



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION

---

FACULTAD DE

CIENCIAS JURÍDICAS

## *ORIGENES Y LIMITES DEL DERECHO*

**LUIS HERRERA REYES**

Ex-profesor Derecho Romano  
Universidad de Concepción

Derecho y Estado forman un todo. No se concibe el uno sin el otro. Desde el momento en que el Estado nace, nace con él el Derecho necesariamente. Y no pudiendo verse en el Estado romano un producto de la voluntad como creación reflexiva de un día y de un hombre, tampoco se puede creer que su Derecho brotase desde el primer instante por obra de una legislación consciente, sino que fue a lo primero expresión involuntaria y original de las necesidades sentidas por la conciencia del pueblo, de lo que la vida del pueblo necesitaba. El Derecho primitivo es siempre y dondequiera —y lo fue también en Roma evidentemente— Derecho consuetudinario, no Derecho legislativo; y este régimen dominaría sin duda toda la época monárquica. Al menos, la prehistoria de las XII Tabla nos fuerza a creer que bajo la monarquía no existía aún legislación, que la costumbre y la tradición judicial eran por entonces las formas exclusivas en que el Derecho nacía y se desarrollaba. Por esto es de creer que Dionisio de Halicarnaso caracteriza muy exactamente la situación de aquella época al decir de los reyes que dictaban el Derecho según sus convicciones, que lo que ellos creían justo y equitativo tenía fuerza de ley, y de los cónsules de los primeros tiempos que resolvían ateniéndose de ordinario a los precedentes de sus antecesores en el cargo. Las llamadas leyes regias no eran, como hemos dicho, tales leyes de la época monárquica, y las supuestas quinquaginta decisiones de Servio Tulio son probablemente una falsa invención.

El Derecho de esta época era un Derecho consuetudinario, concepto del que se ha abusado no poco y que no siempre se ha sabido comprender, que aún hoy se interpreta de modos diversos y sin plena seguridad. En cuanto al Derecho romano parece que se ha logrado ya demostrar que el influjo inmediato de la costumbre en el desarrollo del Derecho no fue fundamental, sino que actuaba de un modo indirecto las más de las veces, preparando el terreno a las normas del Derecho pretorio, alentando el Derecho del tráfico, desenvuelto por el pretor en el llamado *ius gentium*, influyendo en los fallos judiciales y en los dictámenes de los jurisconsultos (*responsa prudentium*), en la *aequitas*, cristalización de la

buena fe en el comercio jurídico, lo opuesto al Derecho estricto (*ius strictum*); pero sin que el Derecho clásico conociese todavía quizá una verdadera costumbre derogatoria, reduciéndose probablemente a atribuirle al Derecho consuetudinario la simple virtud de complementar al orden jurídico vigente. Se armoniza con esta concepción el hecho de que los juristas romanos no estudiaran teórica y filosóficamente el Derecho consuetudinario hasta relativamente tarde y nunca de un modo profundo. No reconocen un verdadero Derecho consuetudinario —los glosadores son los primeros que hablan de un *ius consuetudinarium*, sino, simplemente la costumbre, *consuetudo*, *usus*, *mores*. La costumbre es para ellos un hecho del que puede emanar una norma jurídica. Y no conciben el uso como simple medio de manifestación de las convicciones del pueblo, sino como elemento constitutivo, además del *consensus omnium*, del sentimiento nacional del Derecho. Ciertamente que *Salvius Julianus* se sobrepone a ese modo de ver, pues ve el fundamento del Derecho consuetudinario en la voluntad tácita del pueblo, desplazando así la doctrina de los actos concluyentes, propia del Derecho Privado, al campo del Derecho Público; pero, aparte de que nadie le sigue en esa opinión, apenas pretende más que deducir una consecuencia doctrinal de su construcción del Derecho consuetudinario.

Por lo demás, todas estas teorías sólo nos pueden explicar cómo y por qué se ha desenvuelto gradualmente el Derecho. Mas el Derecho no brota, por decirlo así, existe desde que existe el Estado. No es la costumbre la que crea el Derecho; no hace más que confirmar su existencia. Es simplemente expresión de la fuerza consagrada del tiempo y de la continuidad de la condición psicológica inherente a la humanidad toda y que le hace acatar como normativos hechos constantemente reiterados. Entraña la justificación vanal, y hondamente arraigada no obstante, de que el nieto procede como lo hace por haber procedido así su padre y su abuelo. Pero el Derecho es más antiguo que la costumbre; es la ordenación exterior de las relaciones de la vida, condicionada por el anhelo de satisfacer sus necesidades que alienta en todo hombre y determinada por la adecuación a los fines perseguidos. El Derecho es, como manifestación positiva, la forma permanente e inexcusable de los actos volitivos provocados por la satisfacción de las necesidades humanas, y tuvo que ser, por tanto, originariamente, un producto cultural y económico que brotase naturalmente de las dotes y las concepciones del pueblo, y que pasó a ser Derecho a partir del momento en que la generalidad lo reconoció como provechoso y necesario, acatándolo por esto colectivamente y vigilando y garantizando este acatamiento en la práctica, sin excepción, por medio de sus órganos. De aquí el severo y general formalismo del primitivo Derecho, que permitía prescindir de normas jurídicas expresamente formuladas, y de aquí también la importancia del uso, de la costumbre, que si bien no crea el Derecho, da testimonio de él, lo consolida, lo petrifica. En este sentido se puede decir que todo Derecho antiguo, y asimismo el de los primeros siglos de Roma, fue Derecho consuetudinario.

Lo malo de este Derecho es que siempre implica una cierta imprecisión e inseguridad. No pone barrera alguna segura al subjetivismo y que puede servir muy bien de manto para cubrir la parcialidad. A medida que aumenta la fuerza política del pueblo, es, pues, natural que se manifieste siempre el deseo de instaurar un orden jurídico fijo e inmutable, con vigencia general. La formación espontánea del Derecho debe ceder su puesto a un sistema de formación reflexiva, la ley debe suceder a la costumbre. Es el curso natural que siguieron también las cosas en el pueblo romano. La época monárquica sería probablemente un período de imperio exclusivo del Derecho consuetudinario; en cambio, los comicios centuriados, que probablemente no funcionarían como asambleas políticas hasta la reorganización republicana parecen haberse consagrado desde el primer momento a la legislación. Ciertamente que, a lo primero, la legislación se limitó casi exclusivamente al Derecho Público. Fruto de esta labor fueron las leyes que tuvieron por objeto liquidar la lucha de clases, fijar el régimen de las magistraturas, los derechos políticos de la plebe, etc., y a las que hemos aludido en el curso de nuestra exposición. La legislación no adquiere caracteres generales hasta comienzos del siglo IV de Roma, con la llamada Ley de las XII Tablas.

Es verdad que las referencias sobre esta ley abundan en contradicciones. Se dice que el tribuno C. Terentilius Arsa propuso ya en 292 a.u.c. (= 462 a. de J. C.) que se nombrase una comisión encargada de redactar leyes escritas a las que se debieran atener los cónsules. Y se añade que la enérgica oposición de los patricios logró demorar ocho años la aceptación de esta propuesta, y que aun después de tomado el acuerdo se hubo de aplazar nuevamente su ejecución hasta tanto que regresasen de Atenas o de las regiones del sur de Italia (la Magna Grecia) los enviados a quienes se había comisionado para estudiar las leyes helénicas. Quizás esta noticia sea una perífrasis con que se quiere aludir a las evidentes y profundas influencias griegas que se encuentran en las XII Tablas. En el año 303 se acometió por fin la obra, pero no confiándola a los cónsules o a una especial comisión legislativa, sino a los decenviros, magistratura creada a la sazón con poderes extraordinarios. Estos pusieron fin a la obra en el mismo año, presentaron las leyes a los comicios para su confirmación y las expusieron en el foro en 10 tablas de madera o de bronce. Un segundo colegio decenviral, en que se dio entrada ya a los plebeyos, y cuyos desmanes acabaron por conducir a los desórdenes que conocemos con multitud de rasgos legendarios, dictó, al parecer, en el año siguiente, una nueva serie de disposiciones —contenidas en otras dos tablas— que, después de derrocados los decenviros, fueron elevadas a ley y expuestas a propuesta de los cónsules del año 305 a.u.c. (449 a. de J. C.). Hay mucho de dudoso en esta tradición. La descripción de los escritores romanos deja entrever claramente la tendencia a desenvolver paradigmáticamente sobre la historia del decenvirato la doctrina de los poderes constituyentes extraordinarios, sin que se pueda decir con seguridad si la historia fue urdida toda con esta mira desde el principio al fin o si se injertó en una tradición verdadera. Hay que aceptar, sin embargo, a pesar de todas las impugnaciones,

con la seguridad que cabe en lo histórico, el hecho de que los decenviros compusieron un monumento legislativo que constituye la base de toda la evolución jurídica posterior del pueblo romano.

Al ser ocupada Roma por los galos, se dice que fueron destruidas las tablas de la ley. No se sabe si ésta se grabó en otras tablas nuevas, aunque no es de creer por los muchos errores que se encuentran en los estudios jurídicos y gramáticos consagrados más tarde a las XII Tablas y por los giros modernizados del lenguaje en las citas que hacen de ella los gramáticos. No obstante, la ley se mantuvo vigente y se aplicó en la práctica durante varios siglos, gracias sobre todo a la interpretación (*interpretatio*), que no se reducía en rigor a explicar la ley, sino que la completaba y la desenvolvía, sin abstenerse de violentar manifiestamente el texto, cuando era necesario para poner a tono la ley con las nuevas necesidades jurídicas; este modo de proceder pone de manifiesto la preeminencia del Derecho estatuido sobre el "Derecho consuetudinario" que vive en la sombra a título de simple interpretación de la ley. El Código de las XII Tablas no pierde su posición central hasta que, al desenvolverse profusamente los edictos pretorios, pudieron apoyarse en ellos la ciencia y la práctica del Derecho.

Esta fundamental importancia de las XII Tablas explica el que los juristas y los gramáticos se consagrasen repetida y detenidamente a su estudio y que todavía la comentase Gayo, que fue un jurista del Siglo II de la era cristiana. A esta circunstancia se debe el que aún hayan llegado a nuestros días algunos fragmentos de ese Código que nos permiten formarnos una noción, aunque sólo sea aproximada, de su contenido. De su examen se desprende que, sin duda, exageran un poco los juristas romanos al llamar a la Ley de las XII Tablas "*corpus omnis Romani iuris, fons omnis publici privatiue iuris*", y otras expresiones hiperbólicas semejantes. No obstante, parece haber abarcado, aunque no fuese fundamentalmente, todo el campo del Derecho, el Derecho privado, el procedimiento civil, el Derecho penal, el político y el sacro.

Los conatos de reconstrucción, que vienen ya desde el siglo XVI, no son muy sólidos, por la escasez de los materiales y por una segunda razón. Es verdad que no hay una norma que haya pertenecido a las XII Tablas de la que no se nos haga saber esta procedencia. Pero no sabemos, en cambio, lo que se perdió, y los gramáticos proceden en este punto con mayor cautela que los juristas, que atribuyen muchas veces a la XII Tablas reglas que parecen ser más bien producto de la *interpretatio*. Carecemos en absoluto de referencias seguras que nos permitan conocer el plan de la ley. Y son pocas las normas de que sabemos el lugar que ocupaban, aparte de que los autores de la ley difícilmente tendrían noción de una sistemática ajustada a medias a las ideas de hoy.

Por su contenido, la ley sólo era, en su mayor parte, formulación del "Derecho Consuetudinario" que venía rigiendo desde antiguo. Alguna novedad se introduciría, sin embargo, por razones políticas y de oportunidad. Parecen haber dado la pauta sobre todo la atenuación del rigor jurídico existente y la tendencia a evitar inseguridades. Una concisión



lapidaria e impresionante, una terminología jurídica bien precisada, el carácter legítimamente jurídico y práctico de sus disposiciones, y la nitidez y claridad de pensamiento y de expresión son los méritos característicos que todos reconocen a la ley y que les aseguraron una posición preeminente en la vida cultural del pueblo romano aun como medio general educativo. El conocimiento de las XII Tablas era punto de honor para todo ciudadano romano. Y la difusión de ese conocimiento se demuestra en las numerosas alusiones, veladas muchas veces, de la amena literatura y, especialmente, de la poética, que sólo el que supiese de Derecho podía entender. Constituían también las XII Tablas la base de la enseñanza, por ser el monumento escrito más extenso de la lengua latina. Todavía Cicerón cuenta que cuando muchacho le hicieron aprender de memoria su texto. Quizá que en atención a esta finalidad se hiciera una redacción de esta ley en forma versificada a base del metro saturnio. Al menos se ha querido encontrar huellas de esto.

La Ley de las XII Tablas es la más eminente representación del modo de formarse el Derecho que se desenvuelve al lado del "Derecho Consuetudinario" desde la fundación del Estado libre: la ley, *lex*.

*Lex* significa etimológicamente vinculación de uno para con otro, en el sentido de que el uno formula y propone las condiciones de la vinculación y el otro las acepta, una carga que impone a una de las partes una obligación; no es un precepto ni una orden que el pueblo dicte al magistrado, sino, por el contrario, una promesa que le otorga una desigual reciprocidad, una subordinación, siempre que el magistrado pertenezca al cuerpo de los "omnes quirites" a quienes la *lex* vincula, un contrato. En cuanto al Derecho Político, la *lex* es una vinculación que surge de una pregunta (*rogatio*), de una propuesta (*legem ferre*) del magistrado al pueblo reunido. Recordemos qué magistrados se hallaban facultados para proponer las leyes y qué asambleas populares las podían votar. Según el magistrado proponente, las leyes se distinguían en consulares, *praetoriae*, *decemvirales*, etc.; según la asamblea a que se sometían, en *curiatae*, *centuriatae*, *plebiscita*, etc. La elaboración de la ley seguía trámites fijos.

Ordinariamente, la proposición de ley se discutía previamente en el Senado, que era también muchas veces el que tomaba la iniciativa, al menos en cuanto podía dar al magistrado instrucciones para la proposición de la ley; y se desarrolló también el uso contrario, de que el magistrado que se viese forzado a apartarse de una "*lex generalis*", sin disponer de tiempo o posibilidad para obtener una "*lex specialis oportuna*", se pusiese por lo menos a cubierto mediante la autoridad del Senado, solicitando de éste la dispensa de la ley bajo reserva de confirmación por parte del pueblo, requisito este último que desaparece en el curso del tiempo. La proposición deliberada en el Senado se daba a conocer mediante un edicto y se fijaba al público (*proponere*, *promulgare*) durante un "*trinum nundinum*" por lo menos, es decir, durante tres semanas romanas, o sea 24 días. Al mismo tiempo se señalaba el día de la votación. La proposición era inalterable y sólo se podía retirar en bloque; y durante ese tiempo era discutida en "*contiones*", reuniones exentas de toda forma en que

podían hacer uso de la palabra incluso los simples particulares (*suadere*, *dissuadere*). En la asamblea que había de resolver no se hacía más que votar. Antes de la votación se daba nuevamente lectura a la proposición, procediendo en seguida el magistrado que presidía la sesión a formular la pregunta: *velitis iubeatis Quirites?*, a la que se debía contestar: "*Uti rogas*" (aceptación) o "*antiquo*" (denegación): "*Iubet populus*", *seiscit plebs*". La proclamación formal del resultado de la votación (*renuntiatio*) ponía en vigor la ley, inmediatamente o dentro del término fijado (*vacatio legis*). No era necesario para la vigencia de la ley que se expusiese públicamente en tablas de madera o de bronce. El texto auténtico se salvaguardaba depositando una copia en los archivos del Estado (*aerarium*).

La ley se denominaba según el nombre gentilicio del proponente o de los proponentes, la *lex consularis* llevaba siempre el nombre de los dos cónsules, aunque sólo la hubiese propuesto uno de ellos: (*lex Valeria Horatia*, *lex Sempronia*), etc. La ley tiene de ordinario tres partes. La primera parte, la introducción (*praescriptio*, *index*), contiene el nombre y el cargo del magistrado proponente, a veces se indica también el objeto de la ley (*lex Valeria Horatia de provocatione*), tiempo y lugar de la votación, los nombres de la curia o de la tribu que haya votado en primer término y del primero que haya votado en la primera sección. Se sigue el verdadero contenido de la ley (*rogatio*), en imperativo o conjuntivo, y, cuando la ley es extensa, dividida en varios capítulos (*capita*). Si el contenido de los varios capítulos difería notablemente, se introducían, muchas veces, denominaciones especiales para cada uno de ellos. Así, la "*Lex Iulia de adulteriis y de fundo dotali*" no son más que diferentes capítulos de la misma ley, objeto, por tanto, de una única votación. Si entre los varios capítulos no existía trabazón interna alguna, se decía que la ley era una "*lex per saturam*", que aprovechándose de la votación en globo, podía hacer pasar lo que el pueblo quería y lo que no quería, dando así base para abusos políticos; por eso una *lex*, *Caecilia Didia* (655 a.u.c.), acabó por prohibirla, aunque quizá no fuese ésta la primera ley en que se impusiese tal prohibición.

La última parte de la ley era la llamada "*sanctio legis*", disposición en que se ponían a salvo sus preceptos contra posibles transgresiones, determinando las consecuencias a que había de dar lugar su violación. Una terminología con que nos encontramos hasta llegar a Ulpiano (muerto en 228 d. de J. C.), distingue con respecto a la sanción entre leyes (*perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*), según que la ley declare nulos los actos que vayan contra ella, o se limite a conminar con ciertos perjuicios para el caso de su transgresión, o la deje totalmente impune. La "*lex plus quam perfectae*", sancionada con nulidad y con pena, es una pura invención ajena al Derecho romano. Es curioso que todas las leyes antiguas parecen haber sido leyes *imperfectae* o *minus quam perfectae*. Este hecho podría explicarse del modo más sencillo por razón de la defectuosa técnica legislativa de aquellos tiempos, pero no es eso lo más probable. Y, "no es más que una paráfrasis", querer explicar este fenómeno por la preocupación, entonces dominante en la legislación, de respetar la esfera individual, por la prohibición de atacar a la libertad y la capacidad jurídica de un

ciudadano romano. Más bien, podría pensarse que ese fenómeno se halla en relación con la reducida fuerza de obligar de que originariamente gozaban los plebiscitos y que tuvo que dejar su huella en el estilo de las leyes posteriores. Pero la explicación más sencilla es, quizá, la de que la *lex*, primitivamente, sólo tenía por objeto el Derecho Público y no las relaciones de los ciudadanos entre sí, pudiendo por ello limitarse a proclamar sus normas como lo siguió haciendo en una época en que, si bien regulaba ya derechos privados, los creía suficientemente protegidos por la facultad del magistrado de denegar acciones –*lex imperfectae*– o por la conminación de ciertas penas –*lex minus quam perfectae*–.

En vez de esta sanción, o además de ella, aparece a veces una cláusula, llamada también *sanctio*, en que se dispone que a nadie por acatar esta ley pueda exigírsele responsabilidad en virtud de otros preceptos; una superflua variante de la norma establecida ya en las XII Tablas, según la cual de dos leyes contradictorias rige siempre la más moderna. Ciertamente que había muchas leyes (*leges sacratae*) que aspiraban a asegurarse eterna vigencia mediante una consagración religiosa o conminando con graves penas toda proposición que pretendiese abolirlas (*derogatio*, *abrogatio*). Era en vano, pues estas penas desaparecían automáticamente al entrar en vigor la nueva ley derogatoria y, además, solían dejarse sin efecto expresamente en ésta.

La ley así dispuesta, la “*lex rogata*”, tenía fuerza de obligar (*lex tenet*, *lege tenetur*), aunque, naturalmente, sólo para aquellos que habían intervenido en su elaboración: la ley comicial obligaba a todos los ciudadanos (*omnes Quirites*), el plebiscito primeramente sólo a la plebe, y al pueblo todo (*universum populum*) a partir de la ley Hortensia.

Como correspondía a las concepciones de toda la Antigüedad, los romanos se hallaban dominados también por la idea de la unidad exclusivista del propio Estado, en lo personal y en lo territorial. El extranjero, todo el que no fuese ciudadano romano, carecía de derechos dentro de Roma, del mismo modo que el romano en el extranjero, aunque al avanzar la civilización fue perdiendo virtualidad práctica, naturalmente, esta privación de derechos. Los Estados extranjeros y sus ciudadanos sólo eran acreedores de protección jurídica mediante un tratado y en los límites en que el tratado la regulase (*amicitia*, *hospitium*).

Sin embargo, este principio sufrió también ciertas excepciones y modificaciones desde los primeros tiempos. Los habitantes del Latium gozaron desde el principio de un tratamiento excepcional, basado en la igualdad natural de lengua y de costumbres y en el régimen jurídico establecido por un tratado con Roma. La confederación latina (*nomen Latinum*) abarcaba en sus orígenes, según la tradición, todos los municipios latinos independientes con excepción de Roma (*prisci Latini*), hasta que ésta, todavía en la época monárquica, se conquistó la hegemonía en lugar de Albalonga. La estructura jurídica de esta relación no es fácil de comprender. Ya entonces existía, no sólo de hecho, sino además, jurídicamente, un cierto predominio de Roma, sin perjuicio de la soberanía, no totalmente anulada aunque reducida, de que gozaban los demás municipios.



La alianza apenas sería, probablemente, más que una alianza ofensivo-defensiva frente a los enemigos del exterior, que tendría por finalidad reunir un ejército aliado, pero sin tocar en lo demás a la independencia de los aliados, persistiendo por ello, por una parte, la posibilidad de que estallase la guerra entre éstos y siendo necesario, por otra parte, acudir a tratados especiales para lograr concesiones recíprocas más amplias, como el "commercium" y el "conubium". Tal era la estructura de la confederación que se disolvió después de la guerra latina (416 a.u.c. = 338 a. de J. C.), sin que por ello dejase de subsistir como tal la colectividad de los municipios reconocidos con igualdad de derechos. Sólo parece que el derecho a negociar tratados se limitó a los tratados con Roma y desaparecieron los órganos y comicios especiales que parecía haber tenido hasta entonces la confederación, pasando sus funciones a los órganos y comicios de Roma. Esto permitió, al mismo tiempo, ampliar la confederación mediante colonizaciones, mediante la fundación de nuevos municipios de nacionalidad latina y mediante la latinización de municipios extranjeros.

Lo característico de la posición jurídica de los latinos no era una plena comunidad de derechos con Roma. Los latinos no eran romanos, ciudadanos con derechos restringidos, sino extranjeros, aliados que gozaban de un tratamiento de favor. Los derechos municipales latinos —un Derecho latino común no llegó a existir jamás formalmente, lo que, naturalmente, no impedía que en lo material estos diferentes derechos coincidiesen en gran parte— se mantuvieron en vigor, por virtud de la autonomía concedida a los municipios latinos, no obstante los deberes fiscales y militares de los latinos para con Roma. Pero los latinos eran equiparados jurídicamente, en cierto modo, a los romanos. En parte, en cuanto a los mismos derechos políticos. A esto se refiere quizás la distinción entre colonias de mejor y peor derecho, de las cuales parece que aquéllas fueron las primeras y Ariminum (486 a.u.c.) la última. Y parece también que los latinos gozaron desde el primer momento del sufragio en los comicios romanos. En todo caso existía, asimismo, una cierta equiparación dentro del campo del Derecho Privado, y, a lo que parece, tanto antes como después de disolverse la Confederación Latina. El latino gozaba como súbdito de un Estado aliado del *commercium* y del *conubium* y de la posibilidad de obtener la plena ciudadanía romana, siendo latino antiguo por el simple hecho de trasladar su domicilio a Roma y, en otro caso, al llegar a una de las magistraturas elevadas en su municipio.

Ocupaban, también, una posición especial ya en esta época las "civitates sine suffragio", "los municipia civium Romanorum", los que Mommsen llama "municipios semi-ciudadanos", es decir, los que habiendo sido independientes fueron luego incorporados a la comunidad de ciudadanos romanos, aunque sin tener derecho de sufragio activo ni pasivo en los comicios de Roma, hallándose por tanto separados del cuerpo general de ciudadanos, pero formando en cambio una colectividad aparte, personal y territorialmente independiente. De esta suerte participaron en su mayor parte los municipios extranjeros sometidos. El más antiguo ejemplo es el de la sumisión del municipio etrusco de Ceres, hacia la época del incendio galo, y el último al parecer y más reciente, la de las ciudades sabinas (en

464 a.u.c.). Estos municipios se distinguían de los latinos por carecer de autonomía. Se hallaban sometidos al poder soberano de Roma. Sus derechos no eran objeto de regulación en ningún tratado, sino que eran determinados por el pueblo romano unilateralmente. De los ciudadanos romanos plenos se distinguían por carecer del derecho de sufragio. Los súbditos de estos municipios se hallaban, pues, privados de todos los derechos que suponían la participación en los comicios, se hallaban también excluidos de las tribus y, probablemente, no gozaban tampoco del "commercium" y del "conubium". La legislación y la jurisdicción de esos municipios correspondía a Roma, aunque materialmente se dejase muchas veces aplicar el Derecho propio, como se puede demostrar respecto de Capua.

Todo el que no pertenecía a uno de estos grupos era extranjero, en el verdadero sentido de la palabra, y sólo podía gozar de protección jurídica en virtud de un tratado. No existía todavía entonces un Derecho internacional privado. La *lex* era ordenación de las relaciones entre ciudadanos. De aquí la necesidad de fingir la ciudadanía cuando se trataba de aplicar la ley a los que no eran romanos. El criterio característico de la ley romana no era la vigencia territorial en un determinado campo de aplicación, sino la fuerza de obligar, en cuanto a un círculo restringido de personas, el principio de la personalidad peculiar de casi todos los Derechos antiguos, organizado en Roma como Derecho municipal, gracias a la estructura de la ciudad, a diferencia de la concepción germánica, que admitía un Derecho personal de linaje. Excepcionalmente, nos encontramos también con una delimitación local, circunscrita a Italia especialmente, y en tiempos posteriores ocurre, asimismo, que algunas veces se extiende expresamente el Derecho a no ciudadanos. Pero, en principio, el extranjero se hallaba privado de Derecho; el súbdito, en cambio, recibía su Derecho de Roma, mas no en forma de una ley popular o votada con su intervención, sino a modo de concesión graciosa, como "*lex data*", en virtud de poderes otorgados por el pueblo, aunque sin necesidad de un especial acuerdo de éste, directamente por el Senado o por un magistrado superior. En la misma forma podía tener lugar la concesión del Derecho de ciudadanía a los extranjeros.

La costumbre y la ley, el "*ius non scriptum* y el *ius scriptum*" —pues no se refleja otra antítesis en la distinción, tomada sin duda del Derecho griego, pero sin su contenido filosófico, como pompa de erudición y simple esterilidad—; tales son las formas en que se desenvuelve el Derecho romano de esta época. Otros modos de nacer el Derecho no existían todavía, entonces. Los edictos de los magistrados, singularmente, no desempeñaban aún papel alguno visible. Es probable, ciertamente, que el "*ius adicendi*", el derecho general de los magistrados superiores a hacer saber al pueblo su voluntad y su opinión oralmente (*in contione*), o por escrito, sobre tablas de madera blanca (*in albo*), se ejercitase desde el primer momento. Pero en ninguna parte se cita un edicto que hubiese tenido alguna importancia para la formación del Derecho y la administración de justicia con anterioridad a la pretura.

El Derecho de esta primera época fue, pues, exclusivamente *ius civile*, por emanar sólo de las fuentes del Derecho nacional y por tener como función fundamental el regular meramente las relaciones entre ciudadanos. Sus fuentes eran la ley –*lex* e *interpretatio*, el Derecho que brotaba de la ciencia jurídica, aunque no se le daba sólo a ella el nombre de *ius civile*– y la costumbre. Su vigencia se limitaba a los ciudadanos. Sólo existía un Derecho circunscrito al cuerpo de ciudadanos romanos y, sólo a éstos, un Derecho civil y nacional, por eso llamado también “*ius Quiritium*” y también *ius* sencillamente, puesto que era el único Derecho en vigor y denominado, asimismo, *lex* cuando se trataba de Derecho estatuido.

Norma estatuida y Derecho: tal es la distinción que de ordinario se pretende expresar con la contraposición entre *lex* y *ius*. Sólo a veces parece que la palabra *ius* responde a un concepto genérico y superior, y no a ese concepto específico de Derecho no estatuido por oposición al Derecho formulado.

Tan antigua o casi tan antigua como el mismo Derecho es, entre los romanos, su distinción en “*ius* y *fas*”, en Derecho humano y divino, profano y sacro. Si no tan antigua, casi tan antigua. Pues, en el romano, como en todos los pueblos, se manifiesta en los orígenes del Derecho, no sólo una íntima conexión entre el Derecho y la religión, sino que hasta se puede afirmar que quizá no se distingue para nada entre una y otro, en punto a su aplicación práctica y a su elaboración literaria, mientras el conocimiento y la aplicación de ambos Derechos se hallan unidos en una misma persona. En cuanto a la época monárquica se puede sostener ésta sin lugar a dudas, puesto que los reyes empuñaban a la vez la espada espiritual y la temporal. Sin embargo, el derrocamiento de la monarquía en un principio no alteró profundamente ese estado de cosas.

También en Roma existió, sin duda, un período en el que “*ius* y *fas*” se confundían por no conocerse aún una sanción exterior del orden jurídico, una protección jurídica secular, siendo la protección de la religión y de los dioses la única seguridad contra las violencias y los abusos de la auto-ayuda. Al menos hay, todavía en una época accesible al conocimiento histórico, partes del Derecho humano que carecen de una protección jurídica por vía secular y sólo gozan de una protección religiosa, por Derecho divino, como las relaciones jurídicas internacionales en la paz y en la guerra y los derechos de asilo y extranjería. Y el juramento y la maldición, la invocación de los dioses son siempre, evidentemente, medios supletorios de una verdadera protección jurídica secular.

Pero no debemos ir más allá ni exagerar las influencias del Derecho divino en la formación del humano. El método favorito durante tanto tiempo de derivar el Derecho de concepciones religiosas se tiene que apoyar más bien en argumentos filosóficos de carácter general que en razones históricas. Sólo en materia de Derecho penal parecen haber sido importantes esas influencias. Y, también, se podrían encontrar en algunas instituciones del Derecho hereditario y de familia. Todavía conservan la huella religiosa, dentro de un período histórico, los actos jurídicos cele-



brados en los comicios calados con intervención del pontifex. Por el contrario, el Derecho patrimonial "presenta ya en sus rasgos más antiguos un carácter absolutamente civil y temporal"; hablar de influencias sacrales en este terreno "es una conjetura en absoluto infundada". Tanto más infundada cuanto que es ajena a las mismas concepciones romanas, según las cuales, como lo había notado ya Hegel, los orígenes del Derecho preceden en el Estado romano (bajo Rómulo) a los de la religión (bajo Numa). El acto sacro —y ésta es, sin duda, la causa que da lugar al error— no es muchas veces más que la forma que acompaña a los actos del Derecho secular.

Ya el carácter general de la antigua religión romana, la actitud adoptada por los romanos en punto a la religión, debiera prevenirnos contra la exageración de las influencias religiosas en el Derecho humano. La religión romana tiene, por esencia, un carácter tímidamente jurídico. Entre el municipio de Roma y cada uno de los ciudadanos romanos, de una parte, y de otra, la divinidad, mediaba una serie constante de relaciones jurídicas, que eran, precisamente, las que regulaban el Derecho divino, el *ius divinum*, el *fas*. El sentimiento de sumisión a la divinidad se manifiesta en el hecho de que todo acto importante de la vida pública o privada se verificaba en armonía con la voluntad de los dioses. De aquí los auspicios y, más tarde, la ejecución de ciertos negocios jurídicos "*interpositis rebus divinis*". Aparte de estas influencias formales, que podemos llamar psicológicas, no se puede demostrar ni es tampoco probable que haya habido una fundamental conexión entre la religión y el Derecho. Únicamente puede llevar a pensar así la tan frecuente confusión del problema objetivo con el personal. Del hecho de que los pontífices hubiesen influido en la evolución del Derecho se quiere inferir que el Derecho humano tiene una raigambre religiosa.

El Colegio Pontifical no tenía carácter político-administrativo ni el pontifex maximus era un magistrado. Sólo en una medida muy modesta gozaba el pontifex del "*ius agendi*" cum populo en los comicios calados, y en los tributos, cuando éstos se convocaban para resolver sobre una multa que él hubiese impuesto, y quizá se le reconocía también un modesto "*ius edicendi*" en relación con su función de redactar el calendario. La extraordinaria importancia del Collegium Pontificium en toda la vida pública y civil se explica de modo muy diferente. Los pontífices eran sacerdotes, pero no sacerdotes de un dios determinado, sino de todos los dioses en general, y, por consiguiente, representantes de los intereses de la divinidad para con los hombres y órganos encargados de velar por todo el Derecho sacro; no eran sacerdotes para los sacrificios ni ejecutores de actos sacrales, sino mediadores entre los dioses y los hombres. Por esto, en los archivos del colegio se custodiaban todas las normas estatuidas y los tratados, los calendarios en que se señalaban las fiestas, los textos de las oraciones (*indigitamenta*), los formularios para las consagraciones y los votos (*carmina*), los preceptos del culto y las reglas para los sacrificios (*leges templorum*), las normas expiatorias (*piacula*), todo cuanto regulaba las relaciones jurídicas con los dioses y cuya escrupulosa observancia era necesaria, porque un pequeño error, una falsa palabra en una oración,



una torpeza en el ceremonial del sacrificio bastaba para anular todo el acto sagrado e iba en detrimento de la divinidad. Era, por tanto, indispensable la cooperación del colegio, mediante informaciones, asistencia y dictámenes (responsa), siempre que se trataba de aplicar en la práctica esas normas estatuidas. Los pontífices eran los técnicos, los peritos, los diestros en este Derecho sacro.

Y lo mismo, exactamente, ocurría en el campo del Derecho civil. En Roma, como en todos los pueblos, los sacerdotes serían los primeros conocedores de la escritura. Y, como en todas partes, también en Roma era el Derecho primitivo riguroso y formalista. Una falsa palabra podía acarrear en Derecho privado daños aún mayores que en Derecho público, como lo muestra el conocido ejemplo de los "vites y arbores succissae", que cita Gayo.

Originariamente, es posible que las expresiones que se habían ido haciendo típicas fuesen perdurando por la tradición. Pero pronto llegó un momento en que esto no bastó, en que sólo la formulación por escrito pudo garantizar "la continuidad en la exacta regulación de los negocios del Estado". Y así nacieron, por obra de los sacerdotes y de los magistrados, los comentarios, los libros de instrucciones, las fórmulas y los formularios para los diferentes actos oficiales, los *commentarii sacrorum*, los libros rituarios de los pontífices y las acciones, las colecciones de formularios para la aplicación del Derecho humano, todo conservado en el archivo pontifical. Del mismo modo que en los asuntos sacros era necesaria la asistencia del pontifex para saber qué divinidad se había de invocar, y cómo ocurría también que sólo el pontifex podía resolver la cuestión capital del Derecho antiguo, la de saber qué fórmula se había de elegir entre las existentes, y cómo se había de aplicar para alcanzar el fin propuesto. El dictamen podía emitirlo a instancia de un magistrado o de un particular. Siendo un particular el que consultaba, parece que, al menos desde las XII Tablas, era un solo miembro del colegio el que daba el informe. Así, se debe interpretar la discutida referencia de Pomponio, de la que no se puede inferir que el Colegio de los Pontífices tuviese una función judicial: "... acciones "apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis".

A este asesoramiento jurídico se reducía la influencia de los pontífices en el Derecho humano. No debe menospreciarse, pero tampoco exagerarse. Los pontífices no creaban Derecho, se limitaban a mostrarlo, aunque alguna que otra vez, consciente o inconscientemente, diesen nacimiento a una norma jurídica nueva a título de formulación. En este sentido se les puede comparar a los voceros de la ley del Derecho alemán; sus responsa, que no eran sentencias judiciales, no tenían siquiera la fuerza de los dictámenes de los juristas privilegiados bajo el Imperio que gozaban sólo de la influencia que les daba la razón interior de lo dictaminado. Las fuentes caracterizan de modo exacto la significación de esta función de los pontífices cuando dicen: "ius civile repositum in penetralibus pontificum". No quieren decir que el Derecho fuese un secreto del sacerdocio. El Derecho había germinado en la vida del pueblo y vivía en el pueblo.

Y la misma administración de justicia contribuía, sin darse cuenta, a difundir de un cierto modo el conocimiento del Derecho. El secreto del Colegio Pontifical era el *ius civile* en el sentido de la teoría del Derecho, el arte de aplicar el Derecho, los formularios para la celebración de negocios jurídicos y la tramitación de los procesos, el conocimiento de los días hábiles para administrar justicia y de los precedentes judiciales establecidos. La religión y el Derecho no eran un secreto, pero el ejercicio de la religión y la aplicación del Derecho eran imposibles sin la cooperación de los pontífices.

La legislación de las XII Tablas no introdujo, de momento, grandes alteraciones en cuanto a esto, porque los pontífices fueron lo bastante hábiles para saber adaptarse al nuevo estado de cosas, transformando la aplicación del Derecho en aplicación de la ley y plegando las fórmulas a las palabras de la ley para hacer una "*legis actio* de la *iuris actio*". El primer golpe sensible que recibió el privilegio del Colegio Pontifical fue el acceso de la plebe al pontificado, en virtud de la ley Ogulnia (454 a.u.c. = 300 a. de J. C.). Con esto se vendría a tierra, probablemente, el fundamento principal en que se basaba el secreto: el interés patricio de clases. Y, casi al mismo tiempo, tenía lugar el golpe decisivo, la secularización del conocimiento del Derecho, mediante la publicación del calendario y de las acciones por Appius Claudius y su escriba Cnaeus Flavius. Con esto entraba en una nueva fase la ciencia jurídica romana.

Aunque la actividad jurídica de los pontífices tendía, naturalmente, a la práctica y aunque entrañaba un carácter eminentemente práctico y su influjo era práctico por esencia no desenvolviéndose por tanto en libros ni en escritos, sino, simplemente, por medio de dictámenes verbales o escritos para el caso concreto, no carecía, sin embargo, de una cierta importancia científica. En este respecto, es digno de tenerse en cuenta que los pontífices, no obstante ser probablemente los mismos los métodos de trabajo, distinguían cuidadosamente entre el Derecho humano y el divino. La distinción se caracteriza por el hecho de que mientras que la tartamudez y el balbuceo parecían privar de toda eficacia jurídica a las fórmulas rituales en lo religioso, no influían en cambio para nada en los actos jurídicos ni en los actos procesales. El que el Derecho se hubiese desarrollado hasta convertirse en ciencia secreta demuestra que había sufrido ya la transición de las concepciones simplistas a la reflexión, que el conocimiento del Derecho se había hecho un arte sustrayéndose con ello, como era natural, al dominio del pueblo para convertirse en privilegio de una clase especial, de una clase culta, a la que había que pertenecer necesariamente para poder conocer una atrevida imagen, que el Colegio de los Pontífices era la Facultad de Derecho de Roma en aquella época; pero sin necesidad de una tan poderosa fantasía, se comprende

que la ley Ogulnia tiene una gran importancia como culminación de la igualdad de derechos iniciada por las XII Tablas. Puede hablarse ya de una ciencia del Derecho en esta época, al menos en el sentido de que los formularios se empleaban para allanar las contradicciones entre las convicciones jurídicas vivas y la forma establecida por las fórmulas tradicionales, para armonizar las necesidades vitales con las formas consagradas y, en caso necesario, para sustituir las formas antiguas por otras nuevas. Pero esta ciencia era anónima como la labor toda del Colegio Pontifical. Hasta llegar a Appius Claudius con su escriba Cnaeus Flavius, y al primer pontífice plebeyo P. Sempronius Suphus, no comienza la serie de los juristas que se dan a conocer personalmente (454 a.u.c.).