para hacerlo. En ese sentido, la máxima florentina es del todo armónica, por cuanto si uno embaraza la libertad de otro, lo hace o, bien, por la fuerza ilegítima o, bien, acorde a derecho, siendo ambos los límites propios reconocidos por el jurista. Y así como la lesión hecha dentro de los límites del derecho, aun cuando no configure jurídicamente un daño, materialmente de todas formas existe, los hechos pueden afectar la libertad por más ilícitos que sean.

Y pensemos en la captura bélica, que debe ser uno de los casos paradigmáticos para el derecho romano por los cuales la violencia priva al sujeto de la libertad<sup>82</sup>, de la cual el propio Julio César fue víctima a manos de los piratas<sup>83</sup>. En Roma, la captura de los enemigos abatidos era un medio idóneo para

<sup>81</sup> D. 1, 1, 3. Flor 1 inst. - ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. - Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro.

<sup>82</sup> GUZMÁN (1991), p. 31.

<sup>83</sup> Plut. *Caes.* 1, 8.

proveerse de esclavos que pudieran ser vendidos en los mercados para que cumpliesen las más diversas funciones<sup>84</sup>. Pero, así como los romanos podían apresar a los enemigos, los propios soldados romanos habrían corrido igual suerte, por cuanto, recordemos, la esclavitud fue introducida en el mundo por el derecho de gentes. Así, si un romano era preso del enemigo desaparecía para la ciudad y, en consecuencia, su desaparición producía una serie de consecuencias jurídicas, como la invalidez de todos los actos y negocios jurídicos que supongan la condición de libres y ciudadanos, y en lo que a su patrimonio respecta, este queda *sine domino*<sup>85</sup>. Otros efectos que podríamos mencionar son el término del usufructo y del contrato de sociedad, la extinción de la *patria potestas* y de la *manus*, y en lo que a los hechos respecta, termina el matrimonio y se abre la sucesión. En razón de lo anterior una *lex Cornelia* de tiempos de Sila (s. I) estableció una ficción para el caso en que un soldado hubiera sido apresado por el enemigo, según la cual este muriera siendo ciudadano romano, lo que permitiría evitar las perniciosas consecuencias de entenderlo muerto bajo esclavitud. Pero si este reaparecía, esto es, volvía a territorio romano, retomaba su libertad gozando del *ius postliminium* por el cual debía ser restablecido en todas las situaciones jurídicas de las cuales era titular antes de su captura, cuestión que no alcanza a las situaciones fácticas. De ahí que el matrimonio, que debido al desaparecimiento terminó, no se retome tras la reaparición del cautivo, por cuanto en Roma el matrimonio era una situación de hecho. Ello refleja cómo los hechos afectan solo a los hechos. En cuanto a la libertad, como no es un derecho, es que la violencia puede limitarla. De ahí que se hiciera tan necesaria la  *fictio legis Corneliae*, que, como norma jurídica es capaz de alterar las consecuencias del hecho violento.

Carlos Amunátegui, para demostrar cómo los hechos en caso alguno pueden imponerse al derecho, pero sí este a aquellos, recurre a un ejemplo diverso: la posesión<sup>86</sup>.

Por todos es sabido que la propiedad es un derecho real que no solo permite a su titular aprovechar la cosa de forma arbitraria y absoluta, sino que, también, reclamarla de manos de quien se encuentre por medio de la *reivindicatio*. Así, el dueño no poseedor tiene una acción para reclamar la cosa del poseedor no dueño de ella, de suerte tal que una situación fáctica como la posesión de una cosa ajena no altera la condición jurídica de ella. Agreguemos a esto que, si el poseedor de la cosa perdiera su tenencia, para reclamarla, en principio, no tendría acción, sino solo protección interdictal. De hecho, solo

<sup>84</sup> Véase DE MARTINO (1980), p. 70 y ss.

<sup>85</sup> GUZMÁN (2013), I, p. 326.

<sup>86</sup> AMUNÁTEGUI (2020), p. 101.

aquella posesión civil que el pretor entienda con una apariencia tal de dominio será tutelada con una acción, para lo cual será necesario recurrir –como en la *lex Cornelia*– a una ficción, ordenando en la propia *actio* al juez suponer que ha transcurrido todo el tiempo necesario para que el poseedor hubiese adquirido la cosa por *usucapio*, que no es otra cosa que una nueva manifestación de la imposición del derecho a los hechos, al punto que, en estricto rigor, no se protege por medio de la *actio publiciana* la posesión, sino el dominio pretorio<sup>87</sup>; la posesión como tal no podría tener protección por vía de acciones, ya que estas solo tutelan derechos, no hechos, siendo los mecanismos propios para resguardar la posesión los interdictos, es decir, órdenes del pretor con el objetivo de mantener la paz pública. Así, dentro de los interdictos comúnmente conocidos dos se refieren justamente al despojo violento los interdicto *unde vi*<sup>88</sup> y *unde vi armata*<sup>89</sup>, los cuales amparan a aquel que ha perdido la posesión de una cosa por medios violentos, incluyendo, en el último caso, al poseedor vicioso, por cuando es preferible evitar un conflicto mayor, protegiendo a un poseedor que en principio no sería tutelado por el pretor. De hecho, a tal es el punto por el cual el pretor da protección a ciertas situaciones para evitar que la paz pública se pierda, que en el décimo tercer libro de sus *Comentarios a Plauto* Paulo afirma:

“No se ha de conceder a cada cual, lo que públicamente se puede hacer por medio del magistrado, a fin de que no haya ocasión de producir mayor tumulto”<sup>90</sup>.

De ahí que estemos de acuerdo en que la violencia, en cuanto hecho, no cabe duda de que coarta la libertad. Así, quien es detenido en forma legal, está privado de libertad, del mismo modo que el secuestrado lo está. Sin embargo, entre estos hay una gran diferencia: cuando el derecho limita la libertad, establece siempre los mecanismos para reestablecer su imperio cuando tal límite no se ajusta a sus disposiciones, mientras que, cuando la violencia la coarta, no siempre se contará con dicha garantía. De ahí entonces, la libertad debe ser siempre especialmente resguardada, por cuanto pareciera ser, incluso, más frágil que el más débil de los derechos.

<sup>87</sup> Gai. 4, 36.

<sup>88</sup> Gai. 4, 154.

<sup>89</sup> Gai. 4, 155.

<sup>90</sup> D. 50, 17, 176, 0 Paul. 13 ad Plaut. - *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*. En la *Palingenesia*, Lenel identifica, aunque sin seguridad, el décimo tercer libro como *De innterdictis*. Véase LENEL (1889), cols. 1166-1167.

## CONCLUSIONES

Para no extendernos en demasía digamos que la *libertas* en el entendido de Florentino tiene perfecta armonía con los postulados de la filosofía estoica imperantes al tiempo de definirse la libertad, cuestión que queda de manifiesto no solo por el probable contexto en que vivió Florentino, sino por su correspondencia en cuanto a las otras materias que este trata, como con los dichos de otros juristas estoicos contemporáneos a él y de otros escritores anteriores a su tiempo.

El concepto de libertad dado por el jurista es profundo y sintético como los son las buenas definiciones. En él, nos recuerda que la libertad no es un derecho, sino una facultad connatural al ser humano, sea libre o esclavo. Luego, ella puede verse alterada por una cuestión de *status*, donde el *status civitatis* no debe ser obviado en el análisis.

El objeto de la libertad es hacer cuanto se desee, pero no en forma arbitraria, sino que respetando siempre el marco que el propio ordenamiento jurídico crea, de los cuales vimos algunos ejemplos.

Finalmente, nos recuerda que no solo el derecho puede coartar esta facultad humana, sino, también, la violencia, que a diferencia del derecho no lo hará en forma justa ni estableciendo los mecanismos para el restablecimiento del derecho, sino que por vía de los hechos impedirá a la persona hacer lo que desee. Dada su fragilidad es que sea necesario que el ordenamiento jurídico la tutele con especial esmero, porque, como dijo Gayo (D. 50, 17, 122): *Libertas omnibus rebus favorabilior est*. – la libertad es más favorable que todas las cosas.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI, Carlos (2009): *El origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas* (Madrid, Dykinson).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2016): *Teoría y fuentes del derecho. Boni et Aequi* (Santiago, Ediciones UC).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2019): "Libertad y esclavitud en la Roma arcaica". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 41.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2020): "El Digesto y su definición de libertad". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 42.
- BETTI, Emilio (1947): *Istituzioni di diritto romano* (Padova, Cedam).
- CASTRESANA, Amelia (2001): *Nuevas lecturas de responsabilidad aquiliana* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).

- CORRAL, Hernán (2018): *Curso de derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).
- DE MARTINO, Francesco (1980): “*Storia economica di Roma antica*” (La Nuova Italia Editrice) vol. I.
- DOMINGO, Rafael (2002): *Textos de derecho romano* (Navarra, Aranzadi).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2004): “Emilio Papiniano”, en Rafael DOMINGO (ed.). *Juristas Universales*, Tomo I (Madrid, Marcial Pons).
- FRASCHETTI, Augusto (2014): *Marco Aurelio. La miseria de la filosofía* (trad. Javier Arce, Madrid, Marcial Pons).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1991): “La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 14.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): *Derecho privado romano* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- HANISCH, Hugo (1984): “La defensa de la libertad en el derecho romano”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 9.
- HONORÉ, Tony (2002): *Ulpian: Pioneer of Human Rights* (Oxford, University Press Scholarship).
- HONORÉ, Tony (2010): “Ulpian, Natural Law and Stoic Influence”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, No. 78.
- KOHLER, Josef (1883): *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (Wurzburgo, Druck & Verlag Der Stahel’schen Univers.-Buch- & Kunsthandlung).
- LENEL, Otto (1889): *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, Tomo I (Lipsig, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz).
- LEVY, Ernst (1961): “Libertas und Civitas”. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung*, No. 78.
- LIEBS, Detlef (2004): “Salvio Juliano”, en Rafael DOMINGO (ed.). *Juristas Universales*, Tomo I (Madrid, Marcial Pons).
- LÓPEZ GÜETO, Aurora (2018): *El derecho romano en femenino singular* (Madrid, Tecnos).
- MAIURI, Arduino (2012): “Enorme monstrum: deformità e difformità nel mondo greco-romano”, en Marina PASSALACQUA y otros (a cura di), *Spudasmata*, N° 147.
- MARRONE, Matteo (2004): *Manuale di diritto privato romano* (Turín, Giappichelli).
- MITSIS, Phillip (1999): “The Stoic Origin of Natural Rights”, en Katerina IERODIAKONOU (ed.). *Topics in Stoic Philosophy* (Oxford, Clarendon Press).
- MOMMSEN, Theodor (1999): *Derecho penal romano* (Pamplona, Analecta).
- PEPPE, Leo (1981): *Stusi sull’esecuzione personale* (Milano, Giuffrè).
- SEVERINO, Emanuele (1986): *La filosofía antigua* (Barcelona, Ariel).

TALAMANCA, Mario (1996): *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, A. Giuffrè).

STAGL, Jakob (2020): "El favor libertatis: una institución particular. A propósito de Marcell. D. 28, 4, 3 pr.-1". *Revista General de Derecho Romano*, n.º 34.