

CONCEPTO DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO ROMANO

HUGO HANISCH ESPINDOLA
Universidad de Chile

El Derecho Romano presenta un aspecto de por sí complejo en lo que se refiere a la libertad, pues no ofrece un sistema uniforme; es necesario distinguir a los hombres entre libres y esclavos y por este motivo hay un doble concepto, uno que se refiere al estatuto de los hombres libres por nacimiento, o por manumisión, y otro muy diferente en que se desarrolla el régimen de los esclavos, en que se les considera, sea en su actividad como individuos humanos, sea como cosas sometidas al dominio ajeno.

1. Desde el punto de vista jurídico hay que considerar la defensa de la condición de hombre libre, o sea la libertad, como atributo natural y de derecho que permite al hombre actuar de un modo amplio en todas sus aspiraciones políticas, civiles, en el ámbito familiar o el patrimonial, tanto en el tiempo de su vida como en su voluntad testamentaria. El estado de hombre libre está garantizado en el régimen romano mediante la institución de la *Causa Liberalis*, que es el juicio en que se ventila la condición del hombre en los estratos sociales durante los períodos históricos del Reino, la República o el Imperio. También hay que observar que un hombre podía pasar del estado de libertad al de esclavitud y viceversa, situación muy diferente a la que hoy en día rige en el mundo, en que todos los seres humanos son libres, haciendo realidad la afirmación de las institutas de Justiniano, donde se lee que “por derecho natural todos los hombres nacen libres”.¹

La inclinación de los romanos, especialmente en los jurisconsultos, al servicio de la libertad se expresa permanentemente bajo la expresión *favor libertatis*, como se demuestra en algunos textos. Triphonino 4 *disp.*:² “... lo que es inicuo y contra lo instituido por los mayores en favor de la libertad”; Ulpiano, 61 *ad ed.*,³ tratando de la liberación testamentaria de un esclavo ajeno, dice que la redención del esclavo por un precio se instituyó para favorecer la libertad.

Paulo 4 *ad Vit.*:⁴ “Si el mismo esclavo es objeto de legado y manumitido en el testamento, prevalece el favor de la libertad”. Gayo pone la libertad entre las cosas sagradas, que no se puede perder por el transcurso del tiempo:⁵ “*Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est*”. Gai 5 *ad prov.*:⁶ “La libertad es lo más favorable de todas las cosas”. Paulo 2 *ad ed.*:⁷ “La libertad es una cosa inestimable”. Pomponio⁷ *ad Sab.*:⁸ “Cuando es dudosa la interpretación de la libertad de una persona, debe decidirse la cuestión a favor de la libertad”.

2. Libre, u hombre libre, es la persona que desde el punto de vista jurídico goza de la libertad y no se encuentra sometida al poder de un dueño.⁹

¹ I.1.5 pr. *cum iure naturali omnes liberi nascerentur*.

² D.49.15.12.9. TRIPHONINUS 4 *Disp. Quod est iniquum et contra institutum a maioribus libertatis favorem*.

³ D.29.2.7.1 Ulp. 61 *ad ed. quod libertatis favore introductum est*.

⁴ D.31.14. PAULUS 4 *ad Vit. favor libertatis praevallet*.

⁵ Gai. I.2.48.

⁶ D.50.17.122. Gai 5 *ad ed. pro*.

⁷ D.50.17.106. Paulus 2 *ad ed.*

⁸ D.50.17.20. Pomp. 7 *ad Sab.*

⁹ MONIER, R. *Vocabulaire de Droit Romain*. París, 1948, s.v. *homo liber*.

El concepto de libertad está definido por Florentino:¹⁰ “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur*”. La libertad es la facultad natural de hacer lo que se quiere, a no ser que lo impida la fuerza o el derecho.

La libertad es de derecho natural y por ello se considera la esclavitud un estado *contra naturam*,¹¹ que fue introducida por el derecho de gentes. Como todos los hombres nacen libres, no era conocida la manumisión, porque la esclavitud era desconocida.¹²

Este reconocimiento de la libertad provenía de los *mores maiorum*, como se lee en Festo, que dice: “*Familia antea in liberis hominibus dicebatur*”.¹³

Esta idea de la libertad asentada en la constitución natural del ser humano es la que da fuerza al convencimiento de la necesidad de su defensa en el ámbito jurídico, consecuencia del profundo concepto de su valor para la vida y para la elevación del espíritu.

3. Los hombres libres, en Roma, son ingenuos o libertos.¹⁴ Libres son los que gozan de la libertad, de donde viene la calidad de libres, y por esto pueden hacer lo que quieran, a no ser que se lo prohíba la fuerza o el derecho.¹⁵

Debemos, en consecuencia, establecer cómo puede mantenerse la libertad por la vía jurídica en los casos en que pudieren producirse el impedimento de la violencia y la restricción legal. Si no existieran medios para delimitar las normativas del derecho o para contrarrestar las coerciones de la fuerza, el goce de la libertad sería una ilusión, pues estaría circunscrita por las arbitrariedades que pudieran interponerse en el ejercicio de ella.

Es necesario por ende, dentro del régimen de derecho, que existan autoridades y procedimientos para resguardar la libertad, y el Derecho Romano desde sus inicios proveyó los medios aptos para su defensa y protección.

4. Durante la larga historia de Roma, el estado de libertad se manifestaba por la manera de conducirse de un individuo en su vida corriente, siempre que no actuara con intención dolosa, es decir, sin ánimo de engañar en relación al estado que exteriorizaba, y así lo afirma Juliano diciendo: “los que se consideren libres y que se encuentren en libertad sin *dolo malo*, si por esta razón se conducen como libres, aunque sean esclavos”.¹⁶

No había en consecuencia distinción entre libre y esclavo en la conducta que tuvieran para presentarse en la vida diaria como libres.

Ulpiano es tal vez más explícito al decir que existe una posesión de estado de libertad del que todos gozan, si son libres, por su derecho y si son esclavos, por el hecho de actuar en libertad.

En efecto, cuando alguien, por razones fundadas o no en derecho y sin malicia, se consideraba libre y vivía como tal, había que afirmar que el tal estaba en libertad sin *dolo malo* y por ello que disfrutaba de la ventaja de la posesión de su estado.¹⁷

Lo expuesto conduce a considerar que el estado de libertad se presume y quien sostiene que un hombre no es libre deberá probarlo.

Esta presunción aparece de manifiesto cuando los jurisconsultos se refieren a la situación del demandado en un juicio sobre estado de libertad.

¹⁰ D.1.5.4. FLOR. 9 *Inst.*

¹¹ D. 15.4.1. FLOR. 9 *Inst.*; I. 1.3.2.

¹² I. 1.5. pr.

¹³ BRUNS GRADENWITZ, *Fontes Iuris Romani Antiqui*. Haarlem, 1969. Festus. 86.

¹⁴ Gai. 1.11.

¹⁵ I.1.3.1.

¹⁶ D.40.12.10. Ulp. 55 *ad ed.*

¹⁷ D.40.12.12.3. Ulp. 55 *ad ed.*

Una vez que se ha iniciado el juicio sobre la libertad de alguno, este que litiga por su propio estado puede ser considerado como persona libre, de modo que no se le denieguen las acciones que desee ejercitar contra el que pretende ser su dueño.¹⁸

Paulo ha indicado que el que está procesado por su estado de libertad puede ser tenido por libre y no deben denegársele las acciones que pretenda ejercitar contra el que pretende ser su dueño.

Diocleciano el año 293 disponía que durante el juicio de libertad el demandado era considerado libre: "Instruido el proceso, aquel de cuya libertad se investiga, se coloca en posesión de la libertad, y entre tanto se le tiene por libre".¹⁹

Quien litigare respecto de la libertad de alguno con la intención de vejarlo puede ser castigado por ello con pena de destierro. Así lo indica Paulo: "Los encargados de conocer las causas sobre la libertad pueden fallar, hasta imponer la pena de destierro, sobre la calumnia del que movió la controversia por vejear al contrario."²⁰

Finalmente, un esclavo puede vivir en libertad como dice Ulpiano: "...como el que fue manumitido en un testamento que él ignora es nulo, o fue manumitido por la vindicta por quien él creía ser su dueño, pero no lo era, o fue criado como libre, siendo esclavo".²¹

Se ha indicado varias veces que el esclavo que actúa como libre debe ser sin *dolo malo*. Para comprender esta situación hay que tener presentes las opiniones de Juliano y de Alfenio Varo reproducidas por Ulpiano.²² Dice Juliano que todos los que se creen libres han estado como libres sin *dolo malo*, cuando se comportan como libres aunque sean esclavos, pero Alfenio Varo escribe que no se admite que el que se sabe libre, esté como libre, sin *dolo malo*, mientras se halla en fuga, sino cuando deje de ocultarse como un fugitivo y empieza a estar como libre sin *dolo malo*; en efecto, dice que el que sabiéndose libre luego se conduce como un esclavo fugitivo, se comporta como esclavo por el hecho mismo de hallarse como fugado.

Queda en claro, por tanto, que actuar como libre es una actitud frente a la sociedad romana en que se desenvuelve con la apostura de los que son libres y con el desplante de quienes se saben que no podrán, en cualquier momento, ser reclamados por un amo y reducidos a servidumbre.

5. La libertad constituía un *ius libertatis* que se oponía a la condición de *servi*, que en derecho civil no son personas, pero lo son en derecho natural, en el cual todos los hombres son iguales.²³ Sin embargo, el hombre libre que está en calidad de esclavo o siervo, no podía ser objeto de adquisición como los bienes por el transcurso del tiempo en razón de encontrarse en estado de servidumbre y Gayo asimila esta situación al derecho que rige las cosas sagradas y religiosas y dice al efecto: *Item liberos homines et res sacras et religiosass usucapi non possunt*.²⁴ Del mismo modo los hombres libres, las cosas sagradas y las religiosas no pueden ser adquiridos por usucapión.

Tampoco es posible perder la libertad en razón de una convención o pacto privado, como lo afirma Calistrato:²⁵ "Por una convención privada nadie puede ser sometido a esclavitud, ni liberto de alguien".

En caso de duda acerca del estado de libertad de un hombre debe favorecerse la libertad, como lo establece la antigua regla que Pomponio ha conservado

¹⁸ D.40.12.24. pr. PAULUS 51 *ad ed.*

¹⁹ C.I. 7.16.14.

²⁰ D.40.12.39.1. PAULUS 5 Sent. Paul. 5.1.7.

Sent.

²¹ D.40.12.12.2.

²² D.40.12.10. Ulp. 55 *ad ed.*

²³ D.50.17.32.

²⁴ GAI. 1.2.28.

²⁵ D.40.12.37. Callistratus. 2 *quaest.*

consagrando el *favor libertatis*: Cuantas veces es dudosa la interpretación de la libertad, debe responderse siempre en favor de la libertad”.²⁶ Paulo a su vez sostiene el mismo principio:²⁷ En caso de que sea oscura la voluntad del manumisor, hay que favorecer el estado de libertad”.

Si no aparece claro en el juicio de libertad, cual sea el verdadero estado del litigante, hay que admitir la prueba de que él mismo se encuentra en posesión del estado de libertad.²⁸

De ello hay que concluir que se consideraba prueba del estado de libertad la posesión de dicho estado cuando faltaba una prueba concluyente con que el litigante evidenciara el estado de esclavitud.

En el caso de una obligación entre un amo y su esclavo, según las reglas de la potestad se trataba de una deuda inexistente, pero si por error se la paga una vez manumitido, no hay derecho a repetición de lo pagado, pues prima la obligación natural, ya que la libertad se contiene en el derecho de un modo natural, mientras que la potestad dominical ha sido introducida por el derecho de gentes, así en el juicio *per conditionem* la razón de lo debido y de lo no debido debe ser entendida según el derecho natural. Así lo sostiene Triphonino.²⁹ En el presente caso el jurisconsulto considera que el derecho natural como fuente de la obligación prima sobre la relación dominical que hace inútil la obligación del esclavo, pues esta potestad tiene su origen en el derecho de gentes.

Cabe hacer notar una situación muy particular que se refiere a la sentencia recaída en una *causa liberalis* en el caso en que se declare que alguien es esclavo. Lo normal es que se estime en dinero la cosa materia del litigio para los efectos de iniciar la acción y para los efectos del cumplimiento de la sentencia. Gayo así lo señala en sus *Instituciones*:³⁰ *Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.*

Gayo, tratando de los juicios de libertad en el procedimiento *legis actiones per sacramentum in rem* expresamente indica que “debe enterarse un depósito de cincuenta ases, aunque se trate de un hombre valiosísimo, pues la ley previno en favor de la libertad que no se gravara a los defensores”.³¹

Así lo reitera Paulo en dos textos:³² “En efecto, el hombre libre no puede ser estimado en ningún precio”, y agrega en una forma más precisa: “La libertad es una cosa inestimable”.

El amo en el cumplimiento de la sentencia no está obligado a recibir el valor del esclavo, sino que puede reclamar la entrega del siervo. Así lo afirma Papiniano, quien dice que “el señor o amo que ganó el pleito³³ que desea llevar a su siervo no será obligado a recibir en lugar de él el valor judicial”.

EVOLUCION DE LA CAUSA LIBERALIS

6. La *causa liberalis*, según las diversas épocas de los sistemas procesales, tuvo tramitaciones diferentes. En la época de las *legis actiones* debía hacerse por el *assertor libertatis* (o defensor de la libertad) un depósito de cincuenta ases, señalando Gayo que esta suma era, aun en el caso del hombre más apreciado, pues la ley previno en favor de la libertad que no se gravara a los *assertores libertatis*. El procedi-

²⁶ D.50.17.20. POMP. 7 *ad Sab.*

²⁷ D.50.17.179 PAULUS 6 *ad Plaut.*

²⁸ D.40.12.41. pr. PAULUS, *Libro singulari de articulis Liberalis Causas.*

²⁹ D.12.6.64 TRIPHONINUS 7 *Disp.*

³⁰ GAI. I.4.48.

³¹ GAI. I.4.14.

³² D.50.17.106. PAULUS. 2 *ad ed.*; Pauli Sent. 5.1.1.

³³ D.40.12.36. PAPINIANUS 12 *resp.*

miento empleado en esta época era la *vindicatio libertatis* o la *vindicatio servitutis*, según se reclamara la libertad de un hombre o que se reconociera su estado de esclavo. El procedimiento judicial era la *legis actio per sacramentum in rem*. El uso de este procedimiento queda establecido en razón de tratarse de una acción general y además porque se contemplaba por disposición de la *Ley de las XII tablas* que el depósito para el caso en que se tratara de la controversia de la libertad de un hombre, se depositaran cincuenta ases solamente para favorecer la libertad.³⁴

El ejemplo de las *legis actio per sacramentum in rem* que nos ha conservado Gayo se trata precisamente de la *vindicatio servitutis* de un esclavo.³⁵ El tribunal que conocía del juicio era el de los *decemviri litibus iudicandis*. Mientras duraba el pleito pedía, el sometido a juicio, ofrecer *vindiciae pro libertate*, es decir gozar de libertad mientras durara el juicio, y el magistrado decretaba la *vindiciarum dictio secundum libertatem*, con lo cual quedaba libre en el transcurso del juicio. Una escena referente a esta materia puede leerse en Pomponio en el Digesto (1.2.2.24), donde se describe el juicio de Virginia, a quien Appio Claudio, Decemviro, pretendió reducir a la esclavitud para satisfacer su lubricidad.³⁶

Durante la vigencia del procedimiento formulario (siglo II a.C. a siglo III d.C.) se estableció una acción prejudicial *in rem*, como es aquella por la cual se investiga acerca de si alguien es libre o liberto.³⁷

Hacia la época de los Severos (siglo III d.C.) se designa un pretor encargado de conocer los procesos de *liberalibus causis* relativos a la libertad, utilizando un procedimiento *extraordinem*. Con anterioridad, esta jurisdicción ya había correspondido al Presidente de la Provincia.³⁸ Las *Institutas* de Justiniano³⁹ dicen que son acciones prejudiciales *in rem* aquellas por las cuales se investiga acaso alguien es libre o liberto. De estas acciones prejudiciales una tiene causa legítima, que es aquella por la cual se investiga si acaso alguien es libre, las demás se constituyen por la jurisdicción del mismo pretor.

ASSERTOR LIBERTATIS

7. Los esclavos no estaban autorizados para comparecer en juicio, como lo indica el Digesto 2.11.12: "Puesto que el esclavo no puede ser demandado ni demandar (Jul. 55 *ad dig.*)", por lo que no puede comparecer ante el pretor a reclamar de su estado de servidumbre, por lo que las leyes romanas crearon el *assertor libertatis*, cuya función era actuar ante los magistrados y defender la libertad del esclavo.

³⁴ Gai I. 4.14.

³⁵ Gai. I. 4.16. *Si in rem agebatur, mobilia quidem et momentia, quae modo in ius adferri adducere possent. In iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uluti ueluti hominem, et ita dicebat HVNC EGO HOMINEM ES IVRE OVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM. SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam imponebat; aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat, cum uterque uindicasset, praetor dicebat MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior uindica (uerat, ita alterum interroga) bat POSTVLO ANME DICAS, QVA EX CAUSA VINDICAVERIS; ille respondebat IVS FECI SICVT VINDICTAM INPOSVI; deinde qui prior uindicauerat, diceba OVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, D-Aeris Sacramento TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter ET EGO TE; scilicet*

L asses sacramenti nominabant; deinde eadem sequebatur quae cum in personam ageretur; postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interrim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat.

³⁶ D. 1.2.2.23. POMP. *sing. enchiridii*. Además Tití Livii *Ab Urbe Condita*. 3.44; Dion Cassius 11.28; Diodoro 12.24; véase estudio crítico y bibliografía en FRANCIOSI Genaro *Il proceso de Virginia*, en SOLAZZI Siro *Mnemeion*, Napoli, 1964 y *Labeo* N 8., 1962. *Il proceso de Libertà in Roma*. Lecture por Levy-Bruhl Henry.

³⁷ I. 4.6.13.

³⁸ C.1.39; C.4.51.1.

³⁹ I.4.6.13.

Cuando el que está en posesión del estado de esclavo no quiere litigar sobre su estado, quizá con la intención de perjudicarse a sí mismo y a los suyos, es justo que en este caso se dé licencia a algunas personas para que litiguen en su lugar. Así puede litigar el padre por el hijo, el hijo por el padre, el patrono por el liberto y si hay varias personas entre las mencionadas que quieran litigar por ellos, debe intervenir el pretor para elegir la que crea más indicada al propósito. Con mayor benevolencia debe admitirse todavía que, si son llevados a esclavitud un loco o un niño infante, se permita la defensa de los mismos, no sólo a personas de la familia, sino también a las extrañas a la misma.⁴⁰

No se prohíbe al marido iniciar investigación sobre el estado de libertad de su mujer.⁴¹

Sin embargo, el pretor puede impedir que alguien actúe como *assertor* cuando parezca que pretende actuar en forma sospechosa.⁴²

De lo dicho hay que señalar que el *assertor libertatis* era un ciudadano romano que intervenía como representante procesal de la persona cuya condición de hombre libre o esclavo se litiga en el procedimiento denominado *causa liberalis*. El *assertor* debe prestar fianza de calumnia de un tercio.⁴³

Si después de iniciada la causa de libertad, el *assertor* abandona el asunto, se pasará el juicio a otro *assertor*, y el *C. Theodosiano* dispone que si renuncia o si no lo tiene el que sigue el juicio de libertad, debe proveerse a que lo tenga.⁴⁴ No conviene, iniciada una causa sobre el estado de un individuo, sin una forzada necesidad abandonarla.

Cuando el *assertor* ha iniciado una causa de libertad en forma temeraria, puede dictarse en contra sentencia de destierro.⁴⁵

Es posible reclamar del estado que tenía la persona aun después de su muerte en las condiciones que señala Hermogiano:⁴⁶ No se impide reclamar un estado que tenía el individuo muerto hace más de cinco años, si es mejor que el que se cree tenía en el momento de su muerte. Por lo tanto, si uno muere en estado de esclavitud, puede probarse después de un quinquenio que había muerto siendo libre.

LIBERTAD DEL HIJO EN PATRIA POTESTAD

8. Es de interés conocer la situación del hijo de familia en relación con las estrictas acciones que resguardaban el poder del padre respecto del hijo. En el derecho quirritario era posible pedir la reivindicación del hijo de familia bajo *potestad* de su padre y que se encontraba en poder de un extraño. Sin embargo, en el transcurso de la evolución del derecho primó la actividad del pretor, quien introdujo la forma de *preiudicia*, interdictos o *causa cognita* en el conocimiento de esta materia. No obstante, Ulpiano y Pomponio estiman que si alguien sostiene que reclama al hijo en *potestad* expresada la causa *in potestate adiecta causa quirritum*: puede vindicar al hijo *vindicari potest*.⁴⁷

En el interdicto *de liberis exhibendis et ducendis* el pretor no admite excepciones para retener al que debe ser presentado (el hijo), sino que se ha pensado

⁴⁰ D.40.12.1. Ulp. 54 *ad ed.*

⁴¹ Pauli Sent. 5.1.9.

⁴² Vat. Frag. 324.

⁴³ Gai. I. 4.175.

⁴⁴ Pauli Sent. 5.1.5; C.Th. 48.5.; Pauli Sent. 5.1.5.

⁴⁵ Pauli Sent. 5.1.7.; D.40. 12.39.1.

⁴⁶ 40.15.3. Hermog. 6 *iuris epit.*

⁴⁷ D.6.1. xx 1.2. Ulp. 16 *ad ed.*

siempre que tiene por fin restituir al que se encuentra bajo patria potestad del demandante.⁴⁸

Sin embargo, el pretor hace excepciones en relación al poder que asiste al padre que invoca su patria potestad en relación con la voluntad del hijo o de la hija que no debe o no desea reintegrarse a su poder.

Si es la madre la que retiene al hijo y se da el caso que el hijo debe vivir con ella antes que con su padre, siempre por algún motivo muy justo, debe defenderse a la madre mediante una excepción, como lo decretó Antonino Pío y se dice también en los rescriptos de Marco Aurelio y de Septimio Severo.⁴⁹

Si un padre quiere llevarse y solicita que sea presentada su hija, que está casada y vive con su marido, ¿deberá darse una excepción contra su interdicto en caso que el padre quiera deshacer un matrimonio de cónyuges concordantes y quizá provisto de descendencia? Y en la práctica se observa sin dudas que no debe perturbarse la paz de matrimonios concordantes por el derecho de la patria potestad lo que debe llevarse a buen fin procurando persuadir al padre de que no abuse de su patria potestad.⁵⁰

La situación del hijo impúber es cuidadosamente estudiada por los jurisconsultos y al efecto dice Juliano: "...que cuando se promueve este interdicto para llevarse a un hijo, y el hijo reclamado es impúber, unas veces se debe retrasar el asunto al momento de la pubertad, y otras se debe anticipar, y esto depende de las personas entre las que se da la controversia y de la clase de controversia que sea: si el que se declara ser el padre es persona de autoridad, prudencia y probada honradez, tendrá al impúber en su poder hasta el momento del litigio; mas si el demandante es persona de baja condición, calumniador o de reconocida inmoralidad, la cognición debe anticiparse. Asimismo, si el que niega que el impúber está bajo la potestad del adversario es persona de probada honradez, o tutor, bien testamentario, bien nombrado por el tutor, seguirá teniendo a su cuidado el pupilo que tenía ya en el momento del litigio, y si el que declara ser el padre es sospechoso de calumnia, no deberá retrasar el litigio. Si ambos son personas sospechosas, como carentes de fortaleza o de moralidad, dice Juliano, que no es inconveniente que se nombre una persona encargada entretanto de la educación del niño y se retrase la controversia al momento de la pubertad, a fin de evitar que, por colusión o impericia de alguno de los litigantes, se atribuya una persona independiente a quien no tiene la potestad sobre él, o el que es hijo de familia sea declarado indebidamente como persona independiente.⁵¹

Finalmente, se señala el caso de un hijo que está por su propia voluntad en poder de alguien, y en este caso no sirve el interdicto, pues ese hijo está en su propio poder más que en el de aquel contra el que se dirige el interdicto, siempre que tenga libertad para marcharse o para quedarse.⁵²

LA LIBERTAD COMO FACULTAD HUMANA DE ACTUAR

9. Fuera del estado de libertad, hay que considerar la libertad como la facultad que tiene el hombre de efectuar libre de toda presión y de toda influencia física ajena que le impida desenvolverse como él quisiera, desplazarse a donde él quiera,

⁴⁸ D.43.30.2. Ulp. 71 *ad ed.*

⁴⁹ D.43.30.1.3. Ulp. 71. *ad ed.*

⁵⁰ D.43.30.1.5. Ulp. 71 *ad ed.*; Pauli Sent. 5.6.15.

⁵¹ D.43.30.3.4. Ulp. 71 *ad ed.*

⁵² D.43.30.5. Ven. 4 *Inter.*

ir y asentarse en el lugar que le convenga y establecer su domicilio o residencia de acuerdo con sus intereses y libre voluntad.

A ello se refiere Florentino⁵³ cuando dice que la libertad es la natural facultad de hacer lo que se quisiere, con excepción de lo que impide la fuerza o prohíbe la ley.

De manera que el hombre puede ser impedido de hacer algo u obligado a actuar por la fuerza, que, proviniendo de otro hombre, coarte el ejercicio de su libertad.

En los textos de los jurisconsultos aparecen estos actos de coerción descritos con detalle.

Venuleio⁵⁴ señala que no se diferencian mucho de los siervos a quienes no se les reconoce la facultad de retirarse, alejarse, partir, irse o desviarse que expresa la facultad *recidendi*.

Justiniano en sus *Instituciones*⁵⁵ dice al efecto que la libertad es aquella facultad por la cual los hombres se llaman libres, que les corresponde por naturaleza para hacer lo que deseen, a no ser que algo por la fuerza o por la ley se prohíba.

Paulo, en su obra "*Libri quinque sententiarum ad filium*", señala muchos casos en que la libertad es coartada, como cuando un hombre libre es amarrado, detenido, encerrado por otro, sea que lo haga personalmente o lo encomiende hacer a alguien;⁵⁶ quien echare a alguien a la cárcel para exigir de él alguna cosa;⁵⁷ el que encerrare a otro en la casa para extorsionarlo o darle o prometerle algo⁵⁸ o quien encadenare con fierros (cadenas) a otro.⁵⁹

Tampoco hay libertad cuando alguien es derribado por la fuerza, o es detenido violentamente en su campo, o el que es amedrentado en el camino para que no entre a su fundo⁶⁰ ni cuando se impide a alguien salir a la vía pública.⁶¹

Si alguien es extorsionado o constreñido por los medios antes señalados para obtener bienes, beneficios o promesas, el pretor mediante la *restitutio in integrum* declaraba estos actos obtenidos como inexistentes y sin ningún valor.⁶² Dice: *quidquid ob causam factum, nullius est momenti*.

Para el caso en que un hombre libre sea privado de libertad por acciones arbitrarias y dolosas, el Edicto establecía el interdicto *de homine libero exhibendo*, que era una orden del pretor por la que se disponía que el secuestrado, encerrado o detenido fuera presentado ante él. Este interdicto es para proteger la libertad de que debe gozar el hombre libre.⁶³ *Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines libri retineantur a quoquam*.

El interdicto era de acción pública y cualquiera podía intentarlo. "*Hoc interdictum omnibus competit; nemo prohibendum est libertati favere*". La razón es que nadie está impedido de favorecer la libertad.⁶⁴

En virtud de este edicto ordenaba el pretor: *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*, lo que significaba que se mostrara en público al hombre retenido de manera de poder verlo y tocarlo. Es decir, mostrarlo fuera de secreto. Exhibir es ostentar la presencia del cuerpo. O sea, el término *exhibere* envuelve la presentación pública de manera que el hombre retenido esté en presencia del magistrado y de quien ha pedido el interdicto, de modo que puedan verlo y tocarlo, cesando su permanencia en secreto.

⁵³ D.1.5.4. Flor. 9 *Instit.*

⁵⁴ D.43.29.2. Ven. 4 *Interdic.*

⁵⁵ I.1.3.1.

⁵⁶ Pauli Sent. 5.6.14.

⁵⁷ Pauli Sent. 1.7.10.

⁵⁸ Pauli Sent. 1.7.8.

⁵⁹ Pauli Sent. 1.7.9.

⁶⁰ Pauli Sent. V.6.14.

⁶¹ Pauli Sent. V.6.2.6.

⁶² Pauli Sent. I.7.10.

⁶³ D.43.29.1. Ulp. 71 *ad ed.*

⁶⁴ D.43.29.3.9. Sobre el *Interdicto de homine libero exhibendo* véase mi artículo "La defensa de la libertad en el Derecho Romano", publicado en la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N° 9, 1984, de la Universidad Católica de Valparaíso, pp. 1 a 40.

Si se desea invocar una causa justa para mantener la retención, debe expresarse de inmediato, pidiendo un árbitro al pretor, antes que el retenido salga del tribunal, y si esto no se hiciera de inmediato, no será después oído.

Si la causa de la retención es la de haber redimido al detenido de la prisión del enemigo, se entiende que la retención es lícita, pero se puede ofrecer el satisfacer el precio del rescate. Esta retención no podía durar más de cinco años.

La exhibición debía hacerse de inmediato y no se concedía lapso para la presentación del retenido.

La resolución del magistrado se conserva en las notas de Valerio Probo, que la indica con las letras iniciales: R.A.Q.E.I.E (*Restituas antequam ex iure exeas*). O sea, era la orden de devolver la libertad al retenido antes de salir del tribunal (*a pretore discedat*). Cualquier dilación era contraria al principio del interdicto de favorecer la libertad. *Tuendae libertatis causa*.

LEY FABIA

La ley Fabia fue una ley rogata, de fecha desconocida, pero aproximadamente hacia el siglo II a.C. en que se configuró el delito de plagio y se establecieron las penas.⁶⁵

La ley Fabia castigaba al que escondiere, vendiere, retuviere en prisión o comprare a un ciudadano romano ingenuo, a un liberto o a un esclavo ajeno. Los que cometieron estos delitos inicialmente fueron sancionados con una pena en dinero, pero tras pasado el conocimiento de estos juicios al *Praefectus Urbis* y al Presidente de la Provincia se les juzgó por el procedimiento extraordinario. Los humildes eran condenados *ad metalla* (a las minas), o eran crucificados: a los *honestiores* se les confiscaba la mitad de sus bienes y eran exiliados a perpetuidad. Diocleciano introdujo para el plagio la pena de muerte.

Según expone la *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, si un esclavo, con conocimiento de su amo, cometiere este delito, el amo será castigado con cincuenta mil sestercios y el esclavo será condenado a muerte.

El delito de la ley Fabia de *plagariis* se configuraba por el secuestro, venta, retención en prisión, compra y venta de ciudadanos romanos ingenuos o libertos, y estaba castigado con penas gravísimas, pues con ello se perseguía defender la libertad que por derecho correspondía al estado del régimen jurídico de que gozaban las personas cuya condición era la de libres.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA LIBERTAD

Finalmente se encuentra en el período del emperador Diocleciano, en el año 300 d.C., una constitución⁶⁶ en que se reconoce la posesión del estado de libertad y la prescripción por el tiempo de dicho estado. Al efecto dice: "Ayuda a la firme defensa de la libertad la posesión de ella obtenida por un justo comienzo durante un largo tiempo. La razón aconsejó siempre que el favor de la libertad era merecido y saludable, de modo que aquellos que con buena fe hayan permanecido sin interrupción en posesión de la libertad por espacio de veinte años, deberá aprovecharles la prescripción contra la incertidumbre de su estado para que no solo sean libres, sino que también se hagan ciudadanos romanos."

⁶⁵ D.48.15; C.9.20; *Pauli Sententiae* 5.30; Coll. 14.3,4,5.

⁶⁶ C.7.22.2.

