

# Aparición del Iusnaturalismo en el Pensamiento Jurídico Romano

MIGUEL VILLORO TORANZO

Profesor de Introducción al Estudio del Derecho y de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

## NUESTRO TEMA.

EN TANTO que el pensamiento griego llegó a la noción del Derecho Natural partiendo de las más elevadas especulaciones filosóficas, los romanos —pueblo práctico si hay alguno— la descubren como el criterio que el sentido común —el sólido y, si se quiere, hasta pedestre sentido común de un pueblo de soldados-campesinos— impone a las soluciones que día con día hay que ir encontrando a los problemas jurídicos. Es sobre todo en el terreno práctico de las decisiones judiciales, allí donde se juntan los ideales de Justicia con las realidades históricas,<sup>1</sup> donde aparece el Derecho Natural para los romanos.

Nuestro tema pretende contestar las siguientes preguntas: ¿cuál es el criterio que consciente o inconscientemente aplicaban los juristas romanos —ya sean pretores, ya otros magistrados, ya jurisconsultos— y que es en fin de cuentas la influencia decisiva que determina la transformación de un Derecho primitivo en uno de los sistemas jurídicos más admirables que ha conocido la historia de la humanidad? O, en otras palabras, ¿qué noción del Derecho tenían los juristas romanos?

Para poder dar respuestas a estas preguntas, debemos sortear dos escollos: el de la confusión de épocas y el de la confusión de semántica de las palabras.

Por una parte, debemos evitar confundir el largo proceso de la estructuración del Derecho Romano con lo que no es más que un fruto tardío del mismo, a saber, con la obra jurídica de Justiniano. Aunque es ésta la fase del desarrollo del Derecho Romano que mejor conocemos, no hubiera podido existir si no es porque la precedieron y prepararon otras fases. Podríamos creer que los métodos, nociones y conceptos de la época de Justiniano fue-

ron los mismos que estuvieron en vigor durante la multiseccular evolución del Derecho Romano.

El otro escollo, más sutil pero no menos peligroso, consiste en traducir “perezosamente”<sup>2</sup> los términos latinos, no sólo ignorando los cambios semánticos que tuvieron durante la historia del Derecho Romano, sino —lo que todavía es más arriesgado— dándoles el mismo significado que es usual entre nosotros. Por ejemplo, “*ius publicum*” sería lo mismo que “Derecho público”, sin fijarnos que tal vez las palabras latinas pronunciadas en el contexto de la cultura que les es propia lleguen a tener un significado muy alejado del nuestro.

Nuestro tema pretende explicar que es una noción iusnaturalista del Derecho la que anima y da sentido a los métodos aplicados por los juristas romanos (pretoros y jurisconsultos), pero que no se trata de una noción teórica, desprendida de la especulación filosófica y aplicada deductivamente a los problemas jurídicos, sino de una noción vivida en forma espontánea, que brota intuitivamente y no necesariamente en forma consciente y explícita, a medida que se van buscando soluciones justas a los problemas surgidos de las realidades históricas.

#### EL ESPIRITU DEL PUEBLO ROMANO Y SU PROYECCION EN LA ELABORACION DEL DERECHO.

No hay que olvidar que los juristas romanos, antes que juristas, eran romanos. Esto quiere decir que en todas las fases de la evolución del Derecho Romano encontraremos las características del espíritu del pueblo romano. Hemos dicho que el romano es un pueblo de mentalidad práctica, un pueblo de soldados-campesinos. “Para el campesino el conocimiento nacido de la experiencia vale más que la teoría especulativa”;<sup>3</sup> para el soldado la obediencia en el campo de batalla no se discute sino que se acepta naturalmente como un hecho necesario. El campesino tiene su moralidad bien arraigada; sin muchas teorías decide en cada circunstancia: “esto debe hacerse”, o “esto no debe hacerse”. El sentido común, y no una teoría filosófica, decidirá en cada cuestión. Pero el sentido común no es en realidad más que la voz de la conciencia moral en su forma más elemental, antes que intervengan las reflexiones racionales. Esta mentalidad, a la vez práctica y profundamente moral, es la que aplica el romano a su elaboración jurídica. Su expresión es la *humanitas* —palabra favorita de Cicerón— en la que se aúnan, en el perfecto dominio de sí, el sentido de la dignidad e independencia propias con el respeto, consideración y hasta simpatía de las personalidades de los demás. “La actitud romana siempre es la misma: la tolerancia, con tal de que

no se perjudicara la moral pública y que no se atacara el Estado como Estado".<sup>4</sup> Veamos más en detalle lo que todo esto significa.

Proyectado en la elaboración del Derecho, el espíritu del pueblo romano se manifiesta en las siguientes características, que siempre estarán presentes, aunque con diversos grados de intensidad, hasta la época de Justiniano: a) realismo; b) sentido moral; c) pensamiento tópico; d) tendencia a buscar en todo el lado práctico.

#### a) *Realismo.*

El romano se enfrenta al mundo y a la historia con una actitud realista, que implica por una parte la aceptación de las fuerzas y leyes de la naturaleza y por otra el reconocimiento de las limitaciones propias. Como el campesino acepta sin discutir las leyes de la naturaleza, el romano extiende su aceptación a los hechos de la historia (conquistas, invasiones, enfermedades, muertes). Vivimos en un mundo cruel y hay que aceptar la crueldad y la adversidad como partes de las leyes del juego de la vida. Por eso, se ha dicho con toda razón que "los romanos fueron estoicos por naturaleza mucho antes de que oyeran hablar del estoicismo".<sup>5</sup> Más que un sistema filosófico coherente, el estoicismo es una actitud ante la vida: hay que vivir de acuerdo con la Naturaleza. Pero la Naturaleza aquí no es el mero orden de las leyes físico-químicas; es mucho más. Es una fuerza irreversible que lo anima todo, es también la Razón que ordena las cosas tal como son. "Unas veces se llamaba a esto Dios, otras se identificaba a Dios con la Naturaleza y entonces el estoicismo se convertía en panteísmo. La esperanza de felicidad del hombre reside en la subordinación a este Poder omnipotente, esencia de la vida".<sup>6</sup> De acuerdo con esta noción de la Naturaleza será el Derecho Natural de los romanos.

Realismo es también aceptación de las limitaciones propias. En contra de los soñadores utópicos, los romanos son maestros en el arte de lo posible. Nada de fatalismos, pues los romanos son hombres de gran energía, sino autodisciplina, tenacidad y repugnancia por los excesos. "Los romanos jamás se negaron a operar en el Derecho verdaderas revoluciones, pero éstas eran graduales y sólidas",<sup>7</sup> porque se levantaban sobre el conocimiento de las propias posibilidades. Por eso, como dice Polibio,<sup>8</sup> "los romanos debían ser tanto más temidos cuanto estuvieran en mayor peligro"; era en medio de la adversidad cuando eran más capaces de sorprender al enemigo, explotando las propias posibilidades.<sup>9</sup> Más adelante veremos cómo este realismo se refleja en la noción romana de *ius*.

#### b) *Sentido moral.*

Henri Bergson ha explicado cómo lo que eleva al hombre sobre el gre-

garismo de los animales es el sentido moral, que él llama “moral abierta” en oposición a la “moral cerrada”, la que consiste en las presiones, coacciones y leyes que impone la sociedad a los individuos esencialmente en las costumbres. En efecto, la dimensión moral del ser humano aparece precisamente cuando es capaz de juzgar, criticar y superar las influencias recibidas del medio ambiente. Porque, aunque “es en la sociedad en la que vive incorporado culturalmente de la que extrae su energía... [el sentido moral de un alma] se abre rompiendo con la naturaleza que la encerraba a la vez en sí misma y en la ciudad”;<sup>10</sup> “la inteligencia... ha liberado a los hombres de las servidumbres a las que estaban condenados por las limitaciones de su naturaleza”.<sup>11</sup> Los romanos son hombres que, aunque respetan las fuerzas de la realidad, por su vigoroso sentido moral están decididos a hacer avanzar el control que la inteligencia puede ejercer sobre esas fuerzas. La historia del Derecho Romano es precisamente la historia de cómo el sentido moral va imponiendo la racionalidad a las relaciones humanas, que en un principio se regían principalmente por la ley del más fuerte.

Sentido moral implica antes que nada respeto de sí mismo, es decir la intuición de que a mí, como ser humano, me corresponde una dignidad propia. Según Bergson, el respeto de sí mismo se puede dar en dos planos: en el de la moral cerrada y en el de la moral abierta. En el primero, el respeto de sí mismo coincide con los instintos y fuerzas vitales gracias a los cuales mi yo se afirma y reposa en el grupo social, del cual deriva confianza, apoyo y hasta orgullo. “Que se piense en lo mucho que entrañaba de orgullo y al mismo tiempo de energía moral el ‘*Civis romanus sum*’: el respeto de sí, en un ciudadano romano, debía confundirse con lo que ahora llamaríamos su nacionalismo”.<sup>12</sup> En el plano de la moral abierta, el respeto de sí lleva hasta la afirmación de la individualidad propia en oposición a las presiones del grupo: sería rebajarme si acatara tales consignas y hasta tales leyes que me parecen injustas; por consiguiente, me convertiré en crítico y reformador de las relaciones sociales impuestas por el medio ambiente.

El sentido moral, al introducir naturalmente la idea de reciprocidad en mis relaciones con los demás, me hace ver que el respeto que reclamo para mí debo yo aplicarlo a los que me son iguales. Así aparecen las vivencias de justicia como reglas de un intercambio obligatorio de respetos de lo suyo de cada uno, intercambio que a veces, al tomar en cuenta la igualdad en dignidad de los sujetos relacionados, se hará conforme a un criterio igualitario, y otras, cuando se percibe o se declara su desigualdad, seguirá un criterio proporcional a los grados de desigualdad. “Si entendemos así a la jerarquía de las clases, las cargas y las ventajas serán tratadas como una especie de masa común que deberá ser repartida entre los individuos según

el valor de éstos y, por consiguiente, según los servicios que prestan: la justicia conserva su balanza, mide y proporciona".<sup>13</sup> También podemos decir que la historia del Derecho Romano es la historia de una doble ampliación de las vivencias de justicia: por una parte, ampliación de la esfera que es debida a la dignidad humana, y por otra ampliación de los sujetos titulares de esa dignidad. "El progreso que fue decisivo para la materia de la justicia... consistió en la sustitución de una república universal, que abarca a todos los hombres, en vez de aquella que se quedaba en las fronteras de la ciudad y que, en esta misma, sólo contaba a los hombres libres".<sup>14</sup> No por influencias del medio ambiente (moral cerrada), sino por mi sentido moral de la justicia que critica y trata de controlar esas influencias (moral abierta), el jurista romano va a ir ampliando los criterios ordenadores de la realidad. "La forma de todas las instituciones [de Roma] prueba que ninguna parte de la vida del Estado fue abandonada a su movimiento espontáneo...; dondequiera se descubre el esfuerzo de revelar un principio supremo...".<sup>15</sup>

c) *Pensamiento tópico.*

Theodor Viehweg ha aclarado muy bien<sup>16</sup> cómo, en la búsqueda de soluciones, se pueden utilizar dos modos diferentes de pensamientos: el sistemático o axiomático y el tópico o aporético. De acuerdo con el primero, se parte de una serie de premisas que se dan por tan verdaderas que ya no necesitan ulterior demostración (axiomas) y de ellas, por vía deductiva, se va sacando todo un sistema de proposiciones. Tal es el método matemático y tal es, a partir de Descartes, el modo de pensamiento que el Racionalismo considera como único científico. En cambio, el pensamiento tópico procede a partir del problema, buscando la o las premisas que pudieran servir para resolverlo; una vez encontradas esas premisas, no pretende otorgarles una validez absoluta y universal (tal como la que tienen los axiomas) sino una validez relativa y circunscrita al caso, validez que podrá adquirir mayor solidez o también podrá disminuirse conforme a los efectos producidos por la experiencia de la solución aceptada. Hoy, gracias a los estudios de los iusromanistas,<sup>17</sup> no cabe la menor duda que es este segundo modo de pensamiento, el tópico, el que fue empleado durante toda la historia del Derecho Romano hasta Justiniano.

Este modo de pensar corresponde, por una parte, a un espíritu realista, como hemos dicho era el romano, y, por otra, al movimiento natural del sentido moral. En efecto el realismo impulsa a interpretar lo observado a partir de lo que en él se comprueba; por eso el proceso inductivo será natural para un espíritu realista: de casos particulares en los que se observa una constante, se intenta obtener una explicación general válida también para

otros casos no observados pero en los que se presupone la presencia de la misma constante. Y, en cuanto al sentido moral, es claro por la experiencia que todos tenemos que frente a un problema la conciencia moral se pregunta bajo qué criterios debe actuar, luego procede a jerarquizar y seleccionar los criterios aplicables al problema y por último se decide por aquel o aquellos criterios que parecen más apropiados a la índole del problema. Realismo y sentido moral impulsan al pensamiento para que desde el problema busque las premisas que pueden explicarlo y tal movimiento (del problema hacia las premisas) es el propio del pensamiento tópico. “La manera que tenían los romanos de ver su Derecho casuísticamente, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, domina todos los períodos de la historia de su Derecho”.<sup>18</sup>

d) *Tendencia a buscar en todo el lado práctico.*

Aristóteles era realista pero no tendía a buscar en todo el lado práctico sino que, por lo contrario, trataba de formular teorías. En cambio la repugnancia de los romanos por las teorías es proverbial y puede ser formulada en la conocida sentencia de Octavio Prisco Javoleno: *omnis definitio in iure civile periculosa est*<sup>19</sup> (toda definición en el Derecho Civil es peligrosa). Para los romanos, las premisas teóricas (definiciones, reglas, argumentos de autoridad, de analogía, de *maius ad minus*, *ad hominem* y otros) son instrumentos para obtener un resultado práctico, que por cierto es la solución justa. El jurisprudente (*iuris prudens*) “no pretende investigar una verdad científica, a través de una elaboración lógica, sino alcanzar un resultado práctico, como es la actuación de la justicia en la convivencia social. El *iuris prudens*, a diferencia de los filósofos griegos, que amaban apartarse del mundo para no ser perturbados en sus pensamientos, vive en la realidad práctica, capta sus necesidades y con gran prudencia logra resolver los inevitables conflictos de intereses, de una manera justa. Todo ello presupone el conocimiento pleno de la realidad, en su integridad y en la multiplicidad de sus relaciones”.<sup>20</sup>

#### LAS FASES DEL DESARROLLO DEL DERECHO ROMANO.

Las características del espíritu del pueblo romano, que acabamos de explicar, aunque presentes durante toda su historia, van a pasar por diversas transformaciones. Para trazar su evolución, vamos a distinguir las siguientes fases en el desarrollo del Derecho Romano: 1) Fase primitiva: desde los orígenes de la nación romana hasta la Ley de las XII tablas (451 a.C.), la cual, por una parte, contiene elementos propios de este primer período y, por otra, ya anuncia los elementos de la fase siguiente. 2) Fase arcaica:

desde las XII Tablas, inclusive, hasta el fin de la Segunda Guerra Púnica (202 a.C., Batalla de Zama). 3) Fase preclásica o, según la denominación de Fritz Schulz, “helenística”: desde el triunfo sobre Cartago en 202 a.C. hasta el fin de la República (31 a.C., Batalla de Actium, por la que Octavio queda definitivamente dueño de los destinos de Roma). 4) Fase clásica: desde el comienzo del *principatus* de Octavio hasta la muerte de Alejandro Severo (235 d.C.). 5) Fase postclásica: incluye el hundimiento del imperio de Occidente y llega hasta el imperio de Justiniano. 6) Fase Justineana: Justiniano es emperador desde 527 hasta 565. Nuestro estudio se limitará a las cuatro primeras fases.

Es claro que lo que diremos de cada fase ni está totalmente ausente en la fase precedente, pues allí se incuba y se va preparando, ni desaparece por completo en la fase siguiente. Los movimientos culturales son siempre algo fluidos y no suelen tener fechas exactas de nacimiento y de muerte.

#### LA FASE PRIMITIVA.

Con base en los resultados de las excavaciones arqueológicas y en lo que se conoce de la Italia primitiva, León Homo saca la siguiente conclusión: “La primera seria colonización del suelo romano es el resultado de una causa esencialmente militar y estratégica. Roma ha sido creada para montar la guardia, centinela vigilante, en la frontera del mundo latino”.<sup>21</sup> frente al peligro de la expansión territorial de los etruscos. Allí aparece el carácter militar que ha de ser propio del espíritu del pueblo romano. Los pobladores latinos que, a partir del siglo VIII a.C., se van estableciendo en las siete colinas o Septimontium<sup>22</sup> son los Quirites, que van a dar su nombre al Derecho más primitivo de Roma: el Derecho Quiritario. A ellos pronto se fusionaron los colonos sabinos de las aldeas del Quirinal y del Viminal. Pero, en el siglo siguiente, los etruscos acaban por imponerse y “Roma, gracias a su excepcional situación, se va a convertir en la llave de bóveda de todo el imperio etrusco”.<sup>23</sup> Durante la época etrusca se dan, entre otros, estos dos importantes acontecimientos políticos: la organización política en tribus,<sup>24</sup> centurias y gentes; y la aparición de la plebe.

La organización política mencionada refleja dos hechos: la decisión de los conquistadores etruscos de disponer de un ejército, fácil de reclutar, y la colaboración de la población autóctona al mismo propósito, puesto que es la tradicional estructura latina en gentes y familias la que sirve como base para dicha organización. En efecto, en el mundo anárquico anterior a la conquista etrusca, la *gens* era la unidad política construida sobre los lazos de la sangre: “la *gens* es la identidad de la familia y del Estado, es —si se

prefiere— una familia con carácter político o una sociedad política con carácter familiar”;<sup>25</sup> “al principio, la *gens* difería poco de la familia patriarcal”,<sup>26</sup> luego “aparece como una asociación de familias unidas por la sangre, es decir, que se creían provenientes de un [ante] pasado común”.<sup>27</sup> “A cada *gens* correspondía un territorio más o menos extenso”.<sup>28</sup> “Era un pequeño Estado. El conjunto de los derechos que reconocía y garantizaba a sus miembros constituía el *ius gentilitatis*. Su jefe, *princeps, dux* o *princeps generis*, era sacerdote, juez y jefe de guerra. Sobre sus propuestas, los *patres* dictaban los decretos obligatorios para la colectividad. En recuerdo del tiempo en que la *gens* no era más que una sola familia, el estatuto familiar era de su competencia: ella decretaba sobre el celibato de sus miembros, la exposición de niños, el matrimonio, etc. Nada limitaba sus poderes judiciales”.<sup>29</sup>

El panorama que nos presenta esta fase primitiva es el de bandas estrechamente unidas por vínculos de sangre, dirigidas por caudillos, capaces no sólo de imponer orden dentro del grupo sino también de defender a los miembros del mismo frente a otros grupos. Los *patresfamilias* son tales caudillos. A ellos acuden extraños pidiendo protección a cambio de sus servicios: son los clientes (de *cluere*, escuchar, obedecer). Cada grupo, formado por *patricii* y clientes y bajo la autoridad del *paterfamilias*, es apasionadamente celoso de su independencia, que defiende con la fuerza de sus lanzas. “*Quiris, curis* es la antigua lanza sabina; los Quirites son pues los portadores de lanzas”.<sup>30</sup> El poderío de los jefes sobre los miembros de sus respectivos grupos es absoluto y llega hasta el derecho de dar muerte (*ius necis ac vitae*), aunque está controlado por las costumbres.<sup>31</sup> Pero un hecho decisivo va a modificar esta situación común a las comunidades latinas: unos jefes militares más poderosos, los reyes etruscos, “análogos a los condottieri del siglo XV”,<sup>32</sup> imponen limitaciones a la independencia de los grupos familiares, limitaciones que no afectan las relaciones internas de esos grupos sino las relaciones de esos grupos entre sí y la subordinación de los mismos a una autoridad mayor, la de la *civitas* o *urbs*. “La invasión etrusca trajo consigo este concepto de ciudad, de *urbs*, que los antiguos habitantes de los *Montes* y de los *Pagi* romanos todavía no conocían”,<sup>33</sup> pero que acaban aceptando de buen grado, porque permitirá la expansión militar y territorial. “La Roma de los etruscos se nos revela como una gran potencia militar, cuya irradiación externa ha sido considerable”.<sup>34</sup> El Derecho de esta nueva unidad política es el Derecho Quiritario, mezcla de las viejas costumbres latinas con las decisiones que los reyes toman para dar solidez a la federación de familias en la unidad de la *urbs*. No es un Derecho teórico sino un Derecho fundado en hechos. Por eso los únicos sujetos con plenos derechos son los



*patresfamilias*; por eso el *ius connubii* y el *ius commercii* regulan relaciones entre individuos pertenecientes a diversas familias de ciudadanos, pero nada dicen respecto a las relaciones de individuos de una misma familia o a las de éstos con individuos no ciudadanos; por eso aparecen las *legis actiones* como procedimientos pacíficos a los que pueden acudir los ciudadanos para hacer valer, conforme al riguroso y limitado procedimiento quirritario, los derechos reconocidos por las costumbres.

Podríamos decir que en esta fase predomina una noción voluntarista del Derecho. Realístamente se aceptan los hechos impuestos por la problemática política e histórica; el Derecho, voluntad de la comunidad (y, en particular, de sus jefes) plasmada en costumbres jurídicas, o voluntad de los gobernantes, manifestada en decisiones político-administrativas, es la solución realista a esa problemática. Ambas voluntades son legitimadas por la religión. Pero no se trata de un voluntarismo puro, al modo del que imperaba en los regímenes autocráticos de tipo helenístico o asiático, sino de un voluntarismo atemperado por el sentido ético de gobernantes y gobernados.

“El Estado con su organización es colocado bajo la protección de la religión, por medio de una consagración religiosa; ha sido convertido, por así decirlo, en un edificio divino, al que nada se puede cambiar sin la voluntad de los dioses que habitan en él. No hay ninguna parte de este edificio que no esté consagrada a alguna divinidad. Los romanos no podían concebir una unión política sin vínculo religioso; por lo que no solamente cada *gens*, cada curia, cada tribu tiene su culto divino particular sino que, cuando Roma va a contratar con otros pueblos una alianza duradera, debe al mismo tiempo establecer una comunicación religiosa con ellos”.<sup>35</sup> “El que representa al Estado o a cualquier unidad política, los representa también ante los dioses; los funcionarios son sacerdotes natos; las funciones religiosas constituyen siempre una parte necesaria de su cargo... el acto religioso en sí mismo emana de ellos; la capacidad necesaria les es conferida al mismo tiempo que el mismo cargo. El rey —y más tarde el cónsul— ofrecen los sacrificios y consultan los auspicios tanto en Roma como en campaña”.<sup>36</sup> De entonces data la enorme importancia del *collegium pontificum* como órgano de interpretación autorizada del Derecho. Los *pontifices* serán durante mucho tiempo los juristas por excelencia, hasta que, en la fase siguiente, serán reemplazados por los pretores en la función de la *interpretatio legum*.

La organización militar de Roma hizo posible sus conquistas, con la consecuencia que “Roma, bajo los etruscos, se convierte en la metrópoli comercial del Latium y en la desembocadura del país etrusco; allí se desarrolla la industria y comerciantes y artesanos van a establecerse en masa”;<sup>37</sup> así nace la *plebe*, formada no sólo por estos inmigrantes extranjeros, la mayo-

ría latinos de los pueblos conquistados, sino también por los elementos autóctonos no incorporados en la organización militar etrusca y clientes que se habían separado de la misma. Fenómeno de alcances enormes, porque introduce en la rígida estructura quiritaria toda una nueva población que la va a hacer explotar. La explosión fue la huelga general de los plebeyos, con sus dos retiradas al Monte Sagrado, y su consecuencia fue la Ley de las XII Tablas, con la que se inicia una nueva fase en la historia del Derecho Romano.

#### LA FASE ARCAICA.

Hasta las XII Tablas (451 a.C.) el Derecho Romano no difiere esencialmente de otros Derechos primitivos. Como en otros Derechos primitivos, las costumbres estructuraban rígidamente la sociedad en beneficio de una clase —la de los patricios—, bajo la protección de la omnipotente religión. Probablemente las XII Tablas no hacen más que expresar públicamente lo que ya existía como usos establecidos, pero hasta entonces sólo los patricios detentaban al mismo tiempo la tradición y la interpretación de esos usos. La publicación de las XII Tablas (en 449 a.C.) significó la transformación de un Derecho consuetudinario esotérico en un código escrito que debería obligar a todos.<sup>38</sup> Así, subrepticamente, se introdujo un nuevo criterio en el pensamiento jurídico: el de la razón, válida para patricios y plebeyos. Desde entonces el Derecho queda patente a todos y las críticas racionales determinarán su evolución. Al principio siguen siendo los *pontifices*, todos ellos provenientes de la clase patricia, los encargados de la interpretación del Derecho y, por lo tanto, de su incipiente racionalización, pero no será sino hasta fines del siglo VI, ya lograda la plena igualdad jurídica entre patricios y plebeyos, cuando el proceso de la racionalización se acelera, gracias sobre todo a los pretores.

Hacia 366 a.C. se nombró un magistrado que debería relevar en lo sucesivo a los cónsules de la administración de justicia: el pretor. En el año 212 a.C. se nombró a otro pretor para que conociera de las disputas suscitadas entre los habitantes de los países que habían hecho alianza con Roma, o entre éstos y los ciudadanos romanos: éste fue el *praetor peregrinus*. El número de estos magistrados fue en aumento, hasta llegar a ser dieciocho. La *Lex Aebutia* de fecha incierta (probablemente entre 199 y 126 a.C.) amplió considerablemente sus facultades. El carácter minucioso y formalista del Derecho vigente hasta entonces se había hecho odioso, pues bastaba un ligero error de forma para perder el proceso. Por eso, aunque teóricamente la ley *Aebutia* dejaba en vigor el Derecho de las XII Tablas, en la práctica facul-

taba ampliamente al pretor para interpretarlas, complementarlas y hasta reformarlas por medio de hábiles rodeos. Desde ese momento, el Derecho pretoriano —y lo mismo se puede decir en general de todo el *ius honorarium*, o Derecho de los magistrados, del cual es una parte el *praetorianum*— llegó a ser la fuente más fecunda y la mejor adaptada del Derecho de Roma.

Pero la *Lex Aebutia* pertenece ya a la fase siguiente. A la arcaica corresponde la noción del *ius civile*, pues sabemos que Gnaeus Flavius, secretario de Appius Claudius Caecus (cónsul en 307 y 296 a.C.), publicó hacia 300 a.C. un libro que tenía por título *Ius civile Flavianum*. Esta publicación, junto con la del calendario de los días sagrados en que se podía administrar justicia, es interpretada por los romanistas como “un golpe aplastante asestado por Appius Claudius al colegio pontifical; quebró, de una vez por todas, el monopolio de la jurisprudencia que esos ‘señores del espíritu’ se habían apropiado y abrió a la fuerza el camino para una jurisprudencia laica del Derecho privado”.<sup>39</sup>

En efecto, como lo decíamos, lo característico de la fase que hemos llamado arcaica, siguiendo a Fritz Schulz, es la aparición del proceso racional en las construcciones jurídicas. Otros prefieren llamar a este proceso la laicización (Floris Margadant, Arangio-Ruiz) o la secularización (Schulz) del Derecho Romano. El hecho es que, al lado de los pontífices, aparecen “individuos de la *nobilitas* que, sintiéndose atraídos por los estudios jurídicos, quisieron ganar fama y popularidad aconsejando a los particulares, apoyados, exclusivamente, en su prestigio personal. Y fue, sobre todo, a esta doctrina jurídica, no sacerdotal, sino laica, a la que los romanos denominaron *iurisprudentia*”.<sup>40</sup> Los que conocen racionalmente al Derecho son los juristas, *iurisprudentes* o *iurisperiti*. Al principio, la jurisprudencia trabajaba sobre el *ius civile*, posteriormente incluyó al *ius honorarium*. ¿Cuál era el método que empleaba? Podemos intentar reconstruir su método con unos textos, por cierto bastante posteriores, de Pomponio y de las *Instituciones* que parecen reflejar la mentalidad que ya aparece en la fase arcaica de la racionalización del Derecho Romano.

En primer lugar, es claro que por *ius civile romanorum* se entiende el Derecho propio de Roma y de los ciudadanos romanos en oposición al Derecho de otras ciudades y de otros ciudadanos. Así lo explican las *Instituciones*: “Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan un Derecho peculiar suyo y en parte común a todos los hombres. Pues el que cada pueblo establece él mismo para sí es peculiar de la misma *civitas* y se le llama *ius civile*, como Derecho privativo de la *civitas* misma; en cambio el que la razón estatuye entre todos los hombres es guardado igualmente por todos y se le llama *ius gentium*, como Derecho que por todos los pueblos es

usado. Y así el pueblo romano usa un Derecho que es en parte propio y en parte común a todos los hombres”.<sup>41</sup> Es segundo lugar, en el Derecho de Roma aparece una contraposición entre un Derecho que le es exclusivo y que está formado por leyes y costumbres y otro Derecho, “que la razón estatuye” y como tal produce las mismas soluciones que se dan entre otros pueblos. Al primero lo llama Antonio Guarino *ius legitimum vetus*, que no es otra cosa que el Derecho quirritario de la fase primitiva; el segundo está constituido por las interpretaciones de los pontífices y que, más tarde, sería ampliado por los pretores; ambos “vienen a constituir un sistema normativo unitario, más progresivo y complejo, que lleva el nombre de *ius civile romanorum*”.<sup>42</sup>

Del texto de Pomponio traducimos lo que nos interesa: “. . . el Derecho que es compuesto sin el escrito por los prudentes . . . es llamado comúnmente *ius civile*. . . En nuestra ciudad el Derecho o está constituido por la ley, o es *ius civile* en sentido propio, que consiste en la sola interpretación de los prudentes sin Derecho escrito”.<sup>43</sup> Aquí no se trata de la contraposición, también conocida por la literatura jurídica romana,<sup>44</sup> entre Derecho escrito y Derecho consuetudinario; sino entre un Derecho escrito y un Derecho elaborado por los juristas, que sería el *ius civile*. Y lo que está detrás de esta contraposición es una visión del Derecho, muy diferente de la que tenemos nosotros. Acostumbrados por siglos a ver el Derecho creado por el Estado, solemos pensar a la legislación y a la jurisprudencia como dos fuentes creadoras del Derecho, la segunda subordinada a la primera: la jurisprudencia precisaría la aplicación y llenaría las lagunas de las leyes escritas. Esta visión nunca fue la de los juristas romanos, por lo menos en las cuatro primeras fases de su historia. El jurista romano no pensaba en función de derechos subjetivos, concedidos por las leyes y que se deben concretizar a través de la jurisprudencia. El jurista romano pensaba a partir de las acciones procesales. “El Derecho Romano no es un sistema de derechos subjetivos, sino de acciones”.<sup>45</sup> Por eso las tres primeras de las XII Tablas se refieren al Derecho Procesal, que nosotros calificamos un tanto despectivamente como “Derecho adjetivo”. ¿Qué significa esta visión tan diferente de la nuestra? Pues, ante todo, que los juristas romanos no concebían al Derecho como un esfuerzo planificador racionalista por parte del Estado sobre las conductas de los individuos, sino como la intervención del Estado sólo en casos necesarios para evitar que los individuos impusieran por la fuerza sus propias decisiones; por eso había que delimitar los casos muy concretos de la intervención estatal y también por eso las XII Tablas “habíanse contentado con consagrar un pequeño número de actos solemnes para las transacciones usuales, lo que permitía a los simples particulares tratar, según entendían que debían

hacerlo. en un gran número de casos; aún les dejaron mayor independencia para las disposiciones de última voluntad (Gayo, 2,224). Seguramente no se toleraban todos los caprichos sin freno de las voluntades individuales, pero el legislador no había trazado los límites en que éstas podían moverse: dejaba esto a la práctica. En materia de litigios, la ley se había limitado a dar en sus rasgos generales las fórmulas verbales que debían pronunciar las partes para iniciar la instancia, las *legis actiones*; determinaba, además, los asuntos a los cuales debía aplicarse cada una de esas *legis actiones*.<sup>46</sup>

Pero, además, la visión romana significa que el Derecho debe poner todo el acento, no en los derechos subjetivos,<sup>47</sup> sino en la responsabilidad. El Derecho Romano es un sistema protector, por medio de las acciones, de las conductas responsables; no es un sistema interesado en establecer y delimitar derechos subjetivos. “El ordenamiento jurídico romano registró el paso gradual, característico de la evolución de todos los ordenamientos jurídicos, de un sistema originario de autotutela de la situación subjetiva activa al sistema de la *tutela estatal* de los derechos”.<sup>48</sup> En efecto, el punto de partida fue lo que Von Jhering llama un “sistema de justicia privada”,<sup>49</sup> y que Antonio Guarino —lo acabamos de ver— prefiere denominar “sistema de autotutela”. Los romanos no tenían nada de pusilánimes ni de cobardes; sabían defenderse y del Estado, más que protección, esperaban organización y liderazgo. El Derecho apareció en la fase primitiva ofreciendo ambas cosas. La Ley de las XII Tablas ofrecía la posibilidad de usar vías pacíficas de solucionar las controversias o, si se prefiere, “la estilización de los principales y más usuales actos de autodefensa”,<sup>50</sup> pues eso son las *legis actiones*, las cuales “por una parte, conferían al actor una mayor seguridad en el fundamento de su derecho; por otra, inducían a la contraparte a que desconfiara de su propia posición y a que temiera que, de insistir en la misma, le lloverían sobre la cabeza los desfavores de los dioses”.<sup>51</sup> Por eso las *legis actiones* simulan un combate y su número está restringido a las situaciones de posible solución pacífica, previstas por la Ley de las XII Tablas: <sup>52</sup> “*ex his legibus... actiones compositae sunt*; de estas leyes... se forman las acciones” —escribió Pomponio<sup>53</sup>—. En este contexto, la jurisprudencia no aparece como la intervención necesaria del Estado sino, más bien, como un arbitraje que aclara las responsabilidades de los litigantes y el alcance de sus respectivas pretensiones, y también como una posibilidad de mitigar la dureza de la ley del talión por medios más suaves, si así lo desean los litigantes. “La función del magistrado no era, por lo tanto, la de resolver personalmente ningún conflicto, sino era más bien la de presidir a la recta instauración de la controversia, la de tutelar directamente las *actiones* no contestadas y aquellas que tuviesen una fundamentación evidente. la de per-

mitir que una situación dudosa o controvertida fuese resuelta *in iure* por un árbitro privado conforme a los planteamientos de las partes”.<sup>54</sup> “Los *pontifices* —claro está— no ejercían una actividad jurisdiccional [en el sentido moderno] sino sólo suministraban el aval a la explicación de una determinada *actio*, indicando la modalidad ritual correspondiente a su explicación”.<sup>55</sup> El sistema de autotutela siguió siendo la regla hasta la fase clásica. “De una tutela estatal exclusiva, que no admita por lo menos teóricamente la alternativa de la autotutela, a lo más sólo se puede hablar en relación con el período postelásico del Derecho Romano”.<sup>56</sup> Así podemos vislumbrar cuál debía de ser, desde que se inicia la racionalización, la noción que del Derecho (*ius*) debían tener los juristas romanos: “*ius* implica una situación jurídica, una posición justa, que supone un elemento clave, fijo e insustituible, el cual se va diferenciando mediante términos que especifican su sentido: *potestas*, equivalente a prerrogativa, facultad que emana del *ius*; *lex*, equivalente a normatividad, vínculo que produce *ius*; *fas*, igual a ritualidad, concordancia del *ius* con lo divino; *mos*, equivalente a concordancia con la costumbre social, no necesariamente convertida en algo jurídico. De este modo, todas las fórmulas parece que pueden reducirse a una unidad: *ius esto*”.<sup>57</sup> En la misma línea de razonamiento, *ius quirítium* y *ius civile* se distinguen pero no se excluyen necesariamente. Significan respectivamente la situación que debe su justicia a las primitivas tradiciones de los *quirites* y la situación que se justifica por las leyes y costumbres más recientes de la *civitas*. Es claro que una situación determinada podrá reunir ambas justificaciones o nada más una de ellas. Esa situación será *ius*. La distinción de que sea *quirítium* o *civile*, o ambos, tendrá, sin embargo, un aspecto eminentemente pragmático: por ella se indican los medios de defensa o acciones que le son propios. La aparición del *ius praetorianum*, desde 367 a.C., implicará, por lo tanto, dos cosas íntimamente vinculadas entre sí: la posibilidad de un nuevo tipo de justificación de una situación y sus correspondientes medios de defensa, el procedimiento formulario. Por eso decíamos que el Derecho Romano es a la vez un sistema de acciones y un sistema protector de conductas responsables. En efecto, las acciones son los medios pacíficos de defensa de las conductas responsables, y una conducta será responsable en la medida que corresponda a las exigencias de justicia de una situación concreta. *Ius* es la situación justa concreta, con todas las exigencias de cumplimiento responsable que ella implica. “No es *ius* lo que quiere el juez, sino lo que invocan las partes ante éste y que, por tanto, existe antes de que la resolución judicial se produzca”.<sup>58</sup>

Por último, una aclaración: toda esta noción de *ius*, que hemos explicado, era vivida espontáneamente por los juristas romanos de acuerdo con

su vigoroso sentido moral y su robusto realismo, pero es muy dudoso que la hayan explicitado y más dudoso aún que la hayan explicitado en la forma que lo hemos hecho.

Por todo lo explicado, se ve que el método de los juristas durante la época arcaica era muy limitado: precisar racionalmente si procedían o no las acciones y las excepciones, informando al actor o al demandado si se encontraba en una situación prevista por la Ley de las XII Tablas. Como es bien sabido, la rígida y formalista interpretación de los *pontifices* entró en crisis por su excesiva inflexibilidad y minuciosidad y obligó la aparición de otra interpretación más humana, la de los pretores, que fundamentalmente seguía los mismos métodos, aunque con un criterio racional más amplio. Un cambio fundamental en los métodos no parece haberse dado sino hasta la aparición del pretor peregrino, pero, aunque la institución de este cargo cronológicamente pertenece a la fase arcaica, su impacto en el Derecho se hace sentir sobre todo en la fase preclásica. Por eso preferimos tratar de dicho impacto a continuación.

#### LA FASE PRECLÁSICA.

Una vez derrotada Cartago en la segunda guerra púnica, Roma se lanza a una política imperialista de expansión territorial, que lleva a sus ejércitos a Grecia, a España y a la Galia Cisalpina. Desde los puntos de vista cultural y jurídico, es el contacto directo con Grecia el que va a tener mayores consecuencias. Es verdad que ya antes Roma había recibido las influencias del pensamiento griego, sobre todo a través de la Magna Grecia. Aunque la influencia del Derecho Griego en las XII Tablas y la embajada a Grecia de los *decemviri*, sus redactores, parecen pertenecer a las leyendas creadas posteriormente, hay varios hechos comprobados que demuestran que los contactos de Roma con la cultura griega son muy antiguos. Por ejemplo, el origen helénico del alfabeto latino,<sup>60</sup> la presencia en Roma desde principios del siglo III a.C. de escultores griegos, los *ludi* del año 240 en los que el griego Livius Andronicus (un liberto procedente de Tarento) presentó una tragedia y una comedia, y la primera *Historia de Roma* compilada en 202 por Q. Favius Pictor... en griego. Para fines del siglo III a.C. existía todo un círculo de helenizantes reunidos en torno de los Escipiones. Las décadas que siguen (primera mitad del siglo II a.C.) ven el choque de la vieja cultura, representada y defendida acaloradamente por Catón el Antiguo (234-149 a.C.), con la irresistible invasión de las costumbres y de las ideas de la Grecia conquistada. Es decir, es precisamente durante la primera mitad del siglo II a.C. cuando se agudiza la crisis de crecimiento de Roma bajo dos

aspectos, estrechamente vinculados: el institucional y el ideológico. Institucionalmente, la transformación de Roma de una ciudad latina en la metrópoli dueña de la cuenca del Mediterráneo implicaba no sólo el cambio de su estructura aristocrática familiar, insuficiente ante las nuevas responsabilidades, sino también la adaptación de su Derecho, demasiado provincial para poder servir de norma a un imperio compuesto de pueblos tan diferentes. Ideológicamente, había que buscar criterios válidos para Roma y para los pueblos conquistados. Desde el punto de vista jurídico, los dos aspectos de la crisis se pueden resumir en el siguiente planteamiento, formulado por Ursicino Alvarez Suárez: “por una parte, era necesario aplicar y respetar ese *ius civile* anquilosado; por otra, era necesario vivificarlo sin modificarlo, hacerlo flexible sin destruir su rigidez, modernizarlo sin realizar en él innovaciones, amplificarlo sin introducir modificaciones en sus antiguos límites”.<sup>61</sup> Es conocido que el milagro de esta adaptación del Derecho a los nuevos problemas se logró, no por medio de leyes impuestas por los gobernantes, sino gracias a la labor de los jurisprudentes y, en particular, del *praetor peregrinus*. Las soluciones de éste, inspiradas por una razón cada vez más educada en la cultura de Grecia pero sin perder el realismo y el sentido moral característicos de los romanos, acabarán siendo aceptadas por el tribunal del *praetor urbanus*. Ya se sabe que la *Lex Aebutia* concedió a los ciudadanos romanos la opción de acudir a una u otra jurisdicción. Es así, bajo la sombra protectora de la pretura peregrina, cómo se introduce en el pensamiento jurídico romano la noción del Derecho Natural, primero tímidamente y con la denominación de *ius gentium*, luego, al final de la fase preclásica y por influencias de las filosofías aristotélica y estoica, ya abiertamente con las fórmulas *ius naturale*, *natura rerum* y *naturalis ratio*. Es, sin embargo, en la fase clásica cuando estas fórmulas producen sus mejores frutos. Trataremos de explicar el proceso por el que el pensamiento jurídico romano llegó a tales fórmulas.

El punto de partida y la condición necesaria de todo el proceso es el espíritu de independencia y de responsabilidad de los romanos, que, en la fase primitiva, se manifestó por el sistema de la autotutela y que, en la fase arcaica, se plasmó en la visión de una intervención estatal limitada a unas cuantas *legis actiones*. Alvarez Suárez lo describe así: “Este algo es la *libertas*. Una libertad, que no fue nunca, a lo que parece, un concepto ni una idea, sino más propiamente un sentimiento: el sentimiento de la posesión de sí mismo, el sentimiento de poder dirigir y producir la propia conducta, sin presiones ni compresiones de poderes extraños. Sentimiento que insoslayablemente traía aparejado consigo la conciencia de la propia responsabilidad y la conciencia de los propios deberes, de los deberes que cada uno



ha de saber imponerse a sí mismo".<sup>62</sup> Cuando la expansión de Roma planteó nuevos problemas jurídicos, fue en fin de cuentas este espíritu el que se negó a acudir a la solución aparentemente más natural, que hubiera sido el tratar de resolverlos por medio de leyes; al contrario, se decidió por mantener y hasta hacer partícipes a los pueblos conquistados de la estructura esencial al Derecho Romano, que, como hemos visto, es a la vez un sistema de responsabilidades y de acciones limitadas de la ley. Por eso, en 242 a.C., cuando finalizaba la primera guerra púnica, cuyo principal botín fue la isla de Sicilia, Roma creó la pretura peregrina, que estaba subordinada a la urbana, "pues, no obstante la *par potestas* que regía las relaciones entre ambos, el pretor urbano obtuvo para sí la primacía en el momento en que el pretor peregrino comenzó a administrar derecho, directamente del Edicto del pretor urbano".<sup>63</sup> Después, el gobierno de las provincias conquistadas fue encomendado a nuevos pretores, que llegaron a ser hasta dieciocho.<sup>64</sup> Iba a ser, por lo tanto, la jurisprudencia pretoriana la encargada de resolver los nuevos problemas.

¿Qué era, pues, la pretura? Era una magistratura y no hay que olvidar que "la magistratura fue considerada en sus orígenes como la reunión de la administración de la justicia y del mando del ejército, siendo la expresión esencial de la primera el *imperium* dentro de la ciudad y la del segundo el *imperium* militar".<sup>65</sup> Durante la república, la suprema magistratura correspondía a los cónsules, que heredaban la *potestas* de los antiguos reyes y, más en particular, su derecho al mando supremo de los ejércitos. "Sostienen, pues, los antiguos autores que los primeros cónsules, según las triples funciones que desempeñaron, fueron llamados: pretores, cuando conducían los ejércitos; cónsules, cuando aconsejaban al Senado; y también *judices*, al dirimir los litigios entre sus conciudadanos".<sup>66</sup> El hecho es que la pretura aparece como un desdoblamiento de las facultades de los cónsules, que conservaban la *maior potestas*, en tanto que los pretores poseían la *minor potestas*, que consistía sobre todo en la facultad de *ius dicere* o *iurisdictio*. Esto significaba que, "cuando el pretor funcionaba al lado del cónsul, su competencia se hallaba subordinada a la de éste; de suerte que entonces, no obstante poseer *imperium* propio, ejercía su actividad como auxiliar de su superior colega".<sup>67</sup> Pronto se percibió la conveniencia de separar las funciones de estos magistrados, y, por eso, la *Lex Licinia Sextia* del año 367 a.C. erigió la pretura como magistratura autónoma del consulado. Para entonces se distinguía claramente entre *iurisdictio* y *iudicatio* (o facultad de dictar sentencia). Es frecuente explicar a la primera como la facultad de administrar justicia o de administrar Derecho; sería más exacto decir que es la facultad de conocer o explicar el *ius*, como lo sugiere su misma etimo-

logía. Es decir, así como la función de los pontífices no era la de constituirse en jueces sino tan sólo la de examinar una situación para ver si era justa (*ius*) y, en caso de serlo, indicar los medios pacíficos de defenderla, tampoco los pretores poseen *iudicatio*. Esta era propia de la segunda fase del procedimiento tanto en el *ordo iudiciorum*, propio del *ius civile vetus*, como en el proceso formulario, que aparece con la pretura. En la segunda fase de ambos procedimientos, los jueces (*iudices*) no eran magistrados,<sup>68</sup> sino “mandatarios, simultáneamente, de los magistrados y de las partes”;<sup>69</sup> “el *iudex* era —durante las primeras dos etapas de la historia procesal romana— un simple particular. Para el Derecho antiguo, por tanto, magistrado y juez no son sinónimos”.<sup>70</sup>

¿Qué significa todo esto? En primer lugar, que aquel pueblo de soldados-campesinos independientes percibía la necesidad de limitar su independencia en algunos casos extremos en que estuviera en peligro el bien común, como es el caso de la disciplina en el ejército. Por eso aparecen las magistraturas en conexión con cargos de utilidad pública, a los que se reconoce el *imperium* como una facultad de mandar a nombre de la comunidad. Segundo: que, aun entonces, se trata de limitar ese poder, distinguiendo entre la *iurisdictio* y la *iudicatio*. Tercero: que, bajo el sistema pretoriano, *ius* sigue siendo lo mismo: una situación justa a la que hay que señalar medios pacíficos de defensa. Cuarto: que el determinar si una situación es *ius* corresponde al pretor por la *iurisdictio*, pero ésta no incluye la *iudicatio*, con lo cual se limitan las facultades del pretor.

Respetando las líneas vertebrales de la tradición iusromanista, el nuevo sistema introduce, sin embargo, importantes innovaciones. Primero, para definir el *ius* de algunas situaciones nuevas, no consideradas por el viejo Derecho Civil, el pretor ya no está constreñido por las vinculaciones rígidas del mismo, sino que puede acudir al *ius gentium*. Segundo, decidido a proteger situaciones nuevas, configuró “nuevas acciones, que tenían su asiento no en la ley, sino en su propia facultad de *iurisdictio*, o, por mejor decir, en su *imperium*; son las que se conocen con el nombre de *acciones pretorias*”.<sup>71</sup> Y tercero, frente a las tradicionales *legisactiones*, procedió respetándolas en teoría pero, al mismo tiempo, “instruyendo al juez de que frente a ellas, debería tomar en consideración alegaciones de hecho formuladas por el demandado (*exceptiones*), la contestación a ellas del demandante (*replicae*), e incluso llegando a considerar como no acaecido el hecho o negocio que había dado lugar al nacimiento de la acción civil (*restitutiones in integrum*)”.<sup>72</sup> Como se ve, todo el Derecho pretoriano giraba en torno a la posibilidad de dar nuevas definiciones de situaciones y conforme a un nuevo criterio, el del *ius gentium*; pero de ningún modo pretendía erigirse

frente al *ius civile* como un nuevo sistema que lo derogara; su ambición era bastante más humilde: coadyuvar con el *ius civile*, para solucionar las nuevas situaciones planteadas por la comunicación con otros pueblos (*gentes*). Tal es el sentido de la definición de Papiniano: “Derecho pretoriano es aquel que introdujeron los pretores para ayudar o suplir o corregir al Derecho Civil por razón de la utilidad pública”.<sup>73</sup> Veremos ahora qué se entendía por *ius gentium*.

Al principio, parece que el término se refería al Derecho que regulaba las relaciones de Roma con otros pueblos, ya fueran enemigos o aliados. Tal es el sentido en la siguiente frase de Tito Livio: “Los embajadores, si toman las armas, lo hacen contra el *ius gentium*”.<sup>74</sup> Pero, a medida que esos pueblos fueron conquistados, la expresión adquirió otro sentido: una situación, en la que intervenían miembros de esos pueblos o en la que se relacionaban éstos con ciudadanos romanos, podía estar justificada por las leyes o costumbres del pueblo vencido. La política imperialista de Roma estaba interesada en la unificación administrativa pero no en la jurídica. Salvo el caso de los pueblos que se rendían a la discreción del pueblo romano y a los cuales se les sometía a los reglamentos de policía adoptados por la autoridad romana (*ius dedititium*), los pueblos vencidos quedaban ligados a Roma en los términos de diferentes tratados, por los que se solía reconocer, con diversos grados de amplitud, la validez del Derecho que les era propio. “Esta diversidad de estatutos, esta gradación sabia en la sujeción, anexión o incorporación, había permitido al Gobierno de Roma colocar bajo su Imperio una infinidad de pueblos diversos sin violentarlos en sus costumbres o en sus hábitos sociales; pero, también, sin estar obligada a introducirlos de improviso y sin condición en sus organismos políticos, operación peligrosa en todo tiempo y que su cordura evitó”.<sup>75</sup> A su vez, Roma se enriqueció enormemente, porque se vio obligada a abrirse a otros modos de pensar, a otros modos de justificar situaciones concretas; y así apareció el *ius gentium* como el *ius* “que la razón natural ha establecido entre todos los hombres y que es guardado igualmente por todos”.<sup>76</sup> Nótese que se llega al concepto de “razón natural” (*naturalis ratio*) no desde una filosofía sino más bien como el común denominador que funciona en las instituciones de todos los pueblos, incluyendo al romano, común denominador que excluye las instituciones propias de uno o varios pueblos. Sin embargo, la explicación filosófica no se hizo esperar y se debió a filosofías importadas de Grecia.

“Una creciente corriente de *Graeculi* —“grieguillos”, como los llamaron despectivamente los romanos— siguió a los ejércitos que volvían del Este. Muchos de ellos, como esclavos, se convirtieron en tutores en las familias

romanas; algunos, los *grammatici*, inauguraron la educación secundaria en Roma, al abrir escuelas que enseñaban la lengua y la literatura de Grecia; algunos, los *rettores*, impartieron educación privada... Pocos de estos maestros tenían alguna creencia religiosa; menos aún la transmitían... Los patricios vieron por donde soplaba el viento y trataron de pararlo; en 173 el Senado expulsó a dos epicúreos y en 161 decretó que ningún filósofo o retórico será permitido en Roma. Pero el viento no cesó. En 159 el estoico Cratus de Mallus, director de la real biblioteca de Pérgamo, llegó a Roma en una embajada oficial. En 155 Atenas envió como embajadores a Roma a los jefes de sus tres grandes escuelas filosóficas: el académico o platónico Carnéades, el peripatético o aristotélico Critolaus y el estoico Diógenes de Seleucia... las nuevas generaciones habían gustado el vino de la filosofía y, desde entonces en adelante, la juventud rica de Roma se fue anhelantemente a Atenas y a Rodas a cambiar su vieja fe por las nuevas dudas”<sup>77</sup>. . . y también por una explicación racional de los fenómenos jurídicos que iban conociendo. Es verdad que sólo conocemos pocos nombres de filósofos griegos que, durante esta fase, hayan ejercido una influencia directa sobre juristas romanos. Sabemos de Panecio de Rodas (c. 185-110 o 109 a.C.), estoico, director en 129 de la Escuela de Atenas, que residió durante algún tiempo en Roma, formando parte del círculo de Escipión Emiliano, en el que influyó en los juristas Publio Rutilio Rufo (pretor en 107 y cónsul en 105) y Quinto Mucio Escevola (cónsul en 95, fallecido en 84); el primero dio su nombre a la *formula rutiliana*; el segundo a la *cautio muciana* y a la *praesumptio muciana*. También sabemos de Posídonio de Apamea (c. 135-55 a.C.), quien en Rodas fue maestro en 78 a.C. de Cicerón y allí recibió dos visitas de Pompeyo. Además Cicerón menciona como filósofos que influyeron en su pensamiento a los académicos Filón de Larisa y Antíoco de Ascalón, al estoico Diodoto y a los epicúreos Fedro de Larisa y Zenón. Por último, Blosio de Cuma (190-128 a.C.) fue consejero de los hermanos Graco. Esta relativa ausencia de datos explícitos ha hecho que “la influencia sobre el Derecho Romano de la doctrina clásica griega haya sido negada durante largo tiempo y que, aún hoy, no sea reconocida por muchos historiadores del Derecho”.<sup>78</sup> Sin embargo, esta negación parece improcedente, sobre todo porque no se ve cómo los juristas romanos hubieran podido escapar a la influencia de las ideas griegas, cuando éstas permeaban todos los aspectos de la cultura romana y muy especialmente el de la educación, al punto que hasta el antihelenista Catón el Antiguo estudió el griego y modeló sus discursos en los de Lisias, Esquines y Demóstenes. Por otra parte, la ausencia de más datos se explica fácilmente por el hecho que, de la fase helenística, “poco sabemos, ya que no nos dejó una literatura jurídica”,<sup>79</sup> y los datos que sí conocemos

parecen confirmar la influencia de la filosofía griega. En este sentido, Fritz Schulz defiende y documenta la afirmación de que “la importación del método dialéctico desde Grecia produjo cambios de largo alcance”,<sup>80</sup> en la división, distinción y sistematización de las materias y cuestiones del Derecho, así como en la formulación de reglas (*regulae*) y principios (*loci o notiones communes*) jurídicos. También parecen acertadas estas otras afirmaciones del mismo Schulz: “Aunque un número de destacados juristas bebieron copiosamente de la fuente de la filosofía griega, no llegó a desarrollarse una Filosofía del Derecho. . . No discuten la naturaleza de la justicia, que es un problema central de la filosofía griega. Y en cuanto al Derecho Natural, que había ocupado a generaciones de pensadores griegos, los juristas de la república no tienen nada que decir. Ciertamente, se sirven del Derecho Natural, pero se trata del Derecho Natural que, en la terminología de Aristóteles, se llama relativo, y no del absoluto, y procedieron inconscientemente, o por lo menos sin reflexión, y ciertamente sin decir o escribir una palabra sobre ese tema”.<sup>81</sup> Lo que esto significa es que surgen posibilidades originales de justificar las nuevas situaciones, que pueden estar o no de acuerdo con las soluciones del viejo Derecho. Mientras que éste, para justificar una situación, acudía a las costumbres jurídicas (*mores maiorum*) o a la sanción religiosa (*fas*) que formaban el *ius non scriptum*, o a las leyes propias de la ciudad (*ius civile*), completadas por la interpretación del pretor urbano, ahora el pretor peregrino, al acudir al *ius gentium*, puede alegar el orden de la realidad u *ordo rerum*, percibido por la razón que es común a todos los hombres (*naturalis ratio*); pero no se trata de un *ordo rerum* contemplado filosóficamente, sino del humilde orden de la realidad de cada problema concreto, trabajado al modo de Aristóteles, y eso ya es Derecho Natural. “Si la mayoría de los romanistas no tuvieran a gala el ignorar la filosofía, reconocerían con nosotros —escribe Michel Villey—<sup>82</sup> que la doctrina aristotélica llamada del Derecho Natural clásico es la más adecuada para dar cuenta de la estructura del Derecho Romano”. En efecto, ¿cómo proceden los juristas romanos —y en particular los pretores y todavía más concretamente el pretor peregrino— en su búsqueda de soluciones? En primer lugar, emplean un pensamiento tópico o aporético, es decir, que procede del estudio de la situación concreta hacia los principios valorativos que le son aplicables. “No se construya el *ius* a partir de la regla, sino que se formule la regla a partir del *ius* que se da en una situación” —escribirá más tarde Paulo—. <sup>83</sup> En segundo lugar, el estudio de la situación concreta no es una mera observación de lo que acontece, sino que es una búsqueda de la justicia que reclama la realidad de esa situación: “se trata simplemente la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora”.<sup>84</sup> En

tercer lugar, esto no podrá hacerse si no se reconoce, por lo menos implícita e intuitivamente, en la realidad concreta de las situaciones, una capacidad o potencialidad de perfeccionarse en la medida que tiende y realiza los fines que le son propios y que Aristóteles llamaba “la *entelequia* del ser”. En la fase que examinamos, los juristas no explicitaban ni reflexionaban sobre el proceso de su pensamiento y sobre la meta de sus soluciones (el lograr las entelequias de las situaciones concretas), pero aplicaban intuitivamente el método y eran impulsados por su realista sentido moral a buscar lo justo concreto (entelequia) en los problemas que encaraban. Es decir, llegaban al Derecho Natural u orden de las entelequias, no por la especulación filosófica, sino por el camino de la búsqueda de soluciones pragmáticas. El Derecho Natural así descubierto no es un sistema de respuestas filosóficas sino más bien un conjunto de “resultados espontáneos de una experiencia, que compendian lo que pudo existir de constante en la solución de un conjunto de casos, y que, con las reservas del control y de las limitaciones impuestas siempre por la intuición (moral), pueden servir como auxiliares en la solución de casos futuros”.<sup>85</sup> Alguna explicitación de estas ideas se da en la fase siguiente.

#### EL CASO DE CICERON

Al final de la fase preclásica aparece la egregia figura de Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.), para quien el Derecho, las leyes y la república fueron temas que ocuparon largamente sus preocupaciones y reflexiones. Creemos que, respecto de Cicerón, se pueden cometer dos errores. El más generalizado entre los iusromanistas es pretender que el pensamiento del Arpinata nada tiene que ver con los métodos e ideas de los juristas romanos: Cicerón sería un retórico y su “filosofía se quedó en los umbrales del Derecho Romano”.<sup>86</sup> A su obra se le puede reconocer algún valor como cantera de datos aislados, pero —se ha dicho— “carece de comprensión de los aspectos más elevados de la jurisprudencia”.<sup>87</sup> El error opuesto, tentación para los filósofos del Derecho, sería creer que la Filosofía del Derecho de Cicerón sería también la de los juristas de su tiempo, o, por lo menos, de un grupo importante de ellos. Nuestra opinión es que no debemos minimizar a Cicerón como jurista, aunque debemos reconocer que no era el prototipo del jurista romano, ni tampoco el jurista creador de soluciones pragmáticas. Sabemos que “desde su juventud estudió al lado del gran jurisconsulto que fue Mucio Scevola. Aún antes de dedicarse a la elocuencia, pues, había sido iniciado ya en la complejidad de las consultas jurídicas, y ello de una manera realista y práctica. Asimismo, durante toda su carrera, mantiene contacto con

su condiscípulo de Rodas, Servio Sulpicio, el maestro indiscutido de la ciencia del Derecho".<sup>88</sup> Pero no era el prototipo del jurista romano. En primer lugar, por su afición a teorizar, tan opuesta al espíritu de los técnicos del Derecho, que "no fueron en Roma muy inclinados a la elaboración de conceptos abstractos y se preocuparon menos que nosotros de encerrar en definiciones bien perfiladas y precisas, ideas que aplicaban con claro y recto criterio".<sup>89</sup> En segundo lugar, por su profunda y amplia concepción filosófica del Derecho, que, aunque debía influenciar a juristas de generaciones posteriores, ciertamente no era compartida por sus contemporáneos. Estos, como tantos juristas actuales, rehuían a la filosofía. Y en tercer lugar, porque Cicerón se adelantó no sólo a su generación sino a varios siglos de juristas en el deseo de formar una ciencia sistemática del Derecho.

¿Qué podemos aprovechar del pensamiento de Cicerón para nuestro tema? Creemos que debemos ver en él una explicitación filosófica muy personal de ideas que eran vividas implícitamente en la cosmovisión de muchos de sus contemporáneos juristas y que animarán la cosmovisión de los mejores juristas de la época clásica. Al fin y al cabo, la formación retórica no debe ser vista como divorciada del pensamiento jurídico, puesto que todos los juristas pasaban por ella y los mejores seguían cultivándola durante sus vidas.

Cuando Cicerón exalta al Derecho como obra de la razón, cuando busca la raíz del mismo en la naturaleza y cuando defiende que la justicia deriva del orden objetivo de la naturaleza, Cicerón se comporta como auténtico jurista romano, aunque se distingue de sus colegas en cuanto que es capaz de explicitar filosóficamente lo que éstos sólo vivían existencialmente. Igual que sus colegas, en materia de teoría del conocimiento, se muestra escéptico,<sup>90</sup> y, cuando se trata de buscar soluciones a los problemas jurídicos, indaga un *ius* objetivo, único,<sup>91</sup> que no se mide por la regla de la propia ventaja ni sólo por el temor a los castigos y a los suplicios.<sup>92</sup> Sus colegas pensaban que "no es *ius* lo que quiere el juez, sino lo que invocan las partes ante éste y que, por tanto, existe antes de que la resolución judicial se produzca";<sup>93</sup> y esta noción de *ius* la acepta Cicerón, pero él, a diferencia de sus colegas, no se contenta con una explicación próxima voluntaria de por qué tal situación concreta es *ius*: es verdad que puede estar justificada "por el edicto del pretor, como hoy se opina generalmente, o por las XII Tablas, como antes se decía",<sup>94</sup> pero más importante es "explicar la naturaleza de todo *ius*" "la totalidad del *ius* universal y de las leyes... de tal suerte que lo que llamamos (*ius*) *civile* quedará relegado a un lugar exiguo y limitado".<sup>95</sup>

La novedad de Cicerón frente a los juristas que le son contemporáneos es que plantea explícitamente la cuestión ontológica de lo que es *ius*.

Ante ella, la mayoría de éstos se hubieran encogido de hombros y, apretados por la exigencia de una respuesta, lo más probable es que contestaran de acuerdo con su cosmovisión influida por las filosofías cínicas, epicúreas o escépticas: *ius* no sería más que el “resultado de una evolución histórica en que los hombres, cansados del primitivo estado de anarquía y desorden, se habían resignado a admitir la supremacía del más fuerte y habían poco a poco consolidado, por medio del instrumento especioso de las leyes, el reconocimiento de este estado de hecho”.<sup>96</sup> Contra esta noción voluntarista y empírica de *ius*, Cicerón va a defender otra, que pretende fundamentar en la misma historia de Roma y del Derecho Romano, auxiliado por las filosofías estoica y aristotélica.

En el *De re publica*, Cicerón se pregunta por la causa de la grandeza de Roma y se contesta que se debe a los hombres poseedores de gran virtud y capaces de aplicarla en “el gobierno del Estado, y la realización fáctica, no meramente verbal, de esas mismas cosas que los filósofos en sus rincones nos están haciendo resonar continuamente en nuestros oídos”;<sup>97</sup> “el pueblo romano se ha hecho grande, no de manera casual, sino por su deliberación (*consilium*) y su disciplina”.<sup>98</sup> Esos hombres, porque eran sabios, fueron capaces de ser justos. En efecto, “hay una ley verdadera, que es la recta razón, la cual está en armonía con la naturaleza, se halla difundida en todos, es inmutable y eterna, incita al cumplimiento del deber por sus mandatos y aparta de los engaños por sus prohibiciones; la cual el hombre recto siempre escucha y obedece, en tanto que el malvado no se conmueve por sus mandatos y prohibiciones. Es un sacrilegio el alterar esa ley y no es lícito el derogar alguna parte de ella o el abrogarla en su totalidad; ni tampoco podemos vernos libres de sus obligaciones por obra del Senado o del pueblo; ni hay que acudir a Sexto Elio para que nos la explique e interprete... y de esta ley sólo hay un maestro y señor para todos, que es Dios, su inventor, su promulgador y su sancionador; el que no la obedezca, huirá de sí mismo, negando su naturaleza humana”.<sup>99</sup> Por eso, el buen gobernante “se dedicará seriamente al estudio del *ius* y de las leyes... será muy experto (*peritissimus*) en el *ius* supremo, sin el cual nadie puede ser justo, y competente (*non imperitus*) en el *ius civile*”.<sup>100</sup>

Como se ve, Cicerón siempre distingue entre *ius* y la ley. Esta es la que hace que una situación determinada quede justificada y se convierta en *ius*. Y también distingue dos especies diferentes de *ius*: el *civile*, que debe su justificación a las leyes propias de un pueblo, y el *summum* o *ius* por excelencia, que el hombre conoce por su recta razón y que debe su justificación



a la ley de Dios o *lex caelestis* o “razón por excelencia (*ratio summa*), impresa en la naturaleza, que ordena lo que se debe hacer y prohíbe lo contrario. La misma razón, cuando se confirma y se elabora en el pensamiento del hombre, es la ley”.<sup>101</sup> En el *De legibus* Cicerón trata de dar respuesta a algunos de los problemas filosóficos que plantea tal ley. Las grandes líneas de su explicación son claramente platónicas, en tanto que para cuestiones concretas descansa sobre todo en Aristóteles y en los estoicos: La ley por excelencia o ley suprema, “que es a la vez la primera y la última, se identifica con la mente divina en cuanto ésta obra racionalmente, dando o quitando impulso a todas las cosas”.<sup>102</sup> “Es Dios quien ha creado y dotado al hombre con una naturaleza capacitada por sus propias fuerzas para realizar progresos”,<sup>103</sup> gracias a la razón. Así aparece un primer *ius*, el de la recta razón que une a los hombres en comunidad con Dios.<sup>104</sup>

Pero el *ius* adquiere una nueva concretización, en cuanto compartido por todos los hombres al poseer la misma naturaleza racional.<sup>105</sup> Este es el *ius naturale*, que debe su existencia a la *lex naturae*, “que es la recta razón en el mandar y en el prohibir”.<sup>106</sup> Una tercera gradación en el proceso de concretización de la ley la tenemos en el *ius gentium*, que Cicerón “quiso distinguir del *ius naturae*, en cuanto costumbres jurídicas que de hecho se dan dondequiera, en cuanto diferentes del Derecho ideal (*ius naturae*) que puede no darse en la realidad”.<sup>107</sup> Cicerón interpreta al *ius gentium* en un sentido más amplio que el que le da el pretor peregrino: al ser la expresión en la realidad de las tendencias comunes a todos los hombres, el *ius gentium* podría ser el fundamento para que “todo el género humano quede unido en sociedad. . . por la recta razón de los mejores”.<sup>108</sup> Otro grado es el de los *iura civilia* o los Derechos propios a las diferentes ciudades, formados por “leyes de los hombres”,<sup>109</sup> las cuales podrán ser justas o no, pero sólo en el primer caso merecerán el nombre de “leyes”.<sup>110</sup> Todavía, siguiendo el pensamiento de Cicerón, se podrían dar dos grados más de concretización: el *ius municipale*<sup>111</sup> y el *ius familiare*. Pero todos estos *iura* concretos están sometidos a la ley suprema.<sup>112</sup>

Aunque estas ideas filosóficas de Cicerón no tuvieron un efecto directo sobre la elaboración técnica jurídica, sí “sirvieron de base, quince años después de su muerte, a la política de restructuración de Augusto. El triunfo de su humanismo fue todavía mayor”.<sup>113</sup> Serviría de inspiración a muchos juristas de la época clásica y, después sería consagrado por los padres de la Iglesia y por el Renacimiento.

## LA FASE CLÁSICA.

Ursicino Alvarez Suárez aclara que, si bajo el nombre de *clásico* se entiende no la valoración de una producción literaria, sino el momento histórico del más alto estilo cumbre de un proceso cultural, las aportaciones originales de una cultura histórica, entonces tal apelativo conviene sobre todo a la jurisprudencia republicana, cuya labor tuvo fuerza creadora superior incluso a la jurisprudencia del Principado".<sup>114</sup> Sin embargo, la mayoría de los romanistas prefieren bautizar con el nombre de "clásica" a "la época... en la que florecen los más grandes jurisconsultos".<sup>115</sup> porque éstos, además de "la sencillez y elegancia de estilo"<sup>116</sup> de sus escritos, "manifiestan cierta unidad espiritual, combinada con un perfecto dominio de su materia".<sup>117</sup> En efecto, durante el Principado, aunque no cesa la labor jurídica de los pretores, pronto disminuye en importancia y es absorbida por la masa de nuevas regulaciones nacidas de otras magistraturas, y así el *ius praetorianum* pasa a formar parte del más amplio *ius honorarium*; por otra parte, la centralización del poder en el emperador y en los órganos y magistraturas que dependen de él deja menos margen de labor creadora a los pretores; en cambio, desde Augusto se empieza a otorgar valor oficial a las respuestas de algunos notables juristas, a los que se concede el *ius publice respondendi*. Nace así una nueva fuente del Derecho o, si se prefiere, un nuevo modo de definir las situaciones que son *ius*. Al dar fuerza legal a la vieja práctica de los *iurisprudentes*, que consistía en dar *responsa* a las partes que buscaban su consejo, nació un tipo nuevo de definiciones de los *iura*, más metódico y doctrinal, que empleaba con mayor rigor la lógica aprendida de Grecia y que aplicaba siguiendo el pensar aporético esa *naturalis ratio* del *ius gentium*. Es lógico que, en estas circunstancias, se fueran perfilando las definiciones y los principios de solución del Derecho, dentro de cierta unidad espiritual o filosófica. Y aquí, una vez más, volvemos a encontrar al Derecho Natural.

Carlos Alberto Maschi<sup>118</sup> ha tratado admirablemente y con lujo de documentación en las instituciones jurídicas romanas el tema del Derecho Natural en la época clásica. Del enorme caudal de sus investigaciones, sacaremos una conclusión que servirá para poner fin a nuestro trabajo: el concepto iusnaturalista del Derecho como propio de los juristas de la época clásica. Estos siguen siendo realistas, más preocupados por soluciones pragmáticas que por la elaboración de teorías. En consecuencia, abordan al Derecho Natural, no como una teoría filosófica, sino como un sistema de soluciones a las que se llega por el pensamiento tópico o aporético, a partir de las exigencias de solución justa planteadas por situaciones concretas.

Comienzan por estudiar la realidad y en ella observan orden, un modo constante de proceder de cada ser de acuerdo con su esencia. “*Natura* siempre se entiende como esencia, peculiaridad, normalidad”.<sup>119</sup> “La ley física (natural) es a veces contrapuesta al ordenamiento jurídico. Pero, aun en esta contraposición, *natura* no es algo que está fuera; es un sistema que siempre está dentro del ordenamiento jurídico. Es una entidad que, bajo algunos aspectos y para determinadas consecuencias, es incorporada al Derecho y se convierte por lo tanto en jurídica”.<sup>120</sup> La concepción que los juristas romanos tienen del *ius* es bastante diferente de la que nosotros solemos tener del Derecho. Para nosotros, influidos por varios siglos de racionalismo, Derecho tiende a ser un orden racional, un sistema ideal, más conectado con los procesos subjetivos de nuestro pensamiento que con el orden objetivo de la realidad. Para los romanos, *ius* es una dimensión de la realidad objetiva, es la trayectoria que el ser humano, libre y racionalmente imprime a la realidad objetiva; por eso el ordenamiento jurídico incorpora esa realidad. Citemos nuevamente a Maschi: ‘En todas las categorías examinadas (*natura hominis, natura animalis, natura rei*) el Derecho asume la realidad de la cosa como se presenta en su entidad física y en su valoración social, que no puede prescindir de ella, para sacar de ella las consecuencias jurídicas más variadas. Podríamos concluir que *natura*, referida a las entidades más variadas (*natura hominis, animalis, rei, etc.*) es uno de los conceptos más difundidos tanto en las fuentes jurídicas como en las extrajurídicas. *Natura* indica esencia, realidad de la cosa, normalidad. La frecuencia de este elemento es fácilmente explicable, si se considera que el orden no es una abstracción, sino cualquier cosa que se adecúa a la realidad de la vida y a sus múltiples aspectos”.<sup>121</sup> Un ejemplo: “*Filius naturalis* presenta siempre un significado base en sus diferentes contextos, que se incorpora en la palabra *naturalis*: el de vínculo de sangre, de realidad en la relación de generación. Es ésta la realidad, que el Derecho toma en consideración y que, según las varias épocas históricas y los varios elementos que se añaden a esta realidad de hecho, trae diferentes consecuencias jurídicas sobre la misma base. Significado base que no es ignorado ni desconocido en ninguna época”.<sup>122</sup> Así, desde la fase arcaica, una persona puede estar sujeta al *pater, iure aut natura*.<sup>123</sup>

La famosa definición que conservamos de Ulpiano sobre el *ius naturale* como “el *ius* que la naturaleza enseñó a todos los animales... y que es común a todos los animales, a los que nacen en la tierra y a los del mar, así como a las aves”,<sup>124</sup> no se puede entender si no es de acuerdo con las líneas de nuestra explicación. Se trata de “elementos de hecho, de exigencias naturales, que el hombre tiene comunes con los animales”,<sup>125</sup> y que deben ser tomadas

en cuenta al definir cualquier situación como *ius*. Por consiguiente, "*Ius naturale* y *natura* indican aquella realidad que está fuera del Derecho pero que al mismo tiempo es tomada en consideración por el Derecho. Es una concepción positiva y no filosófica".<sup>126</sup> Comenta Maschi: "Partiendo de esta base se llega por vía de abstracción a un *ius naturale* que representa la compleja realidad de los hechos, la cual constituye la base del ordenamiento jurídico. Y es con miras a hacer hincapié en esta realidad y a acentuar que está fuera del Derecho que Ulpiano alarga la noción hasta incluir también las relaciones de los animales. Pero esto no quiere significar el concepto absurdo que exista un Derecho común con los animales; lo único que es común es la realidad o los alcances; y es precisamente esta realidad que es considerada por las leyes".<sup>127</sup> A esta cita de Maschi, nosotros haríamos la siguiente aclaración: es válida en la medida que por *ius* entendamos "ordenamiento jurídico", pero, si por *ius* entendemos la situación que tiene exigencias de justicia, entonces también habría un *ius* propio de los animales, claro que carente de las notas propias a la humanidad. Y esto, a nuestro modo de entender, es lo que estaba implícito en la cosmovisión de los juristas romanos: un mundo ordenado dinámicamente, en marcha hacia un orden en realización. Es la visión aristotélica de todos los seres dirigiéndose a sus respectivos fines; es también la visión de los estoicos, para los cuales toda la naturaleza está animada por la razón divina. Sobre este orden querido por Dios se construye el *ius gentium*, en cuanto que la recta razón natural, común a todos los hombres, llega a descubrir soluciones que corresponden a la naturaleza de las cosas (*natura rerum*). Por último, la razón de un pueblo puede, de acuerdo con su historia y sus experiencias propias, dictar soluciones válidas para él, y así aparecen los *iura civilia*. Recordemos que, según Gaio, la *civilis ratio* (o razón propia de un pueblo) puede "*corrumpere civilia iura, naturalia vero non potest*";<sup>128</sup> es decir, hay un límite para las decisiones propias de los pueblos y es el que marca el orden natural querido por Dios.

Por último, observamos que siempre está implícita la vigencia de justicia, aunque los juristas romanos preferían hablar de *aequitas*; "los clásicos pensaban que la *aequitas* es la substancia de todo Derecho".<sup>129</sup> *Aequitas* significa equilibrio, orden, armonía en las exigencias de justicia. "*Aequitas, qua paribus in causis paria iura desiderat*" —escribió Cicerón<sup>130</sup>—. "La *aequitas*, que a causas iguales pide iguales derechos". "La *aequitas* es para los romanos el modelo a que debe adaptarse el Derecho, la finalidad a que la norma jurídica debe tender... La *aequitas* presidiendo el mundo de las relaciones sociales: he aquí el ideal que, en la mente de los jurisconsultos romanos, orienta las reformas legislativas y las decisiones jurídicas. Razones de

equidad (*ex bono et aequo*) son frecuentemente invocadas como motivación de normas nuevas, especialmente de las implantadas por el pretor. No se crea, sin embargo, que para los jurisconsultos romanos este patrón de la *aequitas* tenga un carácter teórico e inmutable. No es un concepto doctrinal, abstracto y absoluto; es una noción realista, referida a un determinado momento de la conciencia social.<sup>131</sup> Cuando Celso definió al Derecho como "*ars boni et aequi*",<sup>132</sup> no hacía literatura sino que llegaba al fondo del proceso del pensamiento jurídico romano: es una búsqueda en el terreno de la realidad (*ars*) de una situación objetiva ordenada y buena (*boni*), con un orden concreto justo (*aequi*). Este modo de contemplar al Derecho lo hubieran aprobado Aristóteles y Santo Tomás<sup>133</sup> como coherente con su doctrina del Derecho Natural.

N O T A S :

<sup>1</sup> Véase nuestra *Introducción al Estudio del Derecho* (Porrúa, México, 1966, pág. 157 y sigs.) para la explicación del Derecho como resultado de las coordenadas de los ideales de Justicia y de las realidades históricas.

<sup>2</sup> Michel VILLEY nos ofrece algunos ejemplos de "traducciones perezosas" en su magistral artículo sobre "Les origines de la notion de droit subjetif", en *Archives de Philosophie du Droit*, Nueva serie, No. 2, 1953-1954, págs. 170 a 177.

<sup>3</sup> R. H. BARROW, *Los Romanos* (trad. de Margarita Villegas de Robles), 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1960, p. 13.

<sup>4</sup> BARROW, *op. cit.*, p. 19.

<sup>5</sup> *Id.*, pág. 155.

<sup>6</sup> *Id.*, pág. 163.

<sup>7</sup> Rudolf VON JHERING, según la *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano* de Fernando Vela, Revista de Occidente, Madrid, 2a. ed., 1962, pág. 128.

<sup>8</sup> *Historia*, II, p. 75.

<sup>9</sup> MONTESQUIEU destaca el espíritu contemporizador de los romanos. Para ejemplo, el texto siguiente: "Cuando los romanos estaban en una guerra de importancia, el Senado pasaba por toda clase de injurias y aguardaba en silencio a que llegase el momento del castigo" (*Grandeza y decadencia de los romanos*, trad. de Matilde Huici, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 2a. ed., 1944, c. VI., pág. 44).

<sup>10</sup> Henri BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Presses universitaires de France, París, 1948, págs. 9 y 50. La traducción es nuestra. Los lectores conocedores del pensamiento de Bergson se darán cuenta que nosotros preferimos llamar "sentido moral" a lo que en el lenguaje bergsoniano recibe el nombre de "emoción", que se prolonga en impulso (*élan*) del lado de la voluntad y en representación explicativa del lado de la inteligencia (*op. cit.*, pág. 46).

<sup>11</sup> H. BERGSON, *op. cit.*, pág. 56.

<sup>12</sup> *Id.*, pág. 66.

<sup>13</sup> *Id.*, pág. 71.

<sup>14</sup> *Id.*, pág. 77.

<sup>15</sup> Rudolf VON JHERING *L'esprit du droit romain*, Marescq, París, t. I, 1886, pág. 316.

<sup>16</sup> En su magistral obra *Tópica y Jurisprudencia* (trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964).

<sup>17</sup> Entre los más notables, se pueden mencionar a Rudolf VON JHERING. (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. del alemán al francés por O. de Meulenaire, 4 tomos, Marescq, París, 1886 a 1888); a Biondo Biondi (*Arte y Ciencia del Derecho*, trad. por Angel Latorre, Ariel Barcelona, 1953); al citado Theodor Viehweg (ver nota 15); y a Max KASER (*En torno al método de los Juristas Romanos*, trad. por Juan Miguel, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964). Añádase el artículo que, en el presente número de *Jurídica*, publica A. M. Honoré.

<sup>18</sup> Max KASER (véase la nota precedente), pág. 15.

<sup>19</sup> *Digesto*, 50, 17, 202.

<sup>20</sup> Biondo BIONDI, "Objeto y Método de la Jurisprudencia Romana" en *Arte y Ciencia del Derecho* (véase nota 16), pág. 38.

<sup>21</sup> León HOMO, *L'Italie primitive et les débuts de l'impérialisme romain*, L'évolution de l'humanité, Alban Michel, París, 1953, pág. 97 (la traducción es nuestra).

<sup>22</sup> Los nombres de las siete aldeas del Septimontium son: Germal y Palatual (ambas sobre el Palatino), Cispius, Fagutal y Oppius (las tres sobre el Esquilino), Querquetual (sobre el Caclius) y Velia.

<sup>23</sup> L. HOMO, *op. cit.*, pág. 141.

<sup>24</sup> La organización política se hizo en dos etapas. De acuerdo con la primera, que la leyenda atribuye a Rómulo, las tribus eran tres: Ramnes, Tities y Luceres, que podrían corresponder a los tres diferentes elementos étnicos de Roma (latinos, sabinos y etruscos) pero que según L. HOMO, (*op. cit.*, pág. 143) "son simplemente los cuadros territoriales y administrativos, de origen etrusco, dados por los conquistadores a la Roma unificada en la primera fase del sinecismo". La segunda etapa, atribuida a Servio Tulio, es la del régimen de las cuatro tribus llamadas "servianas": Suburana, Palatina, Esquilina y Colina.

<sup>25</sup> VON JHERING, *op. cit.* (ver nota 17), t. I, pág. 185. En el mismo sentido, Teodoro MOMMSEN (*Compendio de Derecho Público Romano*, Trad. de P. Dorado, La España Moderna, Madrid, s.f.): "el Estado romano de los más antiguos tiempos que conocemos no puede ser concebido sino como una reunión de familias que coexisten unas al lado de otras, aunque, al contrario, tampoco la familia romana podemos pensarla más que en el Estado" (pág. 12).

<sup>26</sup> J. DECLAREUIL, *Roma y la organización del Derecho* (trad. de Ramón García Redruello), Cervantes, Barcelona, 1928, pág. 44.

<sup>27</sup> *Id.*, pág. 43 y sigs.

<sup>28</sup> *Id.*, pág. 46.

<sup>29</sup> *Id.*, pág. 48.

<sup>30</sup> VON JHERING, *op. cit.*, t. I, pág. 116 y sigs.

<sup>31</sup> Véase VON JHERING, *op. cit.*, t. II, págs. 209-215.

<sup>32</sup> León HOMO, *op. cit.*, pág. 140.

<sup>33</sup> *Id.*, pág. 141. Probablemente la idea de *urbs*, en cuanto organización política de ámbito más amplio que el de la *polis* griega, tiene antecedentes en la Magna Grecia.

<sup>34</sup> *Id.*, pág. 144.

<sup>35</sup> VON JHERING, *op. cit.*, t. I., pág. 272.

<sup>36</sup> *Id.*, pág. 273.

<sup>37</sup> HOMO, *op. cit.*, pág. 146.

<sup>38</sup> “El código, común a todos, patricios y plebeyos, estaba ya publicado. Por consiguiente, todos los interesados lo conocían. Pero las fórmulas del procedimiento, las *legis actiones*, la lista de los días fastos, los únicos en que podía administrarse justicia, continuaban siendo secretos. Esta doble laguna, que ofrecía al arbitrio de los patricios lamentables facilidades, sólo se colmó a fines del siglo IV, durante la célebre censura de Apio Claudio (312-308)” (León BLOM, *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al imperio*, trad. de José López Pérez, 2a. ed. en español, UTEHA, México, 1958, pág. 43).

<sup>39</sup> Fritz SCHULZ, *History of roman legal science*, Clarendon Press, Oxford, 1963, pág. 9. La traducción es nuestra.

<sup>40</sup> Vicente ARANCIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano* (trad. de Francisco de Pelismacker e Ivañez), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963, pág. 151.

<sup>41</sup> *Instituciones* I, II, § 1.

<sup>42</sup> Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1966, pág. 93. La traducción es nuestra.

<sup>43</sup> *Digesto*, I, II, 2, § 5 y 12.

<sup>44</sup> Véase *Instituciones*, I, II, § 3, 9 y 10.

<sup>45</sup> Ricobono, citado por Guillermo FLORÍS MARGADANT, *El Derecho romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 4a. ed., Esfinge, México, 1970, pág. 13B.

<sup>46</sup> Pablo KRÜGER, *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, La España Moderna, Madrid, s. l., pág. 27 y sig.

<sup>47</sup> La noción del “derecho subjetivo” no es una noción romana, sino que nace a partir de la Escuela Franciscana (Duns Escoto, Occam) y es elaborada por la Escuela Racionalista del Derecho Natural (Grocio, Hobbes, Gassendi, etc.), véase: Michel VILLEY, “Les origines de la notion de droit subjectif”, en *Archives de philosophie du droit*, citado en la nota 2; y también: Avelino Folgado, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, Pax Iuris, San Lorenzo del Escorial, 1960.

<sup>48</sup> Antonio GUARINO, *op. cit.*, pág. 216.

<sup>49</sup> VON JHERING, *op. cit.*, pág. 119 y sigs. José Arias Ramos habla de “autodefensa”.

<sup>50</sup> GUARINO, *op. cit.*, pág. 219.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Véase VON JHERING, *op. cit.*, t. III, pág. 330.

<sup>53</sup> *Digesto*, I, II, 2, § 6.

<sup>54</sup> GUARINO, *op. cit.*, pág. 221.

<sup>55</sup> *Id.*, pág. 219.

<sup>56</sup> *Id.*, pág. 217.

<sup>57</sup> Tal es la explicación del pensamiento de Max GUTZWILLER, hecha por Ursicino Alvarez Suárez (*La jurisprudencia romana en la hora presente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1966, pág. 33, nota 9).

<sup>58</sup> U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>59</sup> Entre los autores modernos que se inclinan a considerar a estos hechos como legendarios, citaremos a: Guillermo FLORÍS MARGADANT, *op. cit.*, pág. 50, y Vicente ARANCIO-RUIZ *op. cit.*, pág. 69. En cambio: SCHULZ, *op. cit.*, pág. 5: “No se puede determinar hasta qué punto las XII Tablas son una obra griega o romana, aunque una vigorosa influencia griega es innegable”.

<sup>60</sup> “El estudio comparativo de los alfabetos prueba, sin posible discusión, que el alfabeto latino no deriva del etrusco...; este alfabeto fue necesariamente introducido en Roma antes del principio de la conquista etrusca, es decir, antes del fin del siglo VII a. C. Deriva directamente del alfabeto calcídico y llegó de Cumas, vanguardia de la civilización helénica en la Italia central” (León *Homo, L’Italie primitive*, pág. 14).

<sup>61</sup> U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>62</sup> *Id.*, pág. 46.

<sup>63</sup> Cornel ZOLTAN MEHEZ, *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*, Editorial Universitaria de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1967, pág. 27. Véanse allí las notas 47 y 48.

<sup>64</sup> “Una vez conquistada Cerdeña y poco después Sicilia así como España y luego la provincia de Narbona, se crearon tantos pretores cuantas provincias fueron sometidas, para que presidieran parte en los asuntos de la Urbs y parte en los de las provincias. Después, Cornelio Silla... añadió cuatro nuevos pretores... Luego Caius Julio César dos más y así los pretores creados llegaron al número de doce... Más tarde, Augusto aumentó el número a dieciséis. Después Claudio añadió dos pretores más... a los que Tito substrajo uno y Nerva añadió uno... Así ahora son dieciocho pretores los que conocen del Derecho en la ciudad” (Pomponio en el *Digesto*, I, II, 2, 32).

<sup>65</sup> Teodoro MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano* (trad. de P. Dorado), La España Moderna, Madrid, s. f., pág. 402. Véase también pág. 163 y sigs.

<sup>66</sup> Cornel ZOLTAN MEHEZ, *op. cit.*, pág. 14.

<sup>67</sup> Teodoro MOMMSEN, *op. cit.*, pág. 282 y sig.

<sup>68</sup> “*magistratus*... se aplicaba a todo el que poseía *imperium*”, “es decir, el derecho de mandar en nombre de la comunidad” (T. Mommsen, *op. cit.*, págs. 144 y 145).

<sup>69</sup> Guillermo FLORIS MARCADANT, *op. cit.*, pág. 144.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 56 y sig.

<sup>72</sup> *Id.* pág. 57.

<sup>73</sup> *Digesto*, I, I, 7 § 1.

<sup>74</sup> Tito LIVIO, *Historia de Roma*, V, 36.—Véase también: IX, 19.

<sup>75</sup> J. DECLAREUIL, *op. cit.*, pág. 69.

<sup>76</sup> *Instituciones*, I, II, § 1.

<sup>77</sup> Will DURANT, *The Story of Civilization*. T. III, *Caesar and Christ*, Simon and Schuster, Nueva York, 1944, pág. 95 y sig. (la trad. es nuestra).

<sup>78</sup> Michel VILLEY, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, nueva ed., Dalloz, París, 1962, pág. 30.

<sup>79</sup> G. FLORIS MARCADANT, *op. cit.*, pág. 56.

<sup>80</sup> SCHULZ, *History*, pág. 62. La prueba se prolonga hasta la pág. 69.

<sup>81</sup> *Id.*, págs. 69 y 70.

<sup>82</sup> *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1968, pág. 478.

<sup>83</sup> *Digesto*, 50, 17, 1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

<sup>84</sup> T. VIEHWEG, *op. cit.*, pág. 128.

<sup>85</sup> U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 111.

<sup>86</sup> FRITZ SCHULZ, *History*, pág. 70.

<sup>87</sup> *Id.*, pág. 44.

<sup>88</sup> FRANCISCO de P. SAMARANCH, “Prólogo” a *Sobre las leyes de Cicerón*, Aguilar, Buenos Aires, 1966, pág. 11. En *De legibus*, I, 3, escribe Cicerón: “Yo no rehusaría,



según la costumbre de nuestros mayores, a atender a consultas sentado en un sillón de magistrado”.

<sup>89</sup> J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, pág. 31.

<sup>90</sup> En la Carta *ad Atticum* XII, 52, sostiene que no hay un conocimiento cierto sino tan sólo probable.

<sup>91</sup> *De legibus*, I, XV: *est enim unum ius*.

<sup>92</sup> *Id*, I, XIV; véase I. 10: “el *ius* se funda, no en la opinión, sino en la naturaleza”.

<sup>93</sup> Véase la nota 58.

<sup>94</sup> *De legibus*, I, V.

<sup>95</sup> *Ibidem*: “*natura enim iuris explicanda nobis est*”; “*tota causa est universi iuris*”.

<sup>96</sup> Francisco de P. SAMARANCH, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>97</sup> *De re publica*, I, 2.

<sup>98</sup> *Id*, II, 16.

<sup>99</sup> *Id*, III, 22.

<sup>100</sup> *Id*, V, 3.

<sup>101</sup> *De legibus*, I, 6.

<sup>102</sup> *Id*, II, 4.

<sup>103</sup> *Id*, I, 9.

<sup>104</sup> *Id*, I, 7.

<sup>105</sup> *Id*, I, 12.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Huntington CAIRNS, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Johns Hopkins, Baltimore, 1949, pág. 133 (la trad. es nuestra).

<sup>108</sup> *De legibus*, I, 11.

<sup>109</sup> *Id*, II, 5.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> Véase el II, 2 y 3.

<sup>112</sup> Véase el III, 1.

<sup>113</sup> H. CAIRNS, *op. cit.*, pág. 129.

<sup>114</sup> U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 118. SCHULZ (*History*, pág. 99) reconoce que: “La edad heroica de los genios creadores y de los atrevidos exploradores termina con la República”.

<sup>115</sup> J. ARIAS RAMOS, *op. cit.*, t. I, pág. 5. Véase allí mismo la nota 4.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> C. FLORIS MARGADANT, *op. cit.*, pág. 59 y sig.

<sup>118</sup> C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del Diritto e degli istituti giuridici romani*. Vita e Pensiero, Milán, 1937.

<sup>119</sup> *Id*, pág. 73. La traducción es nuestra.

<sup>120</sup> *Id*, pág. 44.

<sup>121</sup> *Id*, pág. 41 y sig.

<sup>122</sup> *Id*, pág. 65.

<sup>123</sup> *Id*, pág. 45.

<sup>124</sup> *Digesto*, I, 1, I, 2.

<sup>125</sup> C. A. MASCHI, *op. cit.*, pág. 169.

<sup>126</sup> *Id*, pág. 170.

- <sup>127</sup> *Id.* pág. 170 y sig.
- <sup>128</sup> Citado por MASCHI, *op. cit.*, pág. 158.
- <sup>129</sup> *Id.* pág. 185.
- <sup>130</sup> *Topica*, 4. Citado por VON JHERING, *op. cit.*, t. II, pág. 90, nota 121.
- <sup>131</sup> J. ARIAS RAMOS, *op. cit.*, t. I, pág. 35.
- <sup>132</sup> *Digesto*, I. I. 1, pr.
- <sup>133</sup> Véase nuestras *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1973, págs. 122, para la noción de justicia de Aristóteles, y 291 a 297, para la de Santo Tomás.