

Modelo normativo de las XII Tablas*

Por Juan Moncada

1. Introducción

La historia legal de Grecia y Roma se nos presenta siempre como en un laberinto de hombres e ideas comunes, y en una sucesión de acontecimientos que, a pesar de su distinto rumbo, terminan por aproximarse. El debate entorno de las legendarias leyes decenvirales, que no termina todavía, representa uno de los principales puntos de encuentro de ambas civilizaciones. No sería el único.

Comencemos por el final: Constantinopla fue la capital del Imperio romano de Oriente. Estaba destinada a convertirse en la “nueva Roma” a la caída del Imperio Romano de Occidente (Caída de Rávena en 476); e iba a ser dentro de poco, en tiempos del emperador Justiniano I (483-565), la sede de promulgación de una de las obras jurídicas más ambiciosas de todos los tiempos: el Corpus Juris Civilis, constituido por varias obras, cada una de las cuales representa por sí misma un lujoso documento de la tradición legal. Aquí vamos a reparar especialmente en las Institutas, pero contenía también el Codex, las Novellas y el Digesto.

Para componer el Digesto, el equipo de Triboniano (475-545)¹ había de consultar numerosos textos plagados de temas iguales o parecidos, leyes gemelas y un enorme cúmulo de legislación incierta que sumaba más de tres millones de líneas contenidas en al menos 2000 libros, que integraba una legislación romana “vacilante por las contradicciones internas, desde la fundación de la ciudad hasta los tiempos de nuestro imperio”, y de antiguas leyes “sobrecargadas de vejez”, según dejó constancia el emperador en la Constitución Tanta, por la cual se promulgó aquel Digesto el 16 de diciembre del año 533².

Otra parte esencial del Corpus, las Institutas, estaban directamente a cargo de otros juristas épicos, Doroteo y Teófilo, aunque siempre bajo la supervisión de Triboniano, su líder en criterio y poder legal. Las Institutas dan cuenta del altísimo nivel de elaboración que el derecho romano había adquirido en Constantinopla³. Baste con verificar que, en la apertura de la obra, el derecho escrito aparece representado en estatutos, plebiscitos, senatus consultus, decretos de los emperadores, edictos de los magistrados y respuestas de los doctos en la ley; mientras que el no escrito, estaba representado en las leyes de la naturaleza y de la divina providencia, todo armonizado

* Bibliografía recomendada.

¹ Una interesante referencia biográfica de Triboniano a cargo de Encyclopedia Britannica, 11th ed., 1914, disponible en www.law.upenn.edu/live/files/222-tribonianencyclopediabritannica11edition.pdf.

² Constitución “Tanta”, en “Antología de Textos Jurídicos de Roma”, edición de Xavier d’Ors, Madrid, Akal, 2001, p. 371 y siguientes.

³ “En la concepción justiniana el derecho es una scientia, una legítima scientia, cuyo aprendizaje debe producirse siguiendo una exposición orgánica y racional y no desarticulada, fragmentaria y memorística”. Cfr., Agudo Ruiz, A., *Justiniano y la reforma de los estudios jurídicos*, “Redur” 10, diciembre 2012, p. 7 a 25, disponible en <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4101/3351>.

en perfección temática y preparado como un sistema legal consciente de la cuestión de sus fuentes (Book I, Title II, 3)⁴.

Aspectos sorprendentes de esta codificación, en primer lugar, la presencia del Great Homer, de Homero, ¡apenas comenzando la obra! Y lo consideraríamos una cuestión de ornato si no fuera porque *Ilíada* y *Odisea* son invocadas expresamente, en pasajes céntricos, para proveer apoyo en la solución de cuestiones legales justinianas: *Odisea* presta un pasaje que hace parte de las aventuras del rey de Ítaca, que ayuda a esclarecer la pregunta de si los cerdos están comprendidos en el concepto de “rebaño” o “manada”. La *Ilíada*, por su parte, sirvió a los jurisconsultos Sabino y Casio (insignias de la escuela sabiniana) para resolver cuestiones tan relevantes como la distinción entre intercambio y compraventa: si la entrega de un esclavo, un pedazo de tierra o una túnica, podían tratarse como precio, del modo en que el ejército griego, según los relatos homéricos, se procuraba vino entregando cosas a cambio, como bronce, hierro, pieles, bueyes vivos y esclavos. Las *Institutas* contienen también esta referencia⁵.

Un segundo aspecto muy notable en las *Institutas* son sus múltiples alusiones a las legendarias XII Tablas de mediados del siglo V a.C. Y tampoco son menciones decorativas: algunas veces recuerdan los orígenes de una institución o explican su evolución; otras señalan su injusticia u obsolescencia; otras señalan problemas legales en los que las XII Tablas aportan una regulación parcial a la que se suman fuentes normativas posteriores; y en alguna otra comprobamos auténticas declaraciones de adhesión literal de las *Institutas* a las célebres leyes decenvirales⁶.

De modo, pues, que Justiniano cita y usa todavía, mil años después, en Constantinopla, las XII Tablas. Vayamos ahora de regreso en el tiempo, al principio de la leyenda romana. Ubicados en la época decenviral, de los años 450 a.C., el primer

⁴ Tomamos como referencia la famosa edición inglesa de las *Institutas*: Moyle, J.B., *The Institutes of Justinian*, 3ª ed., London, Clarendon Press, 1896.

⁵ Efectivamente, Homero aparece invocado muy tempranamente en Book I, Title II, 2. En Book IV, Title III, en las *institutas* se apela a *Odisea* expresamente para esclarecer la cuestión de los cerdos en un bello pasaje relacionado con el regreso del héroe a Ítaca. Y en Book III, Title XXIII se invoca la *Ilíada* expresamente (*Ilíada*, VII, 472) para recordar el modo en que se aprovisionaba el ejército griego en la campaña de Troya, cuestión que tenía relevancia para los juristas justinianos en el debate legal sobre la compraventa. *The Institutes of Justinian*.

⁶ Algunas de las múltiples alusiones a las leyes decenvirales aparecen en Book I, Title XV, 1 (testamentos); Book I, Title XVII (tutela de libertos); Book I, Title XXVI, 1 (Tutores bajo sospecha); Book II, Title I, 41 (transferencia de la propiedad); Book II, Title XIII, 5 (igualdad de ambos sexos en la sucesión intestada); Book II, Title XVI, 7 (orden de sucesión); Book II, Title XXII, 1 (Lex Furia, lex Voconia, Lex Falcidia, legados y testamentos); Book II, Title I, 1 y 9 (derecho a heredar de intestados y posición de hijos emancipados); Book III, Title II, 1 (vocación hereditaria de agnados); Book III, Title II, 3 (muy llamativa, pues declara seguir literalmente las XII Tablas y adherirse a sus principios en punto a sucesión agnática: “We have followed the Twelve Tables in this department of law, and adhered to their principles...Accordingly, we have restored the old rules in their integrity, and made the law on this subject an exact copy of the Twelve Tables”); Book III, Title III, 1 y 2 (reseña la “narrowness of de Twelve Tables” acerca del punto de la “melancholy succession of children by their mothers”); Book IV, Title IV, 7-12 (sobre las penalidades en XII Tablas consideradas ya obsoletas: talió y multa pecuniaria según que se trate de miembro incapacitado o de hueso simplemente roto); y Book IV Title VIII, 4 (acciones noxales en caso de robo por esclavos, lo que es un caso llamativo que muestra un mismo asunto regulado parcialmente por varios estatutos que constituyen la regulación íntegra del fenómeno: en este caso XII Tablas, más estatutos, edictos, Lex Aquilia, etc.).

dato que se destaca es la extraordinaria coincidencia de contexto entre el momento histórico de expedición del Corpus e Justiniano y el de las leyes decenvirales. De Martino, el memorable profesor de la Universidad de Nápoles fallecido en 2002, escribió un emocionante capítulo sobre los tiempos del decenvirato legislativo, y nos transmite, como si estuviéramos en cine, el ambiente de inestabilidad institucional de aquel entonces, los surcos que dejaba una larga época de lucha de clases y la ilusión de conseguir la transformación de un gobierno oligárquico, ejercitado mediante un único magistrado, con poder casi absoluto, en uno moderado, que reconoce límites al poder.

El momento aquel, el de mediados del siglo V a.C., apremiaba certeza del derecho y leyes escritas contra la incertidumbre de la tradición; y demandaba potestades controladas: “Il motivo predominante dell’agitazione per un corpo di leggi scritte è l’incertezza del diritto e quindi l’ineguale applicazione delle norme nei confronti del cittadino. Perciò non vi è discordanza sostanziale tra la prima proposta, attribuita al tribuno Terentilio, di fissare con leggi l’imperium dei consoli, e gli sviluppi ulteriori dell’iniziativa, la quale conduce ad aequare leges omnibus, cioè a rendere il diritto uguale per tutti. La certezza del diritto costituisce di per sé un limite al potere del governo; ciò a Roma era tanto più importante, poiché il potere dei supremi magistrati era assoluto”⁷. Una ciudad así, abandonada a sus líderes y a la refriega pasional, sin leyes ciertas, fue el caldo de cultivo del estatuto de las XII Tablas.

El Corpus de Justiniano se retrotrae a la época de las XII Tablas; pero ¡atención!: Se remonta todavía más atrás con su devoción por Homero, a los tiempos de la llamada edad oscura de Grecia (siglo XII a VIII a.C.), mucho antes de que naciera la leyenda de las tierras helénicas como cuna de la civilización occidental. Cuando Justiniano I –a propósito, nacido en Macedonia–; cuando Justiniano, decíamos, recogió el derecho romano, recogió también el griego, desde el “padre” mismo de todos los griegos, que es Homero, según Vico. De modo que la compilación justiniana no recoge 1000 años de derecho; recoge al menos 1400.

Los romanos estuvieron siempre imbuidos en el espíritu de la civilización griega y en los principios legados de sus épocas más arcaicas; luego, durante los decenviros, recibieron influencias griegas difíciles de refutar, como difícil sería contradecir el hecho de que, durante todo el desarrollo y esplendor de Roma, hasta su etapa imperial justiniana, Roma bebía de los ríos culturales griegos.

Cicerón (106 a 43 a.C.), por poner un caso inevitable de mixtura intelectual greco romana, incorporó a su filosofía el rasgo más característico del mundo homérico, el de la semejanza entre hombres y dioses: “el parentesco más íntimo y más cierto”, dice. Y añade que la naturaleza tan solo al hombre puso derecho “haciendo que mirase al cielo como a la antigua sede de su parentela”⁸. Mas bello y más claro, imposible. Parientes de una gran familia, los hombres tienen la manera de recordar su origen solamente con reconocer a dios. Los griegos heredaron ese ADN a Roma. Lo confirman múltiples hechos cuya mención no pretende sino añadir o recordar datos

⁷ De Martino, Francesco, *Storia della Costituzione Romana*, vol. I, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1972, p. 302 y 303.

⁸ De Legibus, Libro 1, 23 a 27. En Libro 1, 2, Cicerón recuerda a Homero. Tomamos como referencia: *Las leyes*, 3ª ed., tr., introducción y notas, Álvaro d’Ors, Catilnarias, 2ª ed., tr. María Casilda Gutiérrez de Albéniz.

de un debate harto conocido. El diálogo entre un filósofo y un jurista de Noches Áticas (del siglo II d.C.)⁹, por ejemplo, es un poderoso testimonio de esa dependencia cultural que hacía que los jurisconsultos de esta época se entrenaran en Grecia, como hizo Aulo Gelio (ca.129 -ca.180 d.C.), que vivió entre Roma y Atenas¹⁰; como hizo también el propio Cicerón (106 a 43 a.C.), reconocido puente de las dos civilizaciones: “Anche Cicerone, del resto, può essere considerato un veicolo delle idee greche; la sua teoria del governo certamente derivava da quella del governo misto. La sua ideología rispecchiava quella delle correnti moderate dell’aristocrazia, che non erano intransigenti fino al punto da non comprendere la necessità di un nuovo e più solido assetto del potere”¹¹, dice De Martino a propósito de la influencia de Cicerón en la fundación del Principado.

Y no perdamos de vista que ese espíritu común aparece reflejado en dos frentes bien conocidos: aquel de la leyenda de Eneas, el legendario héroe de Virgilio que sirvió de pretexto para acuñar el origen troyano de Roma¹², a donde llegó trayendo consigo a sus dioses protectores, nada menos que a Zeus, Afrodita y Poseidón, los mismos de la tradición homérica.

Las XII Tablas se habrían inspirado en la contagiosa fama de Solón, el estadista griego (638 a 558 a.C.), según relata la disputada leyenda sobre la empresa de la embajada decenviral de aquella década del 450 a.C.¹³. Ese es el segundo frente a que se aludió, y que viene a respaldarse en las Institutas, que mencionan tanto a Solón como a Draco¹⁴, pero que incluirá toda clase de evocaciones comparativas entre los dos sistemas legales romano y griego; respaldos interpretativos a palabras de origen griego; acogimiento de formalidades en griego siempre que cumplan similitud con las formalidades latinas, etc., que no harán sino revalidar ese espíritu común greco romano¹⁵. Y no fue por casualidad que Mommsen lanzara aquella tremenda conjetura, terminando el Compendio, según la cual una de las dos mitades de Roma (la oriental, resulta obvio), sobrevivió (hasta caída de Constantinopla en 1453) gracias a estar “protegida por la perdurabilidad del espíritu helénico”¹⁶.

⁹ *Antología de Textos Jurídicos de Roma*, p. 61 y siguientes.

¹⁰ www.treccani.it/enciclopedia/aulo-gellio.

¹¹ De Martino, Francesco, *Storia della Costituzione Romana*, vol. IV, parte prima, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1974, p. 51 y 52.

¹² www.treccani.it/enciclopedia/enea.

¹³ “El problema es que resulta inverosímil una embajada de parte de un Estado verdaderamente minúsculo, así como un aprendizaje tan rápido de la legislación”. Cfr., Ruiz Castellanos, Antonio, *Ley de las Doce Tablas*, introducción, edición crítica, traducción, notas e index verborum a cargo del mismo Antonio Ruiz, Madrid, 1992, p. 7.

¹⁴ Book I, Title II, 2.

¹⁵ Cfr., Book I, Title II, 3: “Our law is partly written, partly unwritten, as among the Greeks”; Book I, Title X, 12; Book III, Title XX, 7 y Book IV, Title IV, 1, para respaldar la interpretación de palabras de origen griego; Book III, Title XXIX, 1, para admitir formalidades en griego (¡!) siempre que cumplan similitud con las formalidades latinas. Hay otras referencias que no alcanzamos a relacionar.

¹⁶ A diferencia de la cobertura de tiempo de De Martino en su *Storia*, el Compendio de Mommsen solo cubrió el derecho público romano hasta el siglo III d.C. Tomamos como referencia de Mommsen la famosa traducción española de P. Dorado, Teodoro Mommsen, *Compendio de Derecho Público Romano*, Madrid, La España Moderna, 1899, p. 621. Sobre los reconocimientos contemporáneos al derecho público romano de Mommsen, se puede leer a Nadja El Beheiri, *El valor perenne de la obra Römisches Staatsrecht de Theodor Mommsen: la res publica romana, entre realidad histórica e*

Ahora bien, de Manú (siglo VI a.C.) recibimos un código de leyes; de Homero (siglo VIII a.C.), sus obras, que nos permiten desenterrar modelos normativos de la antigüedad. Y nadie nos negaría el privilegio de visitar la estela de basalto exhibida en el Louvre, en que aparece escrito el antiquísimo Código de Hammurabi (1792-1750 a.C.)¹⁷, ni la ocasión de conocer las veteranas leyes hititas del segundo milenio a.C., cuyas tablillas se conservan actualmente en el Museo Arqueológico de Estambul y el Museo de las Civilizaciones de Anatolia¹⁸, todas ellas más añejas que las XII Tablas.

Pero de los decenviros no recibimos nada, y nadie, que sepamos, las tuvo al frente. Sabemos de su existencia por la pluma de antiguos historiadores que estaban acostumbrados a citar acontecimientos pretéritos que no vivieron basados en fuentes literarias, no primarias.

No sabemos con certeza si las XII Tablas eran de marfil, como dice Sexto Pomponio en *Enchiridia*¹⁹; de bronce, como afirma Tito Livio²⁰; ni si pudieron perderse, calcinadas, en la catástrofe del incendio y destrucción gálica de Roma del año 390 a.C. Sobre esta hipótesis va a continuar el forcejeo de los especialistas, pues de la cita de Tito Livio alusiva al incendio²¹ no se desprende tal cosa, y más bien surgen dudas de por qué el historiador romano que todo lo leyó iba a dejar pasar semejante detalle de la antigüedad, es decir, que las Tablas fueron presa del incendio y destrucción de la ciudad en aquel episodio. Y si bien Mommsen comenta —a propósito de otro asunto— que Roma nunca se cuidó de arbitrar recursos para hacer constar las leyes vigentes, y que solo en los tiempos del Principado se sintió esta necesidad²², no se entiende por qué razón, habiendo trabajado los romanos con “ardor y celo infatigable” en la reconstrucción posterior de la ciudad, no hubieren recompuesto aquellas tablas indispensables para la seguridad y estabilidad de aquella sociedad, y obtenidas luego de tanta angustia.

De Martino, con su elegancia particular, admite la historicidad de las XII Tablas, aunque reconoce el diablo en los detalles: “Il dibattito ha dimostrato che il nucleo

institución jurídica, Departamento de Derecho Romano Universidad Católica Pázmány Péter, Foro, “Nueva Época”, vol. 18, n° 2, 2015, <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/51791>.

¹⁷ www.louvre.fr/oeuvre-notices/code-de-hammurabi-roi-de-babylone.

¹⁸ https://en.wikipedia.org/wiki/File:Hattusa_Bronze_Tablet_Cuneiform.JPG.

¹⁹ *Antología de Textos Jurídicos de Roma*, p. 19. *Enchiridia* es una joya de la historia del derecho y la jurisprudencia romana, escrito en el siglo II d.C. Algunos de sus pasajes fueron reproducidos en el siglo VI, en el Digesto. Vincenzo Arangio-Ruiz escribió un perfil de Sexto Pomponio para Treccani, www.treccani.it/enciclopedia/sesto-pomponio_%28Enciclopedia-Italiana%29.

²⁰ Tito Livio, Libro 3,57. Tomamos como referencia Tito Livio, *Historia Romana: Primera Década*, estudio preliminar de Francisco Montes de Oca, Porrúa, 1994. Usa la traducción de *Las Décadas* de Tito Livio, publicadas en Salamanca en 1497, editorial Juan de Porras, que se atribuye a R. Alonso de Pimentel. Para una historia de las traducciones españolas de Tito Livio, y de esta en particular: <http://webs.ucm.es/BUCM/tesis/19911996/H/3/AH3040802.pdf>.

²¹ “En cinco libros dejó consignada la historia de Roma desde su fundación hasta su toma por los galos: historia que abarca la época de los reyes, la de los cónsules y dictadores, los decenviros y los tribunos consulares; las guerras extranjeras, las disensiones intestinas; historia oscura, y que por su extraordinaria antigüedad aparece como los objetos que apenas se ven por su mucho alejamiento, y por la insuficiencia y escasez en aquellas mismas épocas de documentos escritos, únicos guardianes fieles de los hechos pasados; y en fin, por la destrucción casi completa, en el incendio de la ciudad, de los registros de los pontífices y de otros monumentos públicos y particulares”. Tito Livio, Libro 6.1.

²² *Compendio de Derecho Público Romano*, p. 518.

centrale della tradizione sul decemvirato e sulle XII Tavole è genuino e che quindi la tesi radicale critica è da respingere”²³. Aun así, el escepticismo sobre el misterio de la existencia material y publicación de las leyes decenvirales subsiste. No hablemos de “tablas mágicas” o de “jurisprudencia esotérica” para referirse a ellas, ni digamos tampoco que constituyen un “asunto de fe”, pero la conclusión de Lambert en el sentido de que la creencia en una legislación decenviral vio la luz apenas en el siglo II a.C., sigue teniendo su encanto²⁴.

La cuestión de la historicidad no se refiere únicamente a su datación, sino que se proyecta asimismo en otros frentes: el debate sobre la recuperación o restauración del contenido textual de las tablas en que se han empeñado los distintos autores. Admiten algunos, De Martino entre ellos²⁵, que no todas las leyes que se atribuyen a la narración decenviral pertenecen a ella efectivamente. Se discute también que hubiesen sido ratificadas todas bajo la autoridad de los decenviros²⁶, y se defiende en ese sentido que algunas obtuvieron su sanción con posterioridad a la gestión de sus pretendidos autores, razón por la cual tendríamos que hablar de diez tablas rogadas y aprobadas por las asambleas, y dos dadas por los cónsules²⁷. Las dos últimas Tablas, en apariencia no aprobadas por los decenviros, parecen haber recibido su sanción de los tribunos consulares Horacio y Valerio²⁸. Las varias versiones sobre la promulgación de estas Tablas, se suman a hipótesis que afirman que incluso pudieron tener ocurrencia más de dos decenviratos.

Los arqueólogos legislativos han hecho su esfuerzo penetrando en lo posible en los misterios del estatuto decenviral, pero no evitan chocar con el problema de la

²³ Storia, V. I, p. 302.

²⁴ Lambert, Edouard, *La question de L'authenticité des XII tables*, en “Nouv. Revue Historique de Droit”, 1902 (marzo-abril). Facsímil digital disponible en: www.jstor.org/stable/i40160052. En línea con esta cuestión, es importante notar que las Institutas de Justiniano no se comprometen con una datación para las XII Tablas, a pesar de las citas frecuentes. Aldo Petrucci, destacado romanista profesor en Pisa, y heredero de la tradición académica de Feliciano Serrao, resume el punto de la historicidad de las XII Tablas en su Curso de Derecho Romano, recientemente traducido al español, de la siguiente manera: “Los estudiosos contemporáneos, habiendo superado las hipótesis hipercríticas difundidas hasta hace algunas décadas, tendientes a negar la historicidad del decenvirato legislativo y de las XII Tablas, no han podido encontrar dudas serias respecto de las líneas fundamentales de estas narraciones, y por tanto admiten: el carácter innovador del colegio decenviral desde el punto de vista constitucional; la participación de plebeyos en el segundo decenvirato; la caída del decenvirato como resultado de la reacción patricia en contra del gobierno con participación plebeya; la redacción de diez tablas de leyes por obra del primer decenvirato y su aprobación por parte del populus en los comicios centuriados; la redacción de las últimas dos tablas por obra del segundo decenvirato y de su revisión por parte de los cónsules del 449 a.C. (L. Valerio Potito y M. Horacio Barbato), que después las habrían hecho aprobar por el comicio centuriado”. Cfr. Aldo Petrucci, *Curso de derecho público romano*, 2018, México, Porrúa, p. 27.

²⁵ “Numerosi particolari sono invece sospetti, alcuni senza dubbio inventati, le stese norme attribuite alle XII Tavole non appartenevano tutte ad esse”. Cfr., Storia, vol. 1, p. 302.

²⁶ Tito Livio, Libro 3.51.

²⁷ “Riteniamo quindi, che almeno per le prime dieci Tavole non vi sia alcun dubbio, che esse furono approvate dal comizio, mentre per le ultime due, che furono promulgate dai consoli dopo la caduta del governo decenvirale la questione può essere considerata aperta, sebbene tutto induca anche qui ad ammettere che un voto dei comizi sia intervenuto”. Cfr., Storia, vol. 1, p. 308.

²⁸ “Antes de salir de la ciudad, las leyes de los decenviros, conocidas como las ‘Doce Tablas’, fueron grabadas en bronce y exhibidas públicamente; algunos autores afirman que los ediles cumplieron con esta tarea bajo las órdenes de los tribunos”. Tito Livio, Libro 3.57.

inexistencia de un tenor literal de los preceptos romanos originales, de modo que las tenemos que leer bajo el celofán de los distintos autores.

De Cicerón, que en una charla sobre la patria que lo engendró y aquella que lo adoptó, y exponiendo sus ideas acerca de la “esencia natural de la ley”, del derecho y de su eternidad, enuncia un resumen sin pretensiones de completitud, de algunas de las XII Tablas, en un ambiente comparativo de la legislación romana con la griega²⁹, que ha sido aprovechado para la reconstrucción legislativa comentada. El testimonio de Cicerón es también muy relevante por indicar que para el siglo I a.C., el edicto del pretor (y no las XII Tablas) era considerado la fuente de la que los juristas contemporáneos a él se valían para encontrar el derecho aplicable³⁰.

Dependemos del lente de Tito Livio (59 a.C. a 17 d.C.), que alude a algunas de ellas –incluyendo una muy significativa que introduce un criterio de jerarquía normativa³¹, en narraciones que no logran ocultar sus propósitos idealizadores de la historia romana, a cuyos orígenes asigna más fosforescencia de la que pudo tener. De acuerdo con el resumen apretado que de esas narraciones nos ofrecen las Períocas: “Tras haber enviado legados a Atenas para consultar y proponer las leyes, un grupo de diez hombres, con atributos de cónsul y sin otros magistrados, fue creado en el tricentésimo segundo año desde la fundación de la ciudad, y el poder se transfirió de los cónsules a los diez como una vez lo fue de los reyes a los cónsules. Durante la publicación de las primeras diez tablas de leyes, se comportaron con moderación y se decidió que permanecerían en su puesto durante otro año, pero tras añadir dos tablas a las otras diez comenzaron a cometer excesos, rechazaron renunciar a sus magistraturas y se hubieran proclamado por un tercer mandato si la lujuria de Apio Claudio no hubiera puesto fin a su detestable poder”³². Livio certifica, además, un aspecto muy comentado sobre las leyes decenvirales, que respalda su vigencia para el siglo I d.C.: “Incluso en la enormidad de la legislación actual, donde las leyes se apilan unas sobre otras en un confuso montón, aún son la fuente de toda la jurisprudencia pública y privada”³³.

Dependemos, igualmente, del cristal a través del cual miraba Aulo Gelio, el escritor latino del siglo II d.C., que en *Noches Áticas* dejó a la posteridad cualquier cantidad de detalles de su tiempo, entre ellos una versión de la leyenda y contenido de las a veces “oscurísimas”, a veces “durísimas”, a veces “excesivamente suaves e indulgentes” leyes decenvirales. Esta versión es especialmente valiosa por su testimonio en el sentido de que el pueblo romano habría dejado ya de usar las Tablas “en su

²⁹ De legibus, Libro II, 7-18.

³⁰ De Legibus. Libro I, 5-17.

³¹ Tito Livio, Libro 7.17.

³² Disponible en digital en: <https://historicodigital.com/download/periocas.pdf>. Los Epítomes o Períocas son un resumen de la obra *Ab Urbe Condita*, de Tito Livio (https://es.wikipedia.org/wiki/Ep%C3%ADtome_de_Tito_Livio), llevada a cabo por el también romano Lucio Anneo Floro, a quien se le ubica en el siglo II d.C., www.treccani.it/enciclopedia/lucio-anneo-floro.

³³ Tito Livio, Libro 3,34.

mayor parte”³⁴, y por la interesantísima crítica a los vestigios de talión contenidos en las XII Tablas, que trataremos más adelante³⁵.

La historicidad de las “venerables doce” podría ponerse en el enfoque sugestivo que atribuye a historiadores romanos la costumbre de hacer translaciones de instituciones posteriores a tiempos primitivos. Mommsen se encarga de este señalamiento, aunque no lo expone propiamente con referencia a las leyes decenvirales³⁶. Y habría que considerar también las modificaciones que pudieron suceder por influencia de las notarias de entonces, leyes sobrevinientes, los cambios de significados de los intérpretes y la acción de la jurisprudencia, que pudo modificarlas influyendo en los textos literales que nos fueron transmitidos³⁷.

Deberíamos estar dispuestos a considerar, finalmente, que algunas leyes, habiendo existido, tuvieran eficacia enclenque, como pareció ser el caso de la prohibición de enterramientos dentro de la ciudad, que vino a tener cumplimiento mucho más cerca de los tiempos de Cristo, de modo que una falta de vigencia o vigencia breve podrían desmentir el “consenso constituyente” entre patricios y plebeyos que se atribuye a las XII Tablas: Piénsese que la ley Canuleya del 445 a.C., que derogó la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos, el llamado “connubium”, que había sido incorporado a las XII Tablas, más exactamente en la Tabla XI 1³⁸.

No obstante, la problemática previa sobre la historicidad de las Tablas, no hay nada en ello que logre disminuir nuestra fascinación por el fenómeno normativo que representan y tampoco hay nada que podamos esgrimir contra su potente influjo sobre la civilización romana antigua, con la que, siendo nosotros herederos de esa tradición estamos inexorablemente conectados. Estamos advertidos lo suficiente sobre la imposibilidad de proponer una formulación estática y sistemática de la organización constitucional romana³⁹, pero aun así vamos a intentar un retrato básico de lo que sería un modelo normativo de las XII Tablas, que nos sirva de referencia ulterior en la comprensión de sistemas normativos considerados modernos, el colombiano entre

³⁴ Cfr. diálogo entre un filósofo y un jurista, *Antología de textos jurídicos de Roma*, notas 23, 24 y 52, p. 67 y 77. Un perfil de Aulo Gelio en www.treccani.it/enciclopedia/aulo-gellio.

³⁵ Las Institutas, como se ha visto, darán prueba de la vigencia relativa de las XII Tablas para la época de Justiniano, lo que permite concluir que tal estatuto normativo no estaba tan en desuso como pensaban Cicerón y Aulo Gelio. Si bien en Book I Title II, p. 4, de Institutas, no se enlista a las XII Tablas dentro de sus leyes escritas, claramente se les supone incluidas dentro de las no escritas, en prueba de lo cual está el hecho de que son citadas a todo lo largo de aquella obra, como hemos verificado supra.

³⁶ Refiriéndose a otro aspecto de la tradición romana, Mommsen llama la atención sobre las “numerosas traslaciones y aplicaciones que la leyenda hace a los primitivos tiempos sagrados de lo que solo fue propio de las instituciones posteriores”. Cfr. *Compendio*, p. 181.

³⁷ Ruiz Castellanos, p. 13.

³⁸ Haremos alusión a cada una de las XII Tablas usando la cuidadosa recopilación española del citado Ruiz Castellanos.

³⁹ Petrucci, Aldo, *Reflexiones sobre las relaciones entre órganos en una constitución no escrita: el caso de la Roma republicana*, “Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú”, n° 60, 2007, p. 171 a 196, disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_060.pdf.

ellos⁴⁰. El retrato lo haremos apegados a una triple perspectiva: justicia, libertades y separación de poderes.

2. Justicia

Las leyes decenvirales identifican ya autoridades judiciales, a quienes atribuye poderes de comparecencia, de conducción de testigos y capturas: “En caso de no acudir, invóquense testigos, inmediatamente después, se le detendrá” (I.1, I.2). Los jueces están facultados desde entonces para observar la conducta procesal de las partes, como la costumbre de poner trabas o evadir las citaciones (I.2, I.3). Se regula específicamente el caso de la citación de extranjeros (II.2).

La justicia está llamada a asegurar los pactos, sean estos públicos o no (I.6, I.7). Desde entonces se incorporan las fianzas (I.10, XII.1), el depósito (II.1a) y se alude a la posición del juez, el perito y las partes (II.2, II.1b, VII.5) en aquel antiguo escenario procesal.

Explica De Martino que “la extensión del territorio y el considerable aumento del asentamiento impusieron tareas más complejas al poder estatal”, de modo que no se puede creer la leyenda, de evidente simplismo, del rey, único señor, sacerdote, caudillo y juez: “En un pueblo que ya se había desarrollado suficientemente, el mito del rey, que administra justicia bajo el roble, es bastante ingenuo”, por lo que De Martino supone que existieron, todavía antes de las XII Tablas magistrados y funcionarios listos para el ejercicio de la jurisdicción. En el caso específico de la jurisdicción civil, el magistrado solo tenía el poder de *ius dicere* y de establecer la relación procesal, mientras que la de juzgar pertenecía a un *iudex privatus*: “la tradición considera este sistema como una innovación de Servio Tulio o los fundadores de la república y concibe el poder limitado del magistrado como una restricción democrática del imperio regio”.

Resulta muy interesante verificar este aspecto del proceso civil como limitación progresiva de los poderes públicos y el paso de un poder judicial original e ilimitado del rey a una función muy limitada del magistrado republicano para plantear la disputa⁴¹, y también resulta oportuno anticiparnos en este punto y rechazar la tentación de considerar que la referencia de las XII Tablas a las instituciones del juez, el perito, las partes y el proceso en general podrían invocarse como argumentos acerca de una dudosa antigüedad de las leyes decenvirales si se considera que una civilización próxima, muchos siglos antes, digamos el siglo XIV a.C., hizo gala de la idea de que el rey detentaba la administración de justicia, para lo cual tenía a su servicio una estructura de funcionarios, que entendían el concepto de proceso, que admitían el principio de “asuntos ya dictaminados” (la cosa juzgada moderna) y la prohibición de

⁴⁰ Ya hemos advertido que restituir el texto de las XII Tablas, tal cual se dieron en su momento, es una tarea imposible. Con esa idea en mente, tomaremos como texto de referencia para este trabajo el de Ruiz Castellanos reconocido por ocuparse de la 1ª ed. en lengua castellana de *Lex XII Tabularum*, o *Lex Duodecim tabularum*, con referencia a vertientes jurídicas, institucionales filológicas y antropológicas. Cfr., *Ley de las Doce Tablas*, introducción, edición crítica, traducción, notas e index verborum por Antonio Ruiz Castellanos, Madrid, 1992. Las citas infra a XII Tablas se harán con referencia a esta edición.

⁴¹ Storia, vol. 1, p. 208.

“procesar más” a un hombre que ya ha compensado un delito (el *non bis in idem* moderno), como puede verificarse en el edicto de Tudhaliya, del mundo Hitita, que trata precisamente de administración de justicia⁴².

De modo que, si mil años antes de los decenviros, los hititas, vecinos geográficos de los griegos, aplicaron tales conceptos, no se ve por qué los romanos no iban a estar en condiciones de utilizar los mismos o similares en esa continua interacción de civilizaciones indoeuropeas.

Distinguían días hábiles de días fastos, regularon la “intercalación de días” (XI. 2, XI.3) y entendieron los contornos de la institución procesal de parte (I.7, I.8). Fijaban plazos para decidir, como en el caso de “la puesta del sol, que constituirá un plazo improrrogable” (1.9).

Fijaban procedimientos y plazos de pago de deudas reconocidas judicialmente (III.1) así como las consecuencias si, a su expiración, no se había solventado la deuda: aprensión y conducción ante el magistrado (III.2).

Entendieron el concepto y utilidad de la sentencia. Su cumplimiento, es decir, la ejecución de la sentencia de condena, vinculaba al acreedor en una especie de administración de justicia compartida con los particulares: “se lo podrá llevar consigo el demandante, atado con una correa o con cadenas” (III.3). Pero el demandante tenía deberes de alimentación del reo insolvente y de responder por su custodia (III.4). La retención podía durar 60 días, tiempo que servía para llegar a algún arreglo para el pago y durante el cual el pretor mantenía cierta vigilancia y competencia para recordar al deudor su deuda en la plaza del comicio, que si no se satisfacía “a la tercera feria lo podrán hacer trozos” los acreedores. “Si cortaron más como si cortaron menos, estarán libres de culpa” (III.6). Esta es una de las leyes más reseñadas de todas las que componen las XII Tablas, a la que Aulo Gelio conectó con una historia arcaica del suplicio de Metto, quien fuera sometido a la fuerza salvaje de los caballos jalando su cuerpo en sentido contrario hasta desgarrarlo, en castigo de sus actos de perfidia y de traición al principio de la buena fe en los tratados⁴³.

Vico por su parte, atribuyó a esta norma un origen espartano: “Tal jurisprudencia resulta cruelísima al ocuparse de las penas humanas..., de que al deudor en quiebra se despedazara, para repartir sus pedazos entre los acreedores, pena verdaderamente ciclópea, practicada en los tiempos de los gobiernos divinos, y lo que es más, en las personas, de los nietos, como contra Hipólito, arrastrado por sus propios caballos, que el abuelo Neptuno amedrentara, haciendo de aquél infausta despedazadura: pena que, impuesta en casa a los faltadores a su palabra, salió fuera de ella contra los reyes que no mantuvieron los pactos de las alianzas, como lo hiciera Rómulo contra Tacto, rey de Alba, a quien hizo morir descuartizado por dos carros sueltos para la

⁴² *Historia y leyes de los Hititas. Textos del Imperio Antiguo. El Código*, edición de Alberto Bernabé y Juan Antonio Álvarez, Madrid, Akal, 2000, p. 212 y 213.

⁴³ Cfr. diálogo entre un filósofo y un jurista, *Antología de textos jurídicos de Roma*, p. 77, si bien la versión original de esta historia es narrada por Tito Livio, que pone en boca de Tulo las siguientes palabras: “Metto Suffecio; si pudieses aprender aun a guardar fe en los tratados, te dejaría vivir para que recibieses esta lección; pero como tu carácter es incurable, que tu suplicio enseñe a los hombres a creer en la santidad de las leyes que has violado”. Tito, Libro 1.28.

carrera por lados opuestos. Era esa jurisprudencia heroica, tanto por el rigor de las interpretaciones como por la crueldad de las penas, lo adecuado a naciones enteramente fieras; por lo cual las leyes de Esparta causaban horror a los ya humanadísimos atenienses y fueron por ello desalabadas por Platón y Aristóteles⁴⁴.

Mommsen, por su lado, constató que la ejecución privada del deudor insolvente “no sólo revistió desde su origen carácter de causa capital, sino que lo conservó hasta fines de la República”, si bien “este modo legal de tomarse uno la justicia por su mano estaba también sometido, igual que la deanda misma, a la reglamentación por parte del magistrado”. Y añade: “el acreedor tenía derecho a conservar y tratar como esclavos provisionales al deudor y los suyos, y a convertir en cualquier tiempo la pérdida provisional de la libertad en definitiva, vendiéndolos en el extranjero”⁴⁵.

La disposición resulta salvaje a los ojos de un hombre moderno. Pero, puesta en perspectiva, representa una regulación primitiva de la justicia privada, una moderación probablemente frente a lo que sucedía previamente y, por tanto, un paso en la historia de la renuncia a la autoprotección y en la elevación del servicio de administración de justicia en su condición de tercero frente a las partes.

La administración de justicia de las XII Tablas es compartida: el impulso procesal, las citaciones y la ejecución de la condena, tienen reglas públicas, pero las ejecutan los interesados. Hasta aquí la religión no representa un papel perceptible en la resolución de los casos, ni parece que tuviera protagonismo como medio para resolver disputas, a diferencia de lo que podríamos traer a cuento de las regulaciones de Manú o de las reglas sociales del mundo homérico. Hasta este punto, la voluntad de los dioses no tenía mucho qué decir en la definición de las disputas privadas.

Al representar un empeño arcaico de impedir la justicia por la propia mano, las XII Tablas diseñan una embrionaria administración de justicia para Roma, a la que apareja procedimientos de toda índole (VI.1b), que también hablan de un interés en reducir, o regular por lo menos, el impulso primitivo hacia la autodefensa.

El poder judicial bosquejado en formas tan complejas desde tan temprano llegaría a convertirse, desde tal esquema primitivo, en una estructura sumamente sofisticada para el tiempo del Imperio⁴⁶. La función jurisdiccional de aquel entonces estaba asignada a los magistrados (es decir, quien obraba en nombre de la comunidad y que actuaba como depositario de su poder)⁴⁷, aunque no por ello dejó de estar

⁴⁴ Giambattista Vico, *Principios de una Ciencia Nueva en Torno a la Naturaleza Común de las Naciones*, Apple Books, p. 116, edición referida a la 1ª edición en México, 1941 por el Colegio de México, Fondo de Cultura Económica.

⁴⁵ *Compendio*, p. 430 y 431.

⁴⁶ Francesco de Martino, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli, Jovene, 1975, vol. V, p. 298 y 343. Tan engorrosa y compleja llegó a ser la estructura que sostenía el derecho romano, que traemos a cuento el comentario de un adivino, Artemidoro de Daldis que, para el siglo II d.C., y a propósito de sus comentarios premonitorios sobre sueños y administración de justicia, deja ver un estereotipo que prevalece todavía, que indica que “Los tribunales, los jueces, los abogados y jurisconsultos predicen perturbaciones, preocupaciones para todos y gastos inoportunos”. Decía Artemidoro que si alguien enfermo sueña perdiendo un proceso, morirá! Cfr. *El libro de la interpretación de los sueños*, edición de M. Carmen Barrigón Fuentes, Akal, 1999, p. 215.

⁴⁷ *Compendio*, p. 137 y siguientes.

encomendada a una clase especializada de funcionarios (pretore, ediles, jefes provinciales, autoridades propias de las comunidades y jurados), cuyo alcance y competencia se determinaba con criterios generales, o bien por pautas territoriales o materiales, y cuyos poderes le permitían regular el litigio. Explica Mommsen ese aspecto normativo tan característico del magistrado romano: “pudiendo el magistrado a quien correspondía la dirección del asunto, regular el derecho de ejercitar la demanda, es claro que con esta facultad de regulación adquiriría el poder legislativo”. Y continúa: “si es verdad que dicho magistrado había de atenerse a las leyes vigentes, lo es también que le correspondía el derecho, o se lo tomaba, de determinar más detalladamente los preceptos de dichas leyes, y cuando estas guardaran silencio, de dar disposiciones propias, de donde podía resultar una ampliación del precepto jurídico”⁴⁸. Tal aspecto normativo típico en la Roma antigua implicaba que los pretores no se apoyaban tampoco en la autoridad del Senado para llevar a cabo su gestión: Fue mediante derecho pretoriano, o edilicio, como gradualmente se gestó la ensortijada organización del procedimiento civil.

Las XII Tablas darían lugar, asimismo, a la generación de un ejército de intérpretes que iba a ser la base de un sistema legal crecientemente cosmopolita y refinado. Pomponio explica que si bien hasta Tiberio Coruncanio (fallecido en 241 a.C.) el derecho no se enseñaba y por el contrario se mantenía en secreto (Enchiridia 35)⁴⁹, ello no obstante, él fue precedido de una larga lista de renombrados jurisprudentes que inicia en la época arcaica de Roma con Publio Papirio (siglo VI a.C.), un hombre por cuya existencia la Enciclopedia Treccani no mete las manos al fuego⁵⁰, pero a quien se atribuye la condición de coleccionista de las leyes de los reyes en tiempos de Tarquino (Enchiridia, 35).

Esa lista continúa con el propio Apio Claudio (Enchiridia 36), el famoso decenviro líder de los redactores de las XII Tablas, que muere supuestamente en el 449 a.C.; y sigue con algunos otros renombrados maestros que conducen hasta Gayo Escipión “al cual incluso le fue dada por decisión pública una casa en la Vía Sacra, a fin de que se le pudiera consultar más fácilmente” (Enchiridia 37). La lista pasa por el aludido Coruncanio en una sucesión de expertos que llevan a Catón el Viejo (234 a 149 a.C.) y Catón el Joven (95 a 46 a.C.), y a una serie de jurisprudentes más a quienes Pomponio considera fundadores del derecho civil (Enchiridia 38-39), hasta llegar a Antistio Labeón (43 a.C. a 20 d.C.), contemporáneo de Cicerón (Enchiridia 46-47), este último también enlistado, y a quienes sucedieron otros tantos juristas en un largo escalafón, hasta que, “por primera vez, el divo Augusto (gobierna entre 27 y el 14 a.C.) determinó, para que hubiese una mayor autoridad del derecho que respondiesen en virtud de su propia autoridad, y desde aquel momento comenzó esto a ser solicitado como beneficio” (Enchiridia 49), es decir, hasta que vio la luz la famosa institución del *ius respondendi*, aquel estatus oficial que se otorgó a algunos juristas para dar responso con autoridad imperial a los problemas legales, figura que se fortalecería

⁴⁸ *Compendio*, p. 404, 412 y 565.

⁴⁹ Las referencias a Enchiridia se hacen tomando como referencia la *Antología de Textos Jurídicos de Roma*, p. 18 y siguientes.

⁵⁰ “Ma la tradizione è screditata, e va forse interpretata nel senso che nel sec. 3° o 2° a.C. il collegio dei pontefici, presieduto da un rex sacrorum di nome Papirio, abbia raccolto i più antichi rituali”. Cfr. www.treccani.it/enciclopedia/sesto-papirio.

todavía más tarde en tiempos del emperador Adriano (emperador de 117 a 138 d.C.) cuando el responso se hizo definitivamente obligatorio para los jueces, lo que resulta de capital importancia en el entendimiento del esquema de fuentes del derecho de la antigüedad romana⁵¹.

Las XII Tablas no escaparían al entorno politeísta de la época arcaica de Roma, aunque ningún período del derecho romano iba a ser indiferente completamente a la religión. Tal vez hubo “Una separación durante la república –aclara Mommsen– en que tuvo predominio la idea de omnipotencia del Estado”, pero se puede decir que ambas esferas, religión y Estado, “estuvieron en pie de igualdad en insignias, honores e incluso coincidentes en la misma cabeza, pues en la antigüedad romana no hubo la doble aristocracia de la Edad Media entre Estado e iglesia, si bien mientras las magistraturas eran anuales, el sacerdocio tuvo carácter vitalicio y unitario”⁵².

Así pues, en general, hubo siempre una especie de jurisdicción unitaria entre sacerdocio y magistratura que todavía al final del milenio romano se iba notar con todo el rigor: Institutas abren su Proemio nada menos que “In the name of our Lord Jesus Christ”. También declaran haber conseguido sus objetivos compilatorios “by the blessing of God”, y no satisfechas, proveen a la posteridad la definición legal más taquillera de todos los tiempos: “Justice is the set and constant purpose which gives to every man his due. Jurisprudence is the knowledge of things divine and human, the science of the just and unjust”⁵³. La propiedad de las cosas divinas y la protección de las cosas sagradas quedarán bajo la autoridad del Corpus Iuris, y así atravesarán, iglesia y Estado, en alianza, y en un entorno ya monoteísta, el largo período histórico a que se refiere la Edad Media⁵⁴.

Ahora bien. Religión y tablas decenvirales se iban a encontrar en el altar de la pena de muerte. El lanzamiento del condenado desde la fatalidad de la roca Tarpeya representa la entremezcla de leyes civiles y actos de impiedad. La historia de la mítica roca, un antiquísimo lugar de ejecución de la pena capital, se remonta a un episodio ocurrido en tiempos de Rómulo, en el que la hija de Spurio Tarpeyo, protagonista de un soborno de Tacio, murió aplastada “bajo el peso mismo del premio”⁵⁵, leyenda que representa un dramático juego de lenguaje que antoja pensar por otra parte, que la pena capital para el que instigue al enemigo o entregue a un ciudadano romano, a que se refieren las Tablas (IX.6), debió ejecutarse también en la roca Tarpeya, aunque la norma, o lo que de ella nos llega, no lo dice.

Los romanos parecían gestionar el testimonio con gran sentido de la responsabilidad: regularon cómo podían conseguirlos, si es que no se tenían (II.3); cómo se inhabilitaban y cuáles las penas que se aplicaban por faltar a la verdad (VI.2). La roca Tarpeya les esperaba a los responsables de falso testimonio (VIII.22, VIII.23): faltar a

⁵¹ Para una idea general acerca del responso en tiempos de la República y luego su condición oracular en tiempos del Imperio: Cfr. www.treccani.it/enciclopedia/responso_%28Enciclopedia-Italiana%29.

⁵² *Compendio*, p. 149 y siguientes.

⁵³ Book I, Title 1, 1.

⁵⁴ *Institutas*, Book II, Title I, 7-8.

⁵⁵ Cfr. Livio, 1.11. En 6.20, la roca aparece ligada a la idea de traición a la patria y en 6.17 y 7.10 a la expulsión de los galos.

la fides entre los romanos, a la confianza pública, equivalía también a faltar a la divinidad, como explica Cantarella⁵⁶.

La conexión entre religión y leyes decenvirales se haría sentir enfáticamente en la pena de muerte que se anunciaba por pastar o segar de noche la siembra de arado ajeno. La consecuencia de este hecho era, tratándose de un adulto, la del ahorcamiento en ofrenda expresa a la diosa Ceres; o bien “golpes a discreción” e indemnización, si el responsable era un muchacho (VIII.9). El ahorcamiento en este evento es un indudable caso de “muerte sacrificial”⁵⁷, pues pastar o segar en aquellas condiciones suponía una afrenta a Ceres, que solo se expiaba con el sacrificio ritual del transgresor. Vico nos lo explica: “Así se infligían las penas, precediéndolas las consagraciones de los mismos reos: muchas de las cuales pasaron luego a la Ley de las XII Tablas, consagrado a los dioses de los padres el hijo impío, y a Ceres el ladrón de cereales al amparo de la noche, y a Jove el atropellador del tribuno de la plebe. Estas consagraciones de latinos, tienen que ver con las execraciones de los griegos; algunas de las cuales, como Deidades, tenían aún sus templos, y eran ellas una especie de excomuniones practicadas en todas las naciones antiguas, como en lo tocante a los galos nos muestra Julio César de modo harto explícito. Y de esta especie fue el interdicto del agua y del fuego entre las gentes latinas, que se mantuvo finalmente entre los romanos”⁵⁸. Resulta bien sugestivo comprobar la sintonía de esta Tabla en particular con las leyes hititas de las civilizaciones anatólicas pre greco-latinas, que también asignaban carácter sacral al arado, y cuyo robo se castigaba con la pena capital según la ley hitita 121 (18)⁵⁹.

En igual sentido la Tabla VIII 21: “El patrono que defraude a su cliente, sea execrable”, es decir, enteramente abominable, pues priva a algo de su carácter sagrado, en este caso la relación patrono-cliente, que envolvía un tipo de vital reciprocidad, que Xavier d’Ors nos explica del siguiente modo: “La relación de patronato (patronatus) sobre un cliente que voluntariamente se somete a esa forma de subordinación social, esta presidida por la ‘lealtad’ (fides) recíproca entre ambos; pero de modo especial es el patrono quien debe fidelidad a su cliente, pues la fides es, en rigor, la lealtad del superior respecto al inferior. Por ello este precepto decenviral declaraba maldito al patrono que infringe de alguna forma esos deberes de fidelidad para con su cliente”⁶⁰.

Cantarella nos recuerda que una ley antigua castigaba a los patronos desleales, por lo que resultaría natural preguntarse cuál es la razón por la cual los decenviros encontraron necesaria la reiteración de esta regla⁶¹, conocida como sacertas, que

⁵⁶ Eva Cantarella, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*, trad. esp. de M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela, Madrid, Akal, 1996, p. 226. Sobre la leyenda de la roca Tarpeya, cfr., www.treccani.it/enciclopedia/tarpea y https://es.wikipedia.org/wiki/Roca_Tarpeya.

⁵⁷ Cantarella, p. 219.

⁵⁸ Vico, p. 112.

⁵⁹ Cfr. *Historia y leyes de los Hititas*, p. 199.

⁶⁰ *Antología de textos jurídicos de Roma*, p. 56, nota 42.

⁶¹ Cantarella, p. 274. La duda de Cantarella no es extraña. En su ensayo sobre La Legge, Serrao reconoce que “Le XII Tavole rappresentarono in gran parte la redazione scritta di norme del ius già esistente”. Cfr., Feliciano Serrao, *Classi, partiti e legge nella Repubblica romana. Introduzione al Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. primo, Pacini Editore, Pisa, 1975.

encajaba como un crimen contra la divinidad o la organización estatal, y por cuya virtud el transgresor era abandonado a la venganza de los dioses, expulsado del grupo social, asesinado o esclavizado por cualquiera: En palabras de Petrucci, “la aplicación de la pena de la sacerdas (el asesinato impune, consagrando a la divinidad al contraventor)” obraba “en relación con el patrono cuando se hubiese comportado de manera fraudulenta con el propio cliente (patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto) si un patrono cometió fraude a un cliente será ‘susceptible de asesinato mediante consagración’”⁶².

A los niños ladrones se les azota a discreción del pretor, mientras que a los esclavos, que también se les azota, “se les precipitará de la roca Tarpeya”, en cumplimiento de una norma que demuestra que la emblemática roca no estaba asociada únicamente a hechos que comprometían, al menos no directamente, cuestiones religiosas. Una regla consecutiva decía que a los hijos de “ladrones manifiestos” se les azota y se les entrega a la víctima del robo para... ¡no se sabe! (VIII.14, XII.2).

Refiriéndose a las acciones noxales, es decir, las derivadas de delitos cometidos por esclavos y cuyo ejercicio permite ir contra sus dueños, las *Institutas* admiten que fueron las XII Tablas las que constituyeron el origen de estas acciones para el caso específico del robo: “Noxal actions were introduced partly by statute, partly by the edict of the praetor; for theft, by the statute of the Twelve Tables; for unlawful damage, by the *lex Aquilia*; for outrage and robbery, by the edict”⁶³.

También sufría la pena capital aquel que “cometiere un robo con nocturnidad”, con respecto al cual se añadía que “si se le hubiere matado habrá sido legítimamente muerto” (VIII.12). Diferenciando expresamente, las Tablas declaran que de día no se puede matar al ladrón, ni al salteador, ni al bandido, ni aunque vinieren armados, salvo que hicieren uso del arma (VIII.13). No es que, dadas las circunstancias, nos dice Cantarella, se tenía que matar al ladrón, sino que se podía, porque “la civitas no tenía ninguna razón para imponer la muerte del ladrón. Lo que le interesaba era sólo controlar la venganza de la sangre”⁶⁴.

Mas penas de muerte todavía: En la frontera entre lo civil y lo religioso aparece la llamada vivicombustión, la pira, el suplicio del fuego: “Se le azote y sea quemado” aquel que prendiere fuego a un edificio o a un montón de trigo (VIII.10). Y se fijaba la pena capital para el juez, el árbitro o el perito “convictos de haber recibido dinero para dictar sentencia” (IX.3), Tabla de cuyo tenor literal no tenemos noticias y cuya existencia se conoce exclusivamente por las Noches Áticas de Aulo Gelio⁶⁵.

El talió dejaría su traza en las XII Tablas, como forma de retribución a aquel que “ha roto un miembro a otro” (VIII.2), y que aplicaba, eso sí, siempre que no se llegara a un arreglo con la víctima, lo que implicaba limitar los excesos de la venganza, al precaver el reemplazo de la retaliación por un arreglo pecuniario entre los interesados. Cantarella ha insistido en el “papel fundamental desempeñado por la venganza

⁶² Petrucci, p. 179. Cfr., <https://es.wikipedia.org/wiki/Sacer>.

⁶³ *Institutas*, Book IV, Title VIII, 4.

⁶⁴ Cantarella, p. 308 a 310.

⁶⁵ Cfr., *Antología de Textos Jurídicos de Roma*, p. 67 y nota 23. Ruiz Castellanos, p. 132, omitió identificar la fuente de donde tomó la correspondiente Tabla IX 3.

privada en la sociedad romana” e insta a reconocer “la necesidad de comprender en qué medida la preocupación por controlarla había conformado una parte significativa de su sistema represivo”. La cultura de la venganza, añade, “no caracterizó solo a la Roma de los primeros siglos. También desempeñó un papel muy importante en la sociedad romana durante todo el transcurso de su desarrollo. Y no solo en las relaciones privadas”⁶⁶. Pero Petrucci se muestra menos categórico en esta cuestión, al decir que con la decadencia de las XII Tablas, y a partir del siglo IV a.C., la ley del talión desapareció del ordenamiento romano y fue solo hasta Justiniano que se retomó en la Novela 142 para punir a quienes castraban a otros con o sin su consentimiento⁶⁷.

Aulo Gelio, en *Noches Áticas*, trae a cuento una interesante discusión sobre la justicia de la ley del talión de las leyes decenvirales, a las que Favorino tacha de desproporcionadas mientras que Sexto Cecilio defendía con gran inteligencia: “¿Dónde –preguntaba este último– está esa crueldad, si se hace contra ti lo que tu hiciste contra otro?, ¿especialmente teniendo la facultad de pactar y no siendo necesario sufrir el talión, a no ser que tú lo prefieras?”. El debate a que nos remite Aulo Gelio tiene dos implicaciones: la una nos informa, de acuerdo con la observación de Xavier d’Ors, que las Tablas en punto a talión se aplicaban en la práctica en menos ocasiones y más razonablemente de lo que invita a considerar una interpretación literal del texto decenviral⁶⁸; y la otra, no menos importante, es que nos pone de frente al que es probablemente el único texto conocido de la antigua literatura romana, de los decenviros a Justiniano, que examina (y cuestiona) el problema de la proporcionalidad del talión a partir del argumento según el cual es imposible asegurar paridad en esa pena. Es decir, que no es factible obtener “proporción” entre “romper un miembro y la ruptura de otro”.

Dicho en forma similar, no puede haber “exacta igualdad de miembro a miembro”. Un problema adicional del talión: la imprudencia, que tendría que ser vengada mediante la pena del talión, pero ¿cómo hacer iguales a efectos del talión un golpe fortuito y uno premeditado? En esta perspectiva, se verificaría una “atrocidad ridícula” que llevaría a una infinita “reciprocidad de taliones”⁶⁹. Como no sea la curiosa historia del talión del tuerto a que nos remite Cantarella en el debate sobre la proporcionalidad taliónica⁷⁰, *Noches Áticas* representa una literatura única poco reseñada, todavía en comparación con los análisis de los modernos, quienes se muestran más inclinados a ver en esta institución una expresión de salvajismo, antes que un límite a los excesos de la venganza.

Golpes menores generaban multas, según que se tratara de hombres libres o de esclavos (VIII.3); y los daños en general se compensaban con variedad de multas (VIII.4.) no con la retaliación taliónica. La compensación pecuniaria aparece, de lejos, como la pena favorita de las autoridades decenvirales. Es el caso del corte de árboles ajenos con daño para su dueño (VIII.11) o del hurto, que implicaba para el victimario responder por el triple de lo robado (VIII.15a). El derecho post decenviral evolucionó

⁶⁶ Cantarella, p. 261, 298 y 299.

⁶⁷ Petrucci, p. 287.

⁶⁸ Cfr., *Antología de textos jurídicos de Roma*, p. 74, nota 43.

⁶⁹ Cfr., *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, *Antología de textos jurídicos de Roma*, p. 68 a 74.

⁷⁰ Cantarella, p. 297.

en el sentido de permitir a la persona afectada poner su propia estimación sobre el daño, teniendo el juez la facultad discrecional de condenar al acusado por la suma calculada por el demandante, o por una cantidad menor. Las *Institutas* consideraban “obsoleta” a las XII Tablas en este punto; sin embargo, desde sus orígenes se consideró que la cantidad compensatoria en esta pena pecuniaria subía o bajaba según el rango y el carácter del demandante, incluso si se trataba de un esclavo, pues no era lo mismo si éste era mayordomo, sirviente ordinario o uno condenado a llevar grilletes⁷¹. Había, pues, criterios de graduación de las penas compensatorias, a los que se añadieron mediante la distinguida *lex Cornelia* del año 80 a.C. disposiciones agravantes de la agresión, como atrocidad, uso de palos, sitio en el que se agrede (en el teatro, el foro o descaradamente a la vista del pretor). La posición de la herida entraba en juego, como si se recibe el ultraje en un ojo, por ejemplo. También el rango de la persona indignada, si es un magistrado o un senador, o un padre por su hijo, o un patrón por su liberto: “for such an injury done to a senator, a parent, or a patron has a higher pecuniary compensation awarded for it than one done to a mere stranger, or to a person of low condition”⁷², y en esta forma fueron tratadas las injurias en las *Institutas*, partiendo siempre de las leyes decenvirales.

Los redactores de las XII Tablas distinguieron también el concepto de flagrancia y se asignaban distintas consecuencias punitivas en función de tal circunstancia: (VIII.16). Ordenaron que “si el arma se escapa de las manos con más fuerza de lo que uno pretendía, se ofrece un cordero” (VIII.24), lo que nos ubica en la consideración moderna de hechos preterintencionales que se toman en cuenta para graduar el castigo, que en este caso concreto se traducía en una ofrenda expiatoria⁷³.

Quien prende fuego a un edificio o a un montón de trigo, como advertimos atrás, se hacía merecedor del suplicio del fuego. Pero se examinaban aspectos de conciencia y premeditación, así como de negligencia, por cuya virtud se prescribían sentencias menos severas a la hora de la reparación de los daños (VIII.10).

Ha quedado claro que las leyes decenvirales incorporaban numerosas hipótesis de pena capital. Pero es momento de precisar que estaba prohibido claramente ejecutar a alguien (IX.5) sin la intervención en el proceso de la “asamblea más importante” de los ciudadanos romanos censados (IX.2). El cónsul tenía la potestad de dictar sentencia pero no podía llevarla a cabo sino después de consultar al pueblo, que obviamente podía revocar la decisión, un fenómeno legal que se conoce bajo el nombre de *provocatio* o derecho de provocación.

También a partir de las XII Tablas se exigió la intervención en el proceso de los de los *quaestores parricidii* (IX.4), una suerte de magistrado menor, auxiliar del cónsul, que ostentaba poderes particulares de inquisición⁷⁴. De Martino explica la *coercitio dei tribuni* en los procesos capitales *tribunicios*, y sus límites, si bien nos queda la duda

⁷¹ *Institutas*, Libro IV, Title IV, 7.

⁷² *Institutas*, Libro IV, Title IV, 9. Y no sobra anotar que es de esta *lex Cornelia* de donde viene que la persona que ha sido ultrajada siempre tiene su opción entre el “civil remedy” y el “criminal indictment”, según se nos informa también en las *Institutas*, Libro IV, Title IV, 10.

⁷³ Cantarella, p. 305 y 306.

⁷⁴ Un semblante de este oficio en www.treccani.it/enciclopedia/questore.

de si tales limitantes operaban con respecto a todos los casos que aparejaban pena de muerte en XII Tabas, o si apenas frente a algunos⁷⁵.

La expulsión de la ciudad no podía decretarse contra ciudadanos de Roma, quienes tampoco conocieron la pena de mutilación en el ámbito de los procedimientos de derecho público. Conocieron ciertamente la pérdida de la libertad, pero bajo la forma en que, a alguien, como castigo, se le podía hacer esclavo, pues la cárcel fue enfocada solo para uso transitorio, y no para términos fijos, no para retribuir o expiar delitos. Mommsen explica que, si bien fue arbitrario el concepto de desobediencia y si bien los procedimientos penales nunca fueron bien delimitados, los medios coactivos y penales, es decir, el derecho público de constreñir y penar, derivado del derecho de mandar, estaba restringido, pues “no se permitía hacer uso con este carácter de todo mal imaginable”⁷⁶.

Tanto la pena capital, como la confiscación de bienes, los castigos corporales, la pérdida de la ciudadanía, la captura, la prenda como daño patrimonial impuesto al responsable, las penas pecuniarias y las multas, todas ellas, a pesar de que nunca estuvieron referidas a estatutos procesales generales de los que conocemos en la actualidad, a las que estuvieran sujetos los magistrados para el ejercicio de la coacción, y a pesar de que tampoco había lugar a demanda o querrela, ni había una regla de prueba pormenorizada, ni trámite procesal detallado, ni “graduación o medida legal de la pena”, tenían de cualquier modo, todas ellas, limitaciones.

La usura, la malversación de depósitos, el caso de tutores y administradores sospechosos se castigaban en una lógica perfectamente pecuniaria, como el cuádruplo o el duplo de la usura o de la malversación, etc. (VIII.18, 19, 20).

Al cierre del milenio romano que corona Justiniano, se habrían de compilar las disposiciones que, a lo largo de los siglos que siguieron a las leyes decenvirales, habían perfeccionado su arsenal normativo para la persecución penal. Nos dimos a la tarea de revisarlo: Se aplicaban pena de muerte, interdicción de agua y fuego, deportación⁷⁷, trabajos forzados en minas, así como sanciones pecuniarias.

La pena de muerte justiniana castigaba el adulterio, la homosexualidad, la seducción de vírgenes o viudas respetables, la corrupción de los jueces y de sus ayudantes e instigadores, así como a los envenenadores y vendedores de drogas mortales⁷⁸. A veces el proceso capital implicaba sanciones añadidas, como en el caso de la traición al Emperador o al Estado, en el que el ajusticiado recibía la “marca de la infamia” todavía después de la muerte; o modalidades especiales de ejecución, como en el caso del parricida (aunque también el sicario y sus instigadores), que eran

⁷⁵ Storia, vol. 1, p. 366, 367. También Mommsen hizo iluminantes aportes en la investigación del llamado derecho de provocación, es decir, la alzada de la decisión de los magistrados ante los comicios, quienes tenían atribuciones de anulación. Cfr. *Compendio*, p. 374 y ss., y p. 389.

⁷⁶ *Compendio*, p. 385.

⁷⁷ Deportatio, relegatio, exilio, destierro, interdictio aquae et ignis, no siempre significaron lo mismo. Para esa distinción, así como una breve referencia respecto a los lugares de deportación bajo el imperio romano y su uso durante el medioevo y posterior práctica de deportación a las colonias, Cfr., www.treccani.it/enciclopedia/deportazione_%28Enciclopedia-Italiana%29.

⁷⁸ “This statute also inflicts punishments of death on poisoners, who kill men by their hateful arts of poison and magic, or who publicly sell deadly drugs”: *Institutas*, Book IV, Title XVIII, 6.

condenados a la pena del saco (poena cullei) cuya aplicación sería documentada todavía muy entrada la Edad Moderna⁷⁹.

Fuego extinguido, Roma extinguida. Las vírgenes vestales, llamadas así en honor de Vesta, fueron un símbolo milenario de pureza y castidad, una institución profundamente arraigada entre los romanos durante siglos, hasta que desaparecieron señaladas de representar una institución pagana con el ascenso del cristianismo en el siglo III. De acuerdo con las XII Tablas, las vestales eran las únicas mujeres de aquellos tiempos que no estaban sometidas a tutela (V.1), y que, por tanto, tenían estatuto de personas libres.

Tito y Cicerón legaron varios aspectos de interés en torno de esta institución: una virgen vestal debía permanecer casta durante el período de su sacerdocio bajo pena de soterramiento (Livio, 8.15) y su comportamiento tenía que mantenerse aliñado con imaginarios de “absoluta pureza”⁸⁰; no podían llevar “atuendos amanerados”, ni parecer más elegantes de lo apropiado, ni mostrar “afición excesiva al brillo” (Livio 4.44 y 8.15). Podían ser enterradas vivas, como se advirtió, si resultaban culpables de no preservar su voto de castidad (Livio 2.42). En alguna ocasión, se escogía a una doncella para este privilegio pensando más bien con los deseos políticos de evitar sucesiones familiares peligrosas para los reyes de turno (Livio, 1.3).

De origen griego, Vesta era la poderosa diosa del fuego sagrado del hogar, que trascendería con el tiempo en importancia para elevarse a todopoderosa diosa del “hogar de la ciudad” o del “público hogar”, es decir, de Roma: De acuerdo con Cicerón, mientras existiera el fuego del templo de Vesta, Roma existiría⁸¹.

La casa de un romano, igual que la de un griego, explica Fustel de Coulanges, encerraba un altar a Vesta. Los hombres de aquel tiempo tenían reglas y ritos para obtenerlo, deberes de conservarlo y reavivarlo. El fuego tenía naturaleza divina, se le adoraba y se le rendía culto, se esperaba protección en su presencia. Era el poder tutelar del fuego, de Vesta, la llama viviente⁸², que iba a tener su lugar en las leyes decenvirales en la forma antedicha, de la diosa Vesta, pero también en la regulación del rito funerario y la muerte.

Las “venerables doce” prohibieron enterrar o incinerar muertos dentro de la ciudad (X.1), obligaron a situar la pira funeraria a cierta distancia de un edificio ajeno (X.10), y eliminaron la posibilidad de usucapir la antesala de un sepulcro (X.11). Para

⁷⁹ “This is not execution by the sword or by fire, or any ordinary form of punishment, but the criminal is sewn up in a sack with a dog, a cock, a viper, and an ape, and in this dismal prison is thrown into the sea or a river, according to the nature of the locality, in order that even before death he may begin to be deprived of the enjoyment of the elements, the air being denied him while alive, and interment in the earth when dead” (Institutas, Book IV, Title XVIII, 6) “Poena cullei obtuvo una especie de resurgimiento a finales de la Edad Media y principios de la Alemania moderna, con casos tardíos de ahogamiento en un saco junto con animales vivos documentados desde Sajonia en la primera mitad del siglo XVIII”. Cfr. https://es.wikipedia.org/wiki/Poena_cullei.

⁸⁰ Cicerón, De Legibus, Libro 2.12,29.

⁸¹ Cicerón, De Legibus, Libro 2.8,20.

⁸² Fustel de Coulanges, *La Ciudad Antigua. Historia sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, estudio preliminar de Daniel Moreno, Porrúa, n° 181, 1ª ed. de 1864, 1ª ed. de sepan cuantos... 1971, 11ª ed., 1998, p. 17.

la época de las XII Tablas los romanos consideraban la tierra inalienable, y resulta muy interesante notar que la expropiación por deudas no tuvo lugar en el derecho de las ciudades antiguas greco romanas. Es cierto que las tablas decenvirales no son complacientes con el deudor, “pero no permite que su propiedad se confisque en provecho del acreedor. El cuerpo del hombre responde a la deuda, no su tierra, pues la tierra es inseparable de la familia”⁸³.

Usucapión, propiedad y tumbas, una relación de instituciones que fotografía muy bien aquella época. No había un cementerio, sino que cada familia enterraba a los muertos en su propio campo, de lo cual se seguía una propiedad perpetua, un suelo inalienable e imprescriptible. Describiendo la antigüedad arcaica, Fustel de Coulanges explica que “La sepultura había establecido la unión indisoluble de la familia con la tierra, es decir, la propiedad”, y rechaza que fueran las leyes –y no la religión– las que garantizaron al comienzo el derecho de propiedad. Nos desafía de este modo: “Fundad la propiedad en el derecho del trabajo, y el hombre podrá desasirse de ella: Fundadla en la religión, y ya no podrá” pues “un lazo más fuerte que la voluntad humana une la tierra al hombre”⁸⁴.

La XII Tablas redujeron, asimismo, la suntuosidad de los duelos en lo que respecta a telas y túnicas y hasta al número de flautistas, y prohibieron “desbastar con la azuela la leña de la pira”. Prohibieron igualmente las “lamentaciones” (X.2, X.3), el acto de arañarse las mejillas las mujeres (X.4)⁸⁵, la costumbre de recoger huesos de

⁸³ El sentido del derecho de propiedad en la Antigüedad tiene características muy distintas a las actuales. El patrimonio, p.ej., no pertenecía al padre propiamente, sino a la familia, lo que se refleja enfáticamente en su concepción funeraria. Dejemos que un elevado experto nos lo explique: “además, ese campo donde está la tumba, donde viven los antepasados divinos, donde la familia por siempre debe realizar un culto, no es la propiedad de un solo hombre, sino de una familia. No es el individuo viviente en la actualidad quien ha establecido su derecho sobre la tierra: es el dios doméstico. El individuo solo la tiene en depósito; pertenece a los que han muerto y a los que han de nacer. Forma parte con esa familia y no puede separarse de ella. Disociad uno de otra y alterais un culto y ofendéis una religión. Entre los indios, la propiedad, fundada también en el culto, era igualmente inalienable”. Foustel de Coulanges, p. 47 y 48.

⁸⁴ “Resulta bastante evidente que la propiedad privada era una institución de que no podía prescindir la religión doméstica. Esta religión ordenaba aislar el domicilio y aislar también la sepultura; la vida en común ha sido, pues, imposible. La misma religión prescribía que el hogar estuviese fijo en el suelo, que la tumba no fuera ni destruida ni trasladada. Suprimir la propiedad: el hogar irá errante, las familias se mezclarán, los muertos quedarán abandonados y sin culto. Mediante el hogar inmutable y la sepultura permanente, la familia ha tomado posesión del suelo, la tierra ha quedado, en cierto sentido, imbuida y penetrada por la religión del hogar y de los antepasados. El hombre de las antiguas edades quedó así dispensado de resolver problemas hartos difíciles. Sin discusión, sin fatiga, sin sombra de duda, llegó de un sólo golpe y por la virtud de sus creencias a la concepción del derecho de propiedad, de ese derecho de donde surge la civilización, pues por él el hombre mejora la tierra y él mismo se hace mejor”. Cfr., Foustel de Coulanges, p. 42, 43, 44 y 47.

⁸⁵ Una Tabla que muestra una fuerte conexión de las XII Tablas con la tradición homérica. De acuerdo con Inés Calero Secall “En Grecia fue muy significativa la función desempeñada por las mujeres en las exequias fúnebres. Tanto los documentos literarios y epigráficos como la iconografía de la cerámica griega testimonian la participación femenina en escenas funerarias. Ya en los poemas homéricos nos es familiar la imagen de mujeres en situaciones de duelo que se arañaban las mejillas y el pecho o se arrancaban los cabellos en señal de dolor por la muerte de un ser querido. Briseida, Hécuba o Andrómaca son protagonistas en la *Iliada* de escenas fúnebres en las que manifestaban de este modo su dolor”. Cfr. Calero Secall, Inés, *Los legisladores griegos y sus preceptos sobre las mujeres en los funerales*, “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos”, XXXIV, Valparaíso, 2012, p. 37 a 51, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552012000100001.

un muerto para hacer después un funeral, salvo que fueran los huesos del muerto en guerra o en el extranjero (X.5a, X.5b), y se suprimió la costumbre de uncir a los esclavos, las procesiones de grandes coronas e incensarios (X.6), y el uso de oro en la sepultura (X.8, X.9). Se permitía ser incinerado con coronas obtenidas con honor o valentía (X.7).

El alma de los muertos en la cosmogonía romana no se trasladaba de cuerpo, ni iba a una mansión celestial, sino que permanecía bajo tierra, se enterraba con él, lo que explica la antiquísima locución funeraria latina “que la tierra te sea ligera”⁸⁶. Para el siglo IV a.C., todavía regía la costumbre muy antigua de enterrar a los muertos en la casa de hogar, que se extendería a mucho tiempo después, considerando las constancias que deja Cicerón a ese respecto en sus detallados comentarios sobre el significado de estas específicas tablas decenvirales y sobre el hecho de que el rito funeral se había convertido en un episodio fastuoso que había de moderarse siguiendo el tenor, también en esto, de las leyes de Solón⁸⁷.

3. Libertades

Las leyes decenvirales venían anteceditas de un ambiente pastoril, por lo que cualquiera imaginaría que el problema de la propiedad individual del suelo no representaba demasiadas preocupaciones. Tal ambiente pudo tener lugar durante la Roma arcaica, cuando la propiedad de la tierra tenía rasgos colectivos y de pertenencia al grupo. Esto cambiaría: “La storia costituzionale romana dei primi secoli della Repubblica è ad un tempo la storia delle lotte di classe per la giusta ripartizione delle terre”⁸⁸.

Efectivamente, las XII Tablas nos hablan de un tiempo de profundo celo por el patrimonio. No hay que equivocarse: el patrimonio privado dio prueba de su existencia desde la Antigüedad temprana; pero los principios en que se basó esa idea, producto del entrelazamiento de religión doméstica, familia, hogar y suelo, resultan ser muy diferentes con respecto a nuestras justificaciones actuales del derecho de propiedad, como advierte Foustel de Coulanges⁸⁹.

Ciertamente, se usó el concepto de propiedad en las XII Tablas, que llegarían todavía más allá para clasificar los tipos de propiedad (VII.4a, VII.4b) y para protegerla del pródigo y del trastornado que tiene a su cargo la administración de bienes (V.7). Las Tablas nos hablan, asimismo, de una comunidad que entendía perfectamente los elementos del contrato de compraventa, así como las condiciones en las cuales se había producido la transferencia de un bien vendido (VI.1c), de litigios (VI.6) e incluso de cuestiones relacionadas con la apropiación de materiales ajenos (VI.8a).

Preveían el pago de daños (VI.8b, VI.9) e implementaban acciones de delimitación de fincas (VII.3, que alude a Solón)⁹⁰, servidumbres (VII.6, VII.7), “reclamaciones

⁸⁶ Cit., p. 6.

⁸⁷ Cicerón, De Legibus, Libro 2 23,58.

⁸⁸ Storia, vol. I, p. 25, 252 y 254.

⁸⁹ Fustel de Coulanges, p. 39.

⁹⁰ Se trata de una mención directa a Solón dentro de las propias Tablas que, sumada a las referencias de otras fuentes acerca de la inspiración solónica de la embajada decenviral, hace aparecer a

infundadas” de terceros, que se exponen a multas... (XII.3), y se amenazaba con penas pecuniarias a aquellos que pretendieran “consagrar aquello cuya posesión se discute” (XII.4). Se remitían los romanos del 450 a.C., finalmente, a múltiples castigos por hurto (VIII.15a, VIII.12, VIII.13, VIII.14, VIII.15b, VIII.16), que son la prueba más cruda del sentido de protección del patrimonio.

Si la propiedad es un derecho o una libertad, se verá de qué intensa manera se le protegía ya en las leyes decenvirales, que cualquier civilista podría enfocar cómodamente como un tratado de la usucapión, considerando la variedad de detalles que encontramos en aquel estatuto sobre sus condiciones de tiempo y lugar y la regulación de disputas entre vecinos por franjas de terrenos, que denotan alto grado de sofisticación en el tratamiento de la propiedad y la posesión, como se puede comprobar por ejemplo en la distinción entre muebles y fincas, y sobre los efectos jurídicos de transacciones sobre bienes robados (V.2, VI.3, VI.4a, VI.4b, VII.1, VII.2, VII.5), y como se puede verificar también en las reglas de transmisión del patrimonio que distinguían herederos “de propio derecho” de “herederos parientes agnados”⁹¹, que se van sucediendo en la vocación sucesoral, a falta de los cuales heredaban los gentiles, su gens (V.5). Y como se puede confirmar, finalmente, en las acciones para partir el patrimonio (V.10) y las reglas para conseguir la libertad en el caso de alguien que hace parte de un patrimonio heredado (VI.1d).

La intensa regulación de la propiedad venía acompañada en las XII Tablas de la equiparación entre voluntad personal y ley, por ejemplo, en la cuestión del testamento, en que la voluntad del pater familias se pone en perfecta correspondencia con el alcance vinculante de la “ley” (V.3). Sin duda esta equivalencia representa un paso decisivo en la evolución del concepto de autonomía personal, sin lo cual no parece posible el desarrollo subsiguiente de la institución de la propiedad, que requiere cierto nivel de exclusividad en la forma de disponer de la herencia y de la propia familia. La mentalidad decenviral otorgaba también rango de ley al compromiso verbal en compraventas (VI.1a) ¡Qué interesante momento en el que se eleva la voluntad de un hombre a la categoría de la ley!: “vestigio sobradamente expresivo de su libre y absoluta monarquía en el estado de las familias”, dice Vico también del pater familias en las XII Tablas⁹².

De Martino —que lo pone en duda—, algo apasionado con la historia legendaria de Roma: “E’ chiaro che la finalit  della legazione non poteva essere certo di trasferire a Roma le leggi greche; essa era puramente politica e come tale poteva esaurirsi nel fatto stesso di costituire una re-mora e ad un tempo un lento avvio all  legislazione”. Cfr., Storia, vol. I, p. 304. Analistas recientes siguen encontrando puntos en común entre las leyes griegas y las XII Tablas. P.ej. Buis, Emiliano J., *Del derecho griego (Solón, F60a [R]) a las XII Tablas: un caso de intertextualidad jurídica*, “Revista de Estudios de Antigüedad Clásica”, Universidad de Granada, n  19, 2008, disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/florentia/article/view/4075>.

⁹¹ Esta vocación patrimonial podría estar vinculada al hecho de que en Roma los agnados estaban llamados a ejercer la venganza para reivindicar la muerte del causante. Según Petrucci, “Entre los crímenes confiados a la venganza privada encontramos el homicidio (parricidium), que desde los tiempos del rey Numa se distinguió en asesinato voluntario e involuntario, estableciéndose, en el primer caso, que los agnados debían ejercitar la venganza matando al homicida”. Cfr., Corso, p. 253.

⁹² “Los padres de familia tenían derecho de vida y muerte sobre las personas de sus hijos; y a consecuencia de esta infinita potestad sobre las personas, gozaban también de otra igualmente infinita sobre las adquisiciones, pues todo cuanto adquirían los hijos, para sus padres era; y con dominio

Las XII Tablas prohibían las bodas de plebeyos con patricios (XI.1), una norma que nos transporta de inmediato a la estructura enérgicamente clasista de la historia de Roma, de constantes luchas internas entre patricios y plebeyos, las castas que, en la descripción de De Martino, aparecen como dos comunidades divididas, con sus propios sistemas legales, que luchan durante largo tiempo entre ellas antes de llegar a una comunidad unida: “La storia di questo conflitto è la storia dello sviluppo della costituzione romana”⁹³. Ese clasismo se reflejaba también en las relaciones civiles que exigían que hacendado avalara hacendado, mientras que plebeyo a plebeyo (I.4).

La igualdad de acceso a las instituciones estaba en plena reivindicación para mediados del siglo V a.C. Mientras tanto, no podían los plebeyos ser magistrados de la ciudad ni tampoco entrar en el Senado⁹⁴ y, de acuerdo con Mommsen, tampoco podían ejercer funciones sagradas en la comunidad⁹⁵. La Roma patricio plebeya incorporaba patriciado, nobleza, la orden de los senadores, caballeros, todos arriba de los plebeyos, clases inferiores de ciudadanos, con aspiraciones de igualdad y de lograr convertirse en estado dentro del estado, una “sombra de ser”, en la interpretación del Premio Nobel. Incorporaba asimismo a los libertos, personajes que pasaban de la esclavitud a la libertad, acordonados por toda clase de prohibiciones y desventajas legales en punto a cargos públicos y sacerdotales, servicio militar y demás.

Una norma ya comentada lanza potente información adicional sobre aquella alineación estratificada de la Roma de las XII Tablas. “El patrono que defraude a su cliente, sea execrable” (VIII.21), que nos recuerda la pena de *sacertas*, un asesinato sacrificial, considerado impune: si el patrono infringía los deberes de lealtad frente a su cliente, éste podía inmolarlo, consagrándolo a la divinidad⁹⁶. De Martino y Mommsen discrepan: para el primero, la clientela en aquel mundo antiguo no estaba integrada por esclavos, ni plebeyos y destaca que “Oscura è l’origine della clientela”⁹⁷; para el segundo, clientela y plebeyado se identifican en el concepto y en la realidad⁹⁸, pero coinciden los ilustres romanistas en que sin duda se trataba de una clase de rango inferior, subordinada, sin status ciudadano, sin capacidad para acudir a

despótico, los padres en sus testamentos disponían sobre la tutela de las personas de sus hijos como de cosas, que enteras, guardó a los padres de familia la Ley de las XII Tablas en el capítulo de Testamentos: *Pater familias uti legassit super pecuniae tutelaeve suae rei, tía jus esto*: todo ello vestigio sobradamente expresivo de su libre y absoluta monarquía en el estado de las familias” Giambattista Vico, *Principios de una Ciencia Nueva en Torno a la Naturaleza Común de las Naciones*, Apple Books, p. 80.

⁹³ Storia, V. I, p. 64.

⁹⁴ Storia V. I, p. 264.

⁹⁵ *Compendio*, p. 69.

⁹⁶ *Curso*, p. 179 y 180.

⁹⁷ “Possiamo quindi essere certi che la clientela non si identifica con la plebe; essa è una classe di sottoposti all’interno della gens, come la plebe è una classe di sottoposti all’interno della civitas; le origine sono diverse e diversi le funzioni sociali e politiche. Mentre la plebe sostiene aspre lotte e raggiunge la sua libertà, la clientela, assorbita nell’ambito della gens, rimane subordinata ed allorchè perde il suo antico carattere dà luogo all’ordinamento storico del patronato, il cui solo campo di applicazione è quello dei servi manomessi, i liberti che non hanno un *pater familias*, ma soltanto un *patronus*”. Cfr. Storia, V. I, p. 39, 41.

⁹⁸ *Compendio*, p. 30.

tribunales, sin vínculo legal, solo una relación de obediencia, de fides, basada en una vinculación económica o bien “ligados más bien por vínculos morales que jurídicos”⁹⁹.

Roma y esclavitud podrían tenerse por términos intercambiables. Esclavista por excelencia, ya las XII Tablas reflejan una tradición de aprovechamiento servil, que gradualmente hizo tránsito a un lucrativo sistema de explotación productivo de los esclavos. Una Tabla deja huella normativa de la tragedia de la doncella Virginia (VI.7): Appio Claudio, el líder de los decenviros, “enloquecido por la lascivia” –según narra Tito Livio–, en contubernio con alguien que la reclamaba como su esclava, accedió a entregar la joven contra toda evidencia de que no era esclava, hecho que generó estupor en toda Roma y derivó en un triste final en el que el padre de la joven, no pudiendo protegerla de la obstinación del decenviro, decidió sacrificar a su hija, antes que permitir su degradación social y su abuso: “¡Hija mía! Te conservo libre de la única manera que puedo”, dicho lo cual tomó un cuchillo de una tienda cercana y la acuchilló¹⁰⁰. Si esta leyenda no fuera cierta¹⁰¹, no importaría en absoluto, porque logra transmitir de todos modos, con gran potencia, las contradicciones y tragedias de la sociedad esclavista romana de la época decenviral, como también transmite mensajes sobre la moderación y control del poder, pues debido a este hecho murió también Appio Claudio, y cayó el decenvirato.

La tragedia de Virginia no afectó en absoluto la estructura esclavista de Roma. A nadie interesaba ese propósito. Ni siquiera la celebridad de Espartaco lograría bambolear ese sistema, y más bien podría decirse que lo consolidó, después de la sofocada rebelión del 71 a.C. A pesar de haberse elevado como un “rispettabile nemico” para Roma, el Gladiador no consiguió organizarse como algo que se pareciera a un movimiento político, y resulta bastante elocuente verificar que durante aquella convulsión jamás reivindicó la abolición de la esclavitud¹⁰².

Vestidos en forma miserable, vigilados y alimentados bajo una racionalidad simplemente animal, los esclavos fueron meros “strumenti di lavoro e trattati con rigorosa e fredda determinazione economica, avendo di mira il reddito Massimo possibile”, sin vida conyugal posible y sometidos al “principio che fosse conveniente far vivere gli schiavi nello stato di indifferenziata prostituzione”¹⁰³. Las transiciones revolucionarias posteriores que van de la República al Imperio no implicaron cambios en la estructura

⁹⁹ “Es muy significativa, para conocer la naturaleza de este instituto, la prohibición de persecuciones judiciales entre el patrono y el cliente, y en considerar sencillamente como un delito la infracción de las relaciones de fidelidad” (Mommsen, *Compendio*, p. 38).

¹⁰⁰ Tito, 3.44 a 3.48.

¹⁰¹ De Martino es ejemplo de quienes califican de mítico el episodio de Virginia, introducido por historiadores, según él, para mostrar una imagen todavía más cruda de Appio Claudio. Cfr. *Storia*, VI, p. 306.

¹⁰² *Storia della Costituzione Romana*, vol. III, seconda edizione, Napoli, Jovene, 1973, p. 124, 125, 126.

¹⁰³ *Storia della Costituzione Romana*, V, II, p. 295 y 296. De Martino advierte sobre las dificultades de reconstruir con precisión la historia de la esclavitud en Roma. No obstante, provee valiosa información sobre su expansión y arraigo en la estructura económica, así como sobre las causas económicas de su decadencia durante la Monarquía. Asimismo, *Storia*, vol. II, p. 4 y ss., y *Storia della Costituzione Romana*, vol. V, Napoli, Jovene, 1975, p. 156.

fundamental de la sociedad romana entre libres y esclavos, ni entre clases sociales en que se dividían los hombres libres¹⁰⁴.

Un milenio después de las XII Tablas, las Institutas todavía regularían la esclavitud como el asunto más cotidiano, al punto que regula acciones noxales con referencia expresa a las tablas decenvirales¹⁰⁵.

La noción de familia de las XII Tablas (V.8) incorpora los prejuicios de “ligereza de ánimo” que el mundo antiguo en general asignaba a las mujeres, lo que se traducía en el sometimiento a la tutela de su padre o de sus parientes agnados a falta de aquél (V.1, V.2). “Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido”. No tenían en Roma un nombre propio como no fuera la forma femenina del nomen de su padre, y su consentimiento para todas las cosas permanecía incompleto si no obtenía el “consentimiento de su tutor” (V.2, V.6). Griegos, romanos e indios tuvieron en común la concepción de la mujer como una menor de edad: “Nunca manda, ni nunca es libre ni señora de sí misma, sui juris. Siempre está junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro; para todos los actos de la vida religiosa necesita un jefe, y para todos los actos de la vida civil, un tutor”¹⁰⁶.

La mujer también se usucapía por el transcurso de un año de convivencia. La interesada, es cierto, podía interrumpir el proceso, ausentándose tres noches antes de cumplirse el período anual, pero era tratada legalmente como parte del engranaje de los bienes muebles de propiedad de la familia (su padre, su marido o sus agnados)¹⁰⁷, lo que no debería sorprendernos si se considera el rango que la religión de aquel entonces dio a los hombres, en la vida como en la muerte. Las mujeres, a diferencia de aquellos, no estaban llamadas a convertirse en antepasados de la familia, adoración fundamental de la religión arcaica¹⁰⁸.

El padre tenía el derecho de dar muerte a un niño “espantosamente deforme” (IV.1) y podía también vender a los hijos, aunque bajo condiciones que a día de hoy ya nos resultan incomprensibles: si la venta se hacía repetidamente, a la tercera vez el hijo vendido quedaba liberado de su padre (IV.2). El adquirente de los hijos en esas compraventas podía darles la libertad, lo que suponía una ruptura de la patria potestad que no perjudicaba al hijo y que, de acuerdo con Mommsen, “trajo al plebeyado gran parte de sus mejores hombres”¹⁰⁹. Los hijos –y también los nietos– son considerados en Roma, igual que la mujer, una propiedad factible de ser enajenada. Las leyes decenvirales incorporaban finalmente la noción de divorcio y de sus consecuencias

¹⁰⁴ Storia, vol. IV, parte prima, p. 44.

¹⁰⁵ Institutas, Book IV, Title VIII.

¹⁰⁶ Fustel de Coulanges, p. 59.

¹⁰⁷ Mommsen hace notar el influjo de las instituciones helénicas en este punto, “hasta bien entrados los tiempos” del mundo romano. Cfr. *Compendio*, p. 13.

¹⁰⁸ “Sin duda que hoy nos cuesta gran trabajo el comprender que un hombre pudiera adorar a su padre o a su antepasado. Hacer del hombre un dios nos parece el reverso de la religión. Nos es casi tan difícil comprender las antiguas creencias de esos hombres, como a ellos les hubieses sido representarse las nuestras”. Fustel de Coulanges, p. 23.

¹⁰⁹ *Compendio*, p. 33.

(IV.3), y regulaban claramente sobre los hijos nacidos en adulterio, para efectos de lo cual fijaban una regla de nacimiento de diez meses (IV.4).

Las XII Tablas, los antiguos y los modernos: ¿Era la libertad en Roma un concepto borroso y oscuro, o incorporaba algún significado jurídico positivo?¹¹⁰ Es verdad que el romano no tenía derechos contra un Estado de fundamentos teocráticos y omnipotencia ilimitada. Sobran las evidencias, la religión, explica De Martino, era un invencible instrumento de dominación que pesó durante mucho tiempo en el libre albedrío del hombre¹¹¹; existió durante la época clásica, asimismo, un poder de expropiación de bienes de parte del Estado frente al cual los súbditos carecían de defensa; y es evidente que el esclavismo se afianzó durante siglos. La aplicación extendida del crimen maiestatis así como del supplicium more maiorum hace parte de la lista de pruebas de aquella omnipotencia estatal¹¹².

¹¹⁰ “La disputa tra gli studiosi a questo riguardo non ha ragione di essere, perchè entrambe le nozioni sono esistite e ricorrono nelle fonti. La libertas romana, nel senso politico e giuridico, non era un concetto vago e negativo, in quanto implicava un complesso di diritti e di potestà, sia nel diritto privato, che in quello pubblico. Infine una espressione corrispondente all’orgoglio storico di Roma era, come si è già detto, quella di Cicerone: Aliae nationes servitutem pati possunt, populi Romani est propria libertas”. Cfr. Storia, vol. III, p. 142 y 143.

¹¹¹ “Sebbene i tratti più caratteristici della costituzione di una polis consistano nella sfera di libertà, che essa garantisce ai cittadini, sia essa più o meno ampia, errerebbe tuttavia chi credesse di poter applicare alle città antiche i principi moderni sui diritti soggettivi pubblici ed in genere sul diritto dei cittadini allà libertà individuale. Il singolo non aveva diritti verso lo Stato, la cui onnipotenza era senza limiti ed il cui fondamento era teocratico; la religione, che informava di sé tutta la vita cittadina, era uno strumento invincibile di dominazione. Anche Roma non si sottrasse a questo comune carattere dello Stato antico e certo in Roma la libertà del cittadino fu meno ampia che in Grecia, in ogni caso di diverso contenuto. Anche quando le credenze religiose vacillarono nello scetticismo della tarda repubblica, gli antichi riti rimasero in vita e costituirono pur sempre forme essenziali del diritto dello Stato. L’originario elemento teocratico pesò a lungo nella vita civile e sulla libera volontà del l’uomo”. Cfr. Storia, vol. I, p. 202.

¹¹² “Aggiungasi che il crimen maiestatis fu largamente adoperato per colpire gli avversari degli imperatori e che per esso non si trova soltanto comminata l’antica pena repubblicana dell’interdictio aqua et igni, ma più spesso la morte, sia questo avvenuto per una estensione legale o per un uso arbitrario da parte degli imperatori. Inoltre sotto la sanzione del crimen maiestatis cadevano anche le semplici offese all’imperatore e come tali venivano considerati sotto imperatori dispotici atti di semplice dissenso, per non parlare dei sospetti. Anche in altri campi, l’avvento del principato costituì una ulteriore limitazione della libertà individuale. Sebbene l’espropriazione per pubblica utilità fosse praticata già in época repubblicana, mediante il potere di coercitio del magistrato, cui non poteva resistere il singolo, se non avvalendosi di mezzi politici di opposizione, tra i quali in primo luogo l’auxilium dei tribuni, tuttavia il sistema si estese durante l’impero. L’intervento dell’imperatore era anche qui più libero da freni di come non fosse quello del magistrato repubblicano per ragioni comprensibili. Se non vogliamo ammettere l’esistenza di un vero e proprio potere giuridico di espropriazione da parte dello stato durante l’età classica, tuttavia non si può negare che vi si faceva luogo di fatto e con maggiore frequenza. L’inesistenza di una disciplina giuridica dell’istituto, se mai, lo rende più arbitrario, in quanto pone il cittadino senza difesa alla mercè dei poteri statali. Anche i numerosi testamenti disposti a favore dell’imperatore si possono considerare come il risultato di una pressione politica, nei confronti della quale il cittadino non aveva alcuna difesa. L’ingerenza dell’autorità imperiale nell’ambito della Sfera privata, un tempo garantita in modo assoluto al singolo, fu grandissima. Teoricamente continuano a valere gli arcaici principi sulla sovranità del pater familias all’interno del gruppo domestico; essi furono rispettati non in quanto erano rivolti ad estendere la libertà, ma nel senso opposto. La politica di Augusto lasciò mano libera ai proprietari di schiavi per quanto concerneva la spietata applicazione del supplicium more maiorum tendenze più liberali della tarda repubblica furono severamente combattute, in modo da rafforzare le basi del sistema schiavistico. Per quanto riguarda i rapporti all’interno della famiglia, il testamento ed i vincoli

Y es cierto que se producían injerencias de la autoridad en la familia y la vida privada que a ojos del hombre moderno resultan absurdas, como el caso de la *lex Fannia* (año 161 a.C.) que regulaba el número de personas que se podían invitar a un banquete. Benjamin Constant (1767-1830) aprovechó muy bien esa lista de injerencias, y revolvió el ambiente con sus aplaudidas tesis acerca del espíritu opuesto entre los tiempos antiguos y los tiempos modernos, y propuso desconfiar de esa admiración por las “reminiscencias antiguas”, y por aquellas “ensalzadas instituciones” griegas y romanas que obstruían la libertad individual, y que, contagiadas por el síndrome de Tepandro, no daban oportunidad a las libertades de expresión, de opinión, de escoger profesión, de influir en el gobierno, de reunirse, de ir y venir, sino que apostaban por “máquinas cuyos resortes y engranajes” dirigían el conjunto del que formaba parte¹¹³.

Imbuido como tantos otros de su generación en el “catecismo de los principios de 1789”, Constant no podía recibir sino con mala voluntad la historia de las instituciones y las libertades del mundo antiguo, amparado en un lugar común denunciado por De Martino: “quello secondo cui nell’antichità lo stato è tutto e l’individuo niente”¹¹⁴. La bandera de la libertad existió e inspiró valores sin los cuales la libertad de los modernos no habría tenido lugar: la libertad política equivalía a antítesis de reino, sistema de gobierno “odiato ed intollerabile” durante la época republicana de Roma¹¹⁵; la libertad política se usaba, asimismo, como estandarte de lucha contra la opresión y dominación de los nobles; contra las ofensas de los oligarcas, y se usaba en el sentido de un derecho natural contrapuesto a la libertad derivada de la subordinación a las leyes: “Il termine non aveva valore strettamente tecnico, era adoperato come invettiva politica contro uomini, i quali avevano od aspiravano ad avere un potere incompatibile con lo spirito della costituzione repubblicana aristocratica”¹¹⁶.

La idea de libertad inspiró el rechazo a la dominación de unos pocos; fue útil como divisa de carácter ideológico y propagandístico contra la crueldad de un tirano; como oposición a la monarquía despótica y rechazo al gobierno de uno; como exigencia de participación en el gobierno; como garantía de defensa del ciudadano contra el magistrado mediante la “provocatio ad populum”¹¹⁷ y a veces se le llegó a identificar

coniugali, la restaurazione dei mores perseguita da Augusto non arrestò la legislazione davanti alle soglie gelose della domus, ma la fece penetrare in essa molto profondamente. Così anche nel campo dell’autonomia privata, l’impero mutò radicalmente gli antichi principi repubblicani”. Cfr. Storia, IV, parte prima, p. 261, 262. También sobre crímenes de lesa majestad, delito genérico de orden público, [www.treccani.it/enciclopedia/crimen-laesae-maiestatis_\(Federiciana\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/crimen-laesae-maiestatis_(Federiciana)). Y sobre el *Supplicium*, http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Journals/TAPA/39/Supplicium_de_More_Maiorum*.html.

¹¹³ Constant, Benjamin, *La libertad de los modernos*, introducción, traducción y notas de Ángel Rivero, Madrid, Alianza, 2019, p. 81.

¹¹⁴ Storia, vol. IV, parte prima, p. 258.

¹¹⁵ Storia, vol. III, p. 138.

¹¹⁶ Storia, vol. III, p. 140.

¹¹⁷ “Per l’aristocrazia libero era lo stato non sottoposto al governo di un solo; per la democrazia la repubblica era libera se non dominata dalla fazione dei pochi; per il principato la repubblica era libera in quanto non sottoposta alla dominazione tirannica di un solo. Perciò gli elementi fondamentali della libera res publica sopravvivevano, la civitas, la libertas, il dominium, la potenziale partecipazione al governo, i diritti personali e patrimoniali dei cives anche nei confronti dello stato e del principe, tutto quello, insomma, che era l’eredità storica dello stato cittadino in contrapposto alle concezioni orientali ed ellenistiche della monarchia teocratica: sponere de la propiedad, a influir en el gobierno a reunirse, a ir y venir, del potere dispotico, nei confronti del quale non vi sono cives, ma sudditi, non vi è proprietà, perchè tutte le cose sono del ..., non vi sono diritti se non in quanto riconosciuti e conferiti dal sovrano.

con estabilidad y seguridad del Estado, con paz y orden. No fue un concepto desterrado. Tampoco infecundo.

4. Separación de poderes

Las XII Tablas, que según Vico representan la “fuente de toda la romana virtud, y por ella de la grandeza romana”¹¹⁸, por momentos nos ofrece la apariencia de un estatuto elemental, de una sociedad agrícola y ganadera, que apenas entiende de daños ocasionados por el agua lluvia (VII.8), que condena la tala de árboles o de sus ramas (VII.9, VIII.11) y que se preocupa por el destino de las bellotas que caen en finca ajena (VII.10). Una comunidad pastoril (VIII.7) que ciertamente tenía el entendimiento mínimo para regular los daños causados por cuadrúpedos (VIII.6). Un estatuto de una sociedad de agüeros y hechizos y de daños causados mediante el “encantamiento de las mieses” (VIII.8a, VIII.8b) que equivalía a cortar la cosecha de otro durante la noche, pastar rebaño propio en cultivo ajeno, o usar palabras y rituales mágicos para apropiarse de la cosecha del vecino¹¹⁹.

Pero otra cosa sucedía en el ambiente político de aquella sociedad pastoril, que daría inicio a los más delirantes ensayos de división de poderes de que se tenga noticia en la historia de las instituciones.

Para la época de las XII Tablas, patricios y plebeyos no parecían caber en la misma ciudad. Enardecidos ante las pretensiones igualitarias, los cónsules patricios amenazaban con “abolir o ese orden o esta magistratura”. Al mismo tiempo, los tribunos populares formulaban airadamente ciertas preguntas sobre el poder: “En fin, ¿la autoridad suprema os pertenece a vosotros o al pueblo romano? ¿Se expulsó a los reyes para fundar vuestra dominación o para establecer la igualdad de todos?”¹²⁰.

Grandes expertos han intentado explicar las XII Tablas como un estatuto nacido de un “compromiso político-constitucional” entre patricios y plebeyos, “dirigidas, de un lado, a confirmar institutos (o aspectos de éstos) ya previstos o regulados por los mores precedentes, y por el otro lado, a innovar sobre diversos puntos nodales el ordenamiento de la civitas republicana y la posición del individuo, de grupos y de clases sociales”¹²¹. Un compromiso que, sin embargo, salió fallido en aspectos tan principales

La libertas del principato è la formula vittoriosa del conflitto reale o preteso, tra le tendenze orientali e quelle nazionali di Roma e dell'Italia espresse nella politica augustea. Tutto ciò non ha naturalmente nulla da vedere né con le moderne concezioni della libertà, né con quelle stesse che erano fiorite nel mondo classico, in ispecie in Grecia durante l'epoca della democrazia, concezioni molto più vicine a quelle moderne di come non siano mai state le idee romane sulla libertà. Sarebbe dunque un non senso ricercare la libertà del principato nella libertà di parola, che pure qualche fonte esalta, perchè la costituzione repubblicana non aveva affatto garantito ai cittadini una piena ed incondizionata libertà di parola ed i comizi erano soggetti alla volontà del magistrato che li presiedeva. Nella stessa epoca repubblicana non mancano illustri esempi di restrizioni della libertà di parola e di manifestazioni del pensiero, sebbene in generale vi fosse notevole larghezza in questo campo”. Cfr. Storia, vol. IV, parte prima, p. 248, 256, 257 y 259.

¹¹⁸ Giambattista Vico, p. 109.

¹¹⁹ Cantarella, p. 198 y siguientes.

¹²⁰ Livio, 4.2 y 4.5.

¹²¹ Aldo Petrucci, p. 182.

como el odioso connubio, la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos que las tablas decenvirales acogieron (XI.1) y que hubo de ser derogado mediante ley Canuleya del 445 a.C. El clima de desacuerdo a este respecto quedó retratado por Tito Livio, que recogió la queja contra los patricios de querer “dividir los ciudadanos y hacer de dos Estados de uno sólo”, y que, prohibiendo el matrimonio de un plebeyo y una patricia, los hijos seguirían heredando la condición de su padre, es decir, permanecerían en sus castas por virtud del derecho: “Por qué no decretáis también que el plebeyo no pueda habitar en la vecindad del patricio, ni marchar por el mismo camino, ni sentarse a la misma mesa, ni presentarse en el mismo Foro?”¹²², se quejaban los plebeyos¹²³.

En prueba del escenario conflictivo subyacente de aquellos tiempos legendarios podemos traer a colación la prohibición expresa de reuniones tumultuosas de noche dentro de la urbe (VIII.26), así como la advertencia a las asociaciones en el sentido de evitar rivalizar con la ciudad (VIII.27). Pero también podríamos interpretar que hay pruebas de un ambiente constituyente de las leyes decenvirales en las garantías judiciales para sediciosos “reconciliados con el pueblo romano” (I.5) en su persona y bienes. Y en una Tabla cardinal: “No se han de proponer leyes contra una persona en particular” (IX.1), que expresaba una especie de “cláusula de invariabilidad” de las antiguas normas vigentes, y que Mommsen interpreta como una advertencia política hecha a la ciudadanía en el sentido de no abusar de su poder, introduciendo confusión sobre antiguas normas generales adoptadas por ella, introduciendo leyes excepcionales¹²⁴. Dicho de otro modo, aunque la realidad aconsejara la adopción de innovaciones particulares, un criterio general asignaba rasgos de eternidad a su ordenamiento vigente.

Mommsen informa que la dispensa de leyes vigentes para casos particulares se asignaría en tiempos republicanos al Senado, por cuenta de Sila, y terminaría más adelante todavía, en tiempos del Imperio, en manos del monarca¹²⁵.

A partir de aquella tensión, Roma no dejó de ensayar absolutamente nada de la enciclopedia de la división de poderes. Conocieron la monarquía mucho antes de las XII Tablas y los contrapesos que en aquel esquema fueron posibles durante la época arcaica¹²⁶. Conocieron la monarquía absoluta pero nadie certificaría poderes imperiales fueron ilimitados: “Ciò nondimeno, la monarchia assoluta non fu un regime arbitrario, nel quale la volontà del monarca si sovrapponeva all’ordinamento

¹²² Tito Livio, libro 4.4.

¹²³ De Martino dice que entre los decenviros había plebeyos para el segundo decenvirato, por lo que resulta difícil suponer que, a propósito del connubio, estuvieran de acuerdo en la redacción de una norma cuya abolición era la máxima aspiración de la plebe más elevada, pero añade que tampoco los cónsules la hubiesen aprobado, y si bien concluye que lo más lógico es suponer que las dos últimas tablas fueron añadidas por los cónsules, deja en el aire la tesis de que puede ser que las dos últimas tablas no tendrían base histórica si bien esta sería una “soluzione sbrigativa”. Cfr. Storia, vol. I, p. 305, 306, 307.

¹²⁴ *Compendio*, p. 548. Artemodoro de Daldis, p. 315 y 316, nos transmite la idea vigente para el siglo II d.C., de la identificación entre costumbre y ley no escrita vs. las leyes escritas, que se han puesto por escrito, valga la redundancia, “por miedo a transgredirlas”, y porque “la fuerza de las leyes escritas permanece siempre igual”.

¹²⁵ *Compendio*, p. 585.

¹²⁶ *Compendio*, p. 265.

giuridico..., la voluntad imperial era fuente de la ley, ma esta se formaba en los modos establecidos y no consistía en el simple arbitrio de una persona. Aunque pues los rasgos institucionales sean difusos, el régimen del tardo imperio era puramente jurídicamente ordenado”¹²⁷.

Los romanos establecieron el decenvirato, compuesto por magistrados extraordinarios, “con poder constituyente” según el llamativo análisis de Mommsen¹²⁸, sujetos a períodos limitados de tiempo, quienes precisamente se encargaron de redactar las XII Tablas en un intento por erradicar los principios del gobierno oligárquico. Pero el curso de la historia constitucional romana representó solo uno de los muchos intentos de unificar las clases en el gobierno de la ciudad, sin que aquella experiencia histórica hubiese aportado mayor estabilidad, como lo prueban diversos hechos posteriores, en especial la derogación de la Tabla sobre el conubio, con la que parecían haber prevalecido los patricios durante la gestión decenviral.

No obstante, las tablas decenvirales incorporaron estructuras institucionales y procedimientos claramente destinados a implantar límites y criterios prácticos de división del poder. Abundemos en ello: “se si guarda la codificazione, al diritto di provocatio ed al riconoscimento dei tribuni non vi è dubbio che la plebe fu nel complesso vittoriosa; essa era riuscita a strappare dalle mani dei supremi magistrati il monopolio del diritto e quindi ad imporre limiti sostanziali all’imperium. Inoltre il principio della comunità del diritto, della a equatio legum omnibus era stato affermato ed il divieto del conubio era una sopravvivenza, che presto sarebbe anch’essa caduta. In terzo luogo, si sottoponevano i magistrati ai limiti della provocatio e dell’intercessio dei tribuni. Era l’idea della unità del popolo, che veniva affermandosi, contro l’arcaico monopolio gentilizio”¹²⁹.

Al mismo tiempo, los romanos vivieron la experiencia del consulado que, reservado inicialmente a los patricios, admitió plebeyos a partir del 367 a.C. y que experimentó toda clase de modulaciones. Conocieron la pretura, que básicamente significó la ampliación del consulado a un tercero, responsable de la función jurisdiccional, lo que rotundamente traduce exigencias de división del poder; previeron los ediles, que operaban como auxiliares de tribunos; los cuestores, que eran auxiliares de magistraturas supremas; vivieron la experiencia y desengaño de tribunos militares y populares, con pretensiones estos últimos de constituir estados dentro del estado. Se sometieron los romanos a censores, que, sin coerción plena, concedían o negaban derecho de ciudadanía y derecho de sufragio, servicio militar e impuestos¹³⁰; conocieron la dictadura, una institución monárquica dentro del sistema republicano de la cual aprendieron moralejas suficientes¹³¹.

Conocieron el interrex, el ejército, la asamblea. Y también el colegio pontifical, que tenía asignada en la tradición la responsabilidad de guardar las normas y costumbres. Existe un debate largo acerca de cuáles normas eran esas, si las que requería para sus efectos propios religiosos o si se añadían a aquella las que aplicaban a

¹²⁷ Storia, vol. V, p. 219.

¹²⁸ *Compendio*, p. 318.

¹²⁹ Storia, vol. I, p. 310.

¹³⁰ *Compendio*, p. 291.

¹³¹ *Compendio*, p. 277.

relaciones o asuntos políticos. Vico profesó la idea de que este colegio de sacerdotes era la caja fuerte del entero sistema jurídico romano: “Por lo que, en lo primero, naturaleza fue, y no impostura que hasta transcurrida una centuria después de la Ley de las XII Tablas, según refiere Pomponio, la ciencia de las leyes romanas estuviera encerrada en el colegio de los pontífices, al que sólo eran admitidos los patricios, pues tantísimo tiempo se requirió para la comunicación del sacerdocio a la plebe”¹³².

Piensa Mommsen, en cambio, que se ha sobreestimado la influencia de esa institución: “La suposición de que el colegio... llegó a tener facultades para declarar cual era el derecho se compeadece mal con la conducta adoptada por la magistratura de la República de tener alejados a los sacerdotes de los asuntos profanos, y mal también con los vestigios que sobre el particular han llegado hasta nosotros”. Y completa su análisis explicando que la fuente del derecho privado radicaba en la facultad de dictar edictos que tenían los magistrados; y si bien el colegio pontifical no careció de esa facultad, los datos permiten concluir que “de los edictos dictados por él mismo, cuyo contenido fuera de derecho privado, no nos queda el menor resto”¹³³. En la disputa entre “ius pontificium vs. ius civile”, nuestro autor se decanta por estribar este último en magistrados, no en pontífices. Exceptuado el procedimiento penal del sumo pontífice contra las sacerdotisas de Vesta y sobre los sacerdotes desobedientes, el régimen sacerdotal no intervenía en las causas criminales públicas¹³⁴.

En socorro de la interpretación de Vico, Cicerón atribuyó un enorme poder a los colegios sacerdotales: “Dentro de la República –dice– ...el orden jurídico principal y más relevante, se apoya en la autoridad de los augures” (miembros de tales colegios), y dejó constancia de su influencia en hipótesis de enorme importancia pública: la disolución de los comicios o la suspensión de una empresa cuando quiera que “un augur dice solemnemente ‘para otro día’”. Y tenían poder ni más ni más (repetido) ni menos que para decretar que los cónsules abdiquen de su magistratura o para ¡“anular la ley, si no fue propuesta justamente!”¹³⁵. Los augures toman los auspicios como mecanismo de control del poder en varios otros escenarios: La fundación de colonias, el comienzo de una batalla, la convocatoria de un ejército y las decisiones de paz o de

¹³² Vico, Apple Books, p. 113.

¹³³ *Compendio*, p. 161.

¹³⁴ “Sólo en determinadas circunstancias, en las cuales más que de justicia propiamente dicha se trataba de expiación religiosa, sobre todo en los casos de aborto y en las infracciones contra los tratados internacionales juramentados, es cuando pudo prescindirse de la cooperación de los Comicios y hacer depender la instrucción y la resolución del arbitrio del magistrado supremo. Menos aún puede decirse que las atribuciones del pontífice restringieran la facultad de los magistrados para fallar los pleitos civiles”. Cfr. *Compendio*, p. 373.

¹³⁵ De Legibus. Libro 2, 30 a 33. Mommsen no oculta sus escrúpulos frente a Cicerón, lo que resulta digno de mención. Lo acusa de nadar entre dos aguas, de plagiador y de ser sólo un filósofo superficial: “Con bastante frecuencia hemos hablado ya de este personaje desde diferentes aspectos. Hombre de Estado sin penetración, sin grandes miras y sin objetivo, Cicerón es indistintamente demócrata, aristócrata e instrumento pasivo de la monarquía. No es, en suma, más que un egoísta miope; y, cuando se muestra enérgico en la acción, es porque la cuestión ya ha sido resuelta”. Y advierte: “al que pretenda encontrar una obra clásica en este amontonamiento de escritos, debemos darle un consejo: que guarde prudente silencio en materia de crítica literaria”. De modo que, llegados a este punto, preferimos quedarnos callados. Cfr. Theodor Mommsen, *Historia de Roma*, 2015, p. 3315, 3317, 3321, 3322, 3324, 3326.

guerra. Los actos ejecutados sin o contra los auspicios se consideraban nada menos que defectuosos o abolidos¹³⁶.

Y comprobaron los romanos los pros y contras de la asombrosa institución de la colegialidad, que en palabras de De Martino, “è una categoría giuridica molto singolare”¹³⁷, y que en la óptica de Mommsen se vivió tanto “en el terreno de los principios como en el de la práctica”¹³⁸. La colegialidad ejemplificaba una forma de gobierno de múltiples representantes con igual título y atribuciones (par potestas), pero siempre expresión de una sola representación, marcada por la igualdad de derechos entre los magistrados que desempeñaban el mismo cargo. Buscaba al mismo tiempo conservar e impedir el pleno poder de los magistrados, y concedía a cada uno de ellos la llamada intercesión colegial, que era una forma de “privar de fuerza el acto realizado por el magistrado intercedido”, es decir, quitarle fuerza jurídica a la decisión del colega del mismo nivel mediante la oposición de vetos, como en un choque de trenes¹³⁹. Si el mundo moderno iba a hablar de frenos y contrapesos, jamás pudo alcanzar este nivel de creatividad.

Reconocieron poder constituyente en varias ocasiones bajo el aspecto de magistraturas excepcionales de la República, lo que nítidamente indica que el pueblo romano había arribado a la idea de que el gobierno de turno estaba sujeto a la influencia de una potencia superior, a la que se debía¹⁴⁰; instalaron el principado y su consejo de Estado¹⁴¹, de lo cual legaron la práctica de las “autolimitaciones” de los magistrados de aquella organización: “pocas cosas hay en la organización del principado que merezcan un reconocimiento tan incondicional como las autolimitaciones, tan sabiamente dispuestas, que el príncipe se trazó para nombrar a sus funcionarios subordinados”¹⁴².

Los romanos apelaban contra sentencias de primera instancia en tiempos del Imperio¹⁴³, pero ya desde la temprana República el condenado podía invocar el derecho de provocación o provocatio ante los comicios, garantía que fue reforzada en su momento por las leyes decenvirales¹⁴⁴ cuando se reservó la pena capital a la

¹³⁶ *Compendio*, p. 371. Una panorámica de la institución del Augur en la antigua Roma, de la ciencia augural, sus orígenes, el arte de interpretar los signos (auspicios), las consecuencias de aprobación o desaprobación enviados por los dioses en referencia a cualquier asunto, su evolución hasta la época imperial, el cargo de augur, y su importancia política, sus insignias, etc., en www.britannica.com/topic/augur. Aportan también <https://es.wikipedia.org/wiki/Augur> y www.treccani.it/enciclopedia/augure.

¹³⁷ *Storia*, vol. I, p. 234.

¹³⁸ *Compendio*, p. 169.

¹³⁹ *Compendio*, p. 197 y ss. Sobre el concepto de intercessione. Cfr., www.treccani.it/enciclopedia/intercessione. La intercesión de los tribunos de la plebe, “una de las más esenciales limitaciones del imperium”. Cfr. *Compendio*, p. 170.

¹⁴⁰ *Compendio*, p. 314, 541 y 542.

¹⁴¹ *Compendio*, p. 612.

¹⁴² *Compendio*, p. 358.

¹⁴³ *Compendio*, p. 612.

¹⁴⁴ *Compendio*, p. 167. “Provocatio ad populum es una institución de derecho público romano nació en los primeros años del régimen republicano introducida por una Lex Valeria de provocatione del año 509 a.C. en la que se señalaba que a ningún ciudadano se le podía ejecutar la pena capital impuesta por el magistrado dotado de imperium, sin antes recurrir ante el pueblo (populus). https://es.wikipedia.org/wiki/Provocatio_ad_populum. La perspectiva de treccani sobre esta institución en: www.treccani.it/enciclopedia/provocatio.

“asamblea más importante” de ciudadanos romanos censados (IX.2), como se comentó previamente. Esto solo puede ser interpretado como una notable restricción al poder de los cónsules: “Así, los magistrados habían de ser autorizados por el Senado para dejar de ejecutar una sentencia firme de muerte y conmutarla por una de prisión perpetua, como igualmente para asegurar, por motivos especiales, al delincuente la impunidad y dejarlo libre”¹⁴⁵. El sentido de esta institución en la perspectiva de la división del poder en Roma nos resulta primordial.

Los Comicios y el Senado tenían atribuciones claramente limitadas, no podían sesionar en cualquier parte y tenían reglamento bajo el cual se conducían: “ni aun en unión con la ciudadanía tenía el magistrado atribuciones para cambiar a su arbitrio el orden jurídico vigente”. La intervención efectiva de la ciudadanía en la celebración de actos públicos hablaba en favor de una función pública vigilada¹⁴⁶.

El derecho de coerción del magistrado estaba siempre limitado. Y mientras convivían con una burocracia de “riguroso esquematismo”¹⁴⁷, y de característica idolatría de las formas, el gobierno de Roma aseguraba como un privilegio que el procedimiento civil era valedero solo al interior de sus murallas¹⁴⁸.

La separación teórica entre las funciones públicas propias de la ciudad y las de las campañas militares exteriores¹⁴⁹, denotó un gran sentido de aplicación diferenciada de ordenamientos normativos que solo es posible en esquemas de separación del poder. Asimismo, la idea según la cual el magistrado crea al magistrado¹⁵⁰, que se aplicaba como norma de excepción, era norma al fin y al cabo y, por tanto, limitación del poder.

Podríamos mencionar diques adicionales del sistema de derecho público romano: la forma en la que la ciudadanía cooperaba en el nombramiento de los magistrados, la toma de posesión unida al nombramiento y el límite de tiempo en los cargos: recordemos aquí que la crisis de los decenviros derivó del hecho de que quisieran prorrogar abusivamente el plazo de tiempo que se les había asignado. Los romanos conocieron incluso la idea de anulación de los nombramientos si no se verificaban las condiciones para el desempeño de las magistraturas, incluyendo criterios de inelegibilidad, prohibición de ocupar dos empleos de tarea permanente. Y hay que recordar que en Roma se insistió durante mucho tiempo en el principio de anualidad de los cargos¹⁵¹.

Múltiples solemnidades civiles y religiosas representaban abstracciones de control del poder. Para los romanos, advierte León Bloch, “la relación entre el hombre y la divinidad se fundamentaba en la observación exacta de las numerosísimas

¹⁴⁵ *Compendio*, p. 564.

¹⁴⁶ *Compendio*, p. 505 y ss., en especial p. 531, 537 y 541.

¹⁴⁷ Dice Mommsen, refiriéndose particularmente a la organización civil y militar del principado. Cfr. *Compendio*, p. 608 y 224. Sobre la complejidad de la burocracia romana, Cfr. Enchiridia, *Antología de textos*, p. 30.

¹⁴⁸ *Compendio*, p. 165.

¹⁴⁹ *Compendio*, p. 171.

¹⁵⁰ *Compendio*, p. 176.

¹⁵¹ *Compendio*, p. 187 y siguientes.

prescripciones y ritos, los cuales obligan a los dioses a intervenir con todo su poder a favor del creyente”¹⁵². En la perspectiva civil, el magistrado recibía la palabra de fidelidad de la ciudadanía, por la cual se prestaba obediencia¹⁵³; el mal uso de las funciones públicas se penalizaba de múltiples formas¹⁵⁴; la regulación del procedimiento y el pronunciamiento de las sentencias, el reparto de la jurisdicción en Roma, todo traducía cálculos tendientes a evitar magistraturas de poderes ilimitados. Veamos una más, la administración de justicia correspondía a los magistrados, pero ellos no fallaban el caso: “el magistrado era quien provocaba la sentencia, pero el pronunciamiento de la misma lo realizaban los particulares. Tal fue la institución del Jurado, organismo fundamental de la República, la más antigua y la más duradera de las restricciones puestas al imperium de los magistrados”¹⁵⁵. El Senado, interesante notarlo, no pareció inmiscuirse en el ejercicio de la jurisdicción¹⁵⁶.

Uno de los más sorprendentes mecanismos de control del poder que inventaron los romanos conocido como *auctoritas*, nos refiere a un poder del Senado que no constituía en absoluto una segunda instancia legislativa, pero suponía la confirmación efectiva de una decisión tomada por los comicios. De Martino se resiste a considerarlo un poder constitucional o jurídico y más bien lo desentraña como “un *potere di natura protettiva*” de carácter ético o social, que añadía, expandía, aumentaba la reverencia al derecho, en función de la influencia reconocida a hombres eminentes o a instituciones notables que intervenían en la toma de una decisión¹⁵⁷. Mommsen, en sentido similar, entendía esta figura como una función tutelar de los comicios que tenía en el derecho político el “mismo significado con que en el privado se aplicaba a la tutela”, lo que indica que la ciudadanía “obraba de un modo análogo a como obraban los pupilos, y que el Senado, lo mismo que el tutor, protegía a la comunidad... negándose a confirmar los acuerdos errados o perjudiciales que tomara”, de tal suerte que la *auctoritas* entrañaba un evidente factor paternalista de las relaciones políticas en Roma.

En la perspectiva del famoso romanista alemán, el origen de esta institución radicaba en “el miedo respetuoso a infringir el derecho, así el divino como el terrestre”, y representaba, sin embargo, un verdadero valor jurídico, puesto que la confirmación senatorial de la decisión de los comicios no suponía tanto una cuestión de conveniencia como de legalidad¹⁵⁸, que traslucía la supremacía de principios que hacían parte de la constitución romana.

Auctoritas se contraponía a *potestas*, la específica competencia atribuida por el derecho; y a *imperium*, que era entendido como el derecho de mandar a nombre de la comunidad¹⁵⁹. No hubo norma que alojara la figura, si bien Treccani nos advierte que en algún momento del siglo IV a.C., a través de la *lex Publilia Philonis*, se dispuso

¹⁵² León Bloch, *Roma Antigua. Sus Luchas Sociales*, Bs. As., Editorial Andina, 1966, p. 86. Cabría pensar que aquella relación hombre/divinidad de la antigüedad pudo transformarse en una relación hombre y derecho, al que se le asigna un poder y sentido ritual similar.

¹⁵³ *Compendio*, p. 224.

¹⁵⁴ *Compendio*, p. 229.

¹⁵⁵ *Compendio*, p. 419.

¹⁵⁶ *Compendio*, p. 565.

¹⁵⁷ *Storia*, vol. I, p. 270; y *Storia*, vol. IV, parte prima, p. 278 a 285.

¹⁵⁸ *Compendio*, p. 553 y 554.

¹⁵⁹ *Compendio*, p. 144.

que la auctoritas fuese preventiva, es decir, necesaria no para la entrada en vigor de la ley, sino para su presentación en la reunión de los comicios, a la que se dio la última palabra¹⁶⁰.

Por su biología paternalista, no resulta difícil conectar la institución de la auctoritas con las filosofías modernas que asignan un valor predominante a la voluntad, como en el caso del absolutismo hobbesiano cuyo lema auctoritas, non veritas facit legem ha tenido aplicaciones muy potentes en el constitucionalismo del último siglo (p.ej., Carl Schmitt); pero tampoco debería resultarnos extraño conectar la figura de auctoritas, en retroactivo, con la tradición homérica de su edad oscura, que nos transporta a un sistema político y normativo basado en el honor y prestigio de los hombres que intervienen en las decisiones, así como en el decisionismo o voluntarismo de los dioses.

Es posible que ambos, Mommsen y De Martino, tengan la razón, cada período histórico del derecho romano, advierte Feliciano Serrao, supone un relacionamiento distinto del Senado con las respectivas asambleas populares, a veces con limitaciones legales –que llegaron a incorporar la anulación de leyes cuyo procedimiento de formación se reveló incompatible con principios de la constitución romana–, a veces con intervenciones políticas de gran intensidad política¹⁶¹.

Y la norma de normas, la clave del engranaje normativo del derecho romano, el secreto mejor guardado de su división de poderes: el llamado principio democrático o de autonormación popular¹⁶² consagrado en las leyes decenvirales: “habrá de sancionarse legalmente aquello que en definitiva hubiese votado el pueblo” (XII.5), un texto “jamás abrogado, en base al cual la ley nueva siempre debía prevalecer respecto al derecho precedente”¹⁶³. No se comprenderá bien el sentido de esta regla si no observamos con atención la nítida fotografía que nos legó Tito Livio respecto las características del sistema normativo previo a las XII Tablas: “Un rey, decían, es un hombre de quien todo se puede conseguir, téngase derecho o no; un hombre con el que está abierto el campo al favor, abierto a los beneficios, que puede perdonar y castigar y que sabe distinguir entre el amigo y el enemigo. Las leyes, por el contrario, sordas, inexorables, son más favorables y más útiles al pobre que al poderoso. No tienen clemencia, no tienen piedad para el que se atrevió a infringirlas. Es peligroso, cuando a tantos errores lleva la debilidad humana, no tener otro apoyo que la propia inocencia”¹⁶⁴. Así pensaban en Roma, según Livio, y eso temían los jóvenes de alcurnia en

¹⁶⁰ www.treccani.it/enciclopedia/auctoritas. La entrada auctoritas de Wikipedia añade algunos datos interesantes alrededor de esta institución: <https://es.wikipedia.org/wiki/Auctoritas>.

¹⁶¹ Feliciano Serrao, p. 101.

¹⁶² Tito Livio 7.17, que conviene concordar con Tito Livio 9.34.

¹⁶³ “Se ha subrayado frecuentemente la función exclusivamente política de este principio, pero una lectura de ese tipo parece reductiva, sobre todo si tenemos en cuenta el carácter prevalentemente no escrito de la constitución republicana romana, en la que las reglas se vienen formando en su mayoría a través de una praxis de gobierno y la dialéctica de los grupos sociales y de sus ‘partidos’. Por lo tanto, la inserción de tal clase de prescripciones en la parte conclusiva de una ley, no puede asumir también un significado jurídico, confirmando la íntima vinculación entre ordenamiento constitucional y lucha política”. Cfr. Petrucci, p. 188.

¹⁶⁴ Tito Livio 2.3.

la época de los Tarquinos, cuando arribaron las “venerables Doce” a moderar el monopolio patricio del ius en la producción, interpretación y aplicación del derecho¹⁶⁵.

La Tabla IX.1, la que intentaba asegurar la “invariabilidad” de las antiguas normas vigentes mediante la prohibición de proponer leyes contra una persona en particular, combinada con la Tabla XII.5, que otorgó la supremacía normativa a las decisiones populares, dejan ver las ideas que tenían los romanos de la época decenviral acerca de las características que debía reunir el ordenamiento jurídico que tenían en mente: un sistema legal apoyado en normas inmemoriales, que admite la compañía de leyes escritas, cuyas leyes inmemoriales o escritas pueden ser modificadas, si bien solo excepcionalmente, y en el que tales modificaciones, cuando ocurran excepcionalmente, deben tener carácter general y no particular, expresado este sistema en un esquema formal cuyas normas ofrecen ya diversos niveles jerárquicos que permitirán juzgar a las unas con respecto a las otras, admitiendo siempre que las normas dictadas por el pueblo ostentaban la supremacía normativa, aunque seguían estando por debajo del nivel de las tablas decenvirales, equivalentes a sus normas constitucionales. Las XII Tablas, por tanto, tuvieron el efecto de liberar a los hombres de la tiranía de las normas inmemoriales, que podían ahora enmendarse o suprimirse, e introdujeron claramente la contraposición entre normas humanas vs. normas humanas, un paso definitivo para la construcción de todo el andamiaje jurídico romano.

No son los frágiles dividendos plebeyos, ni el logro de una pretendida distancia de los dioses, ni el reconocimiento de algunas instituciones o la limitación de poderes, lo que representa la valía principal de la aventura del decenvirato. Es la confianza del hombre en su autodeterminación, esa fe en su propia capacidad normativa la que hace especial este momento de Roma, que le enseña al pueblo romano que puede monopolizar el derecho y ubicar las normas en un escalafón y, de este modo, ahí sí, limitar los poderes de los magistrados tanto como sujetar la acción de las instituciones públicas en cualquier sistema de gobierno.

Este planteamiento daría origen a un andamiaje jurídico más impresionante todavía. Pomponio (siglo II d.C.) haría un relato sobre el origen y desarrollo del derecho romano, que comienza en la compilación papiriana de derecho civil, continúa con las XII Tablas y las interpretaciones posteriores de los jurisprudentes y del colegio de pontífices, que darían lugar a las llamadas acciones de la ley; complementa con los plebiscitos que se daba la plebe y los senadoconsultos que acordaba el Senado, con los edictos de los magistrados y de sus pretores, también llamado derecho honorario, a lo que se sumaron finalmente las constituciones imperiales (Enchiridión, 1)¹⁶⁶. Al mismo tiempo, en las Institutas de Gayo (siglo II d.C.), pródigamente citadas en las Institutas y en el Digesto de Justiniano, se describiría también el sistema legal romano de aquel entonces, en forma muy parecida a la de Pomponio, formado por leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, los edictos y las respuestas de los prudentes, y describe a cada uno de esas fuentes con visible refinación (Gayo, Instituciones 1, 1-2)¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Serrao, p. 26.

¹⁶⁶ *Antología de Textos Jurídicos de Roma*, p. 18 y siguientes.

¹⁶⁷ *Antología de Textos Jurídicos de Roma*, p. 87.

Pero a esas descripciones les faltaba un nivel normativo fundamental, sobre el cual Cicerón (106-43 a.C.) había promulgado algunas ideas: Las leyes de la naturaleza. Roma nunca se confió completamente en aquel poder de autorregulación de sus asambleas populares: “Si la naturaleza no viene a reforzar el derecho, desaparecen todas las virtudes”, se lee en *De Legibus* (Libro 1. 15,42) “Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y leyes de los pueblos” pues, de ser así, “sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación... siempre que tuvieran a su favor los votos a los plácemes de una masa popular” (Libro 1. 15,44)¹⁶⁸, lo que indica que los romanos reconocieron la idea de una legalidad superior, de una norma de comparación de las leyes humanas, de un referente normativo piramidal que permitía hacer control de legalidad a las leyes humanas, lo que distinguiría mucho más nítidamente el derecho romano y marcaría una diferencia fundamental con el modelo normativo homérico basado en una pirámide de decisiones de los dioses.

De tal manera, después de Cicerón, el sistema legal no enfrentaba ya únicamente a normas humanas inmemoriales con normas humanas dictadas por los comicios en las deliberaciones populares, como en las XII Tablas¹⁶⁹; sino que ofreció una doctrina de ley superior que enfrentaba el conjunto de las normas humanas con un patrón de comparación más alto, constituido por las normas de la naturaleza, y que permitiría a los romanos incorporar a la mecánica del sistema legal el concepto de nulidad (*De Legibus*, L 2, 31), y utilizarlo eventualmente, cosa que no resulta posible sin la conciencia de diferentes niveles de jerarquía normativa.

No se piense que ese derecho natural se quedó como asunto académico en alguna de las caminatas académica de Cicerón. Las Institutas de Justiniano, siglos después, declararían la pertenencia de las leyes de la naturaleza al sistema legal de los romanos: “But the laws of nature, which are observed by all nations alike, are established, as it were, by divine providence, and remain ever fixed and immutable”¹⁷⁰, cuyo engranaje, siguiendo la huella de Pomponio y de Gayo quedó definitivamente fijado para la historia con el reconocimiento del derecho escrito y no escrito, la diferenciación entre derecho público y privado, el derecho local del nacional, las fuentes históricas del derecho: statutes, plebiscites, senatusconsultus, enactments of the emperors, edicts of the magistrates, answers of those learned in the law, etc. (Book I, Title II, 3), todo en un perfecto acople a un nuevo mundo que había superado ya el

¹⁶⁸ *De Legibus*. Libro 1, 42. Las leyes, p. 95.

¹⁶⁹ De acuerdo con Serrao, la palabra *Lex* se usó en el derecho romano para referirse a decisiones populares. De hecho, su aparición está ligada a un acto “squisitamente rivoluzionario della classe plebea, escluso dal potere, dalle magistrature e dal possesso dei mezzi di produzione”. Serrao, p. 12 y 28.

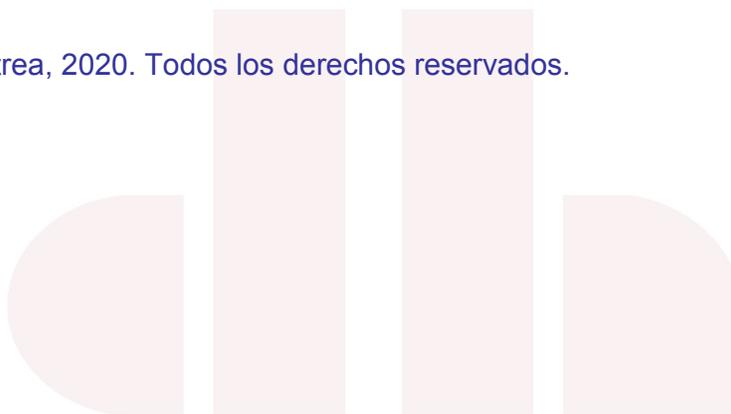
¹⁷⁰ Cfr. *Institutas*, Book I, Title II, 11. Y si bien siglos después algunos pensadores modernos combatirán “las doctrinas que hacen de la naturaleza una norma de lo justo y de lo injusto, de lo bueno y de lo malo, o que de algún modo o en alguna medida atribuyen mérito o aprobación al hecho de seguir, imitar u obedecer a la Naturaleza”, 170 otros credos del naturalismo iban a servir de inspiración de las doctrinas de los derechos innatos de igualdad y libertad, al punto de que en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la Asamblea nacional declaró reconocer y garantizar la condición de “derechos naturales y civiles” (titre premier), a la prácticamente totalidad de los derechos del hombre que promovía el mundo moderno de entonces. También Jellinek reconocerá que la vida y la propiedad, y casi el resto de los derechos modernos, se inspirarían en los “derechos incoloros de la teoría del derecho natural”. Cfr. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, UNAM, 2000, p. 126 y siguientes.

politeísmo y que, habiendo desmontado el delito de cristianismo, estaba regido ya por un solo dios, perfectamente casado con un sistema de gobierno que veía en Cristo el nuevo potente fundamento de la monarquía, que se aprestaba a prevalecer durante toda la Edad Media¹⁷¹.

Esta es nuestra imagen del sistema normativo de los romanos que se construyó bajo la autoridad de las venerables doce. Al final, el gobierno de Roma se entregaría a la tarea de “unificar y uniformar” el credo religioso, y abdicó del Estado concluyendo así “la historia política, siendo reemplazada por una lucha y defensa de los dogmas por parte del Estado... la teología ocupó el puesto de la historia”¹⁷².

La historia no ofrece transformaciones repentinas, ni permite eventos de trazos precisos, nos advierte De Martino, lo que aconseja no exagerar demasiado los episodios históricos¹⁷³. Pero si alguien se apresta a leer la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁷⁴, debería cuidarse de pedanterías históricas alrededor de la doctrina de la división del poder, cuya dogmática y aplicaciones prácticas habían comenzado a operar muchos siglos antes de la toma de la Bastilla.

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.



¹⁷¹ Storia, vol. V, p. 41 a 58 y 530.

¹⁷² *Compendio*, p. 605.

¹⁷³ “La storia delle costituzioni non è differente dalla storia di ogni altro fatto umano; essa non procede mai per schemi fissi ed immobili ed in ogni mutamento non si può mai distinguere con un taglio netto il vecchio dal nuovo. Il nostro compito è appunto di cogliere in questo perenne moto i tratti caratteristici, che possano farci comprendere la struttura dello Stato in un’epoca storica determinata, e ripudiare ad un tempo le astrazioni schematiche”. Cfr. Storia, vol. I, p. 161 y 162.

¹⁷⁴ “Artículo 16. Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”.