

La fuente de Derecho Romano ante el hecho social

POR GASTÓN LEONARDO MEDINA (*)

Sumario: 1. El hecho social. — 2. Nociones fundamentales. — 3. Lucha entre patricios y plebeyos: El paradigma social. — 4. La fuente de derecho en la época monárquica. — 5. La fuente de derecho en la época Republicana. — 6. Conclusión. — 7. Bibliografía. 8. Otras fuentes consultadas.

Resumen

La presente exposición tiene por supuesto la opinión según la cual detrás de las normas subyace siempre un hecho social, cuya apreciación, en su dimensión tempo-espacial, resulta un paso previo y necesario para la cabal comprensión de aquellas. Siendo ello, precisamente, el quid del principio de evolución jurídica, el cual, determinará el método histórico-sociológico aplicado.

Así, a la luz de dicho método, partiendo del estudio de los fenómenos políticos y sociales más relevantes de la historia del pueblo Romano, intentaremos arribar al conocimiento del fenómeno jurídico, considerando, a ambos aspectos, como componentes de una única realidad integradora de mayor dimensión llamada Cultura. En este sentido, analizaremos la evolución jurídica de las fuentes de Derecho Romano, partiendo, desde la forma más simple de la estructura social, hacia la más compleja -*familia, gens, curia, tribu, pueblo*- describiendo los factores y caracteres que, en cada etapa histórica, coadyuvaron al establecimiento de una determinada forma de constitución político-social, correlativa a un modo particular de manifestación de la regla social y a una relación de autoridad específica. Todo ello, desde la firme convicción de que en la familia y en la gens es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica de Roma: La reina de las ciudades.

Palabras claves: Derecho romano - Fuentes - Patricios - Plebeyos

Abstract

This presentation is for estimate the view that lies behind the rules is always a social fact, the appreciation in its space-time dimension, is a prerequisite and necessary for full understanding of those. This being precisely the crux of the principle of legal developments, which will determine the historical-sociological applied. Thus, in light of such a method, based on the study of phenomena relevant political and social history of the Roman people, try to arrive at knowledge of the legal phenomenon, considering both aspects as components of a single reality more inclusive dimension called Culture. In this sense, we will analyze the legal evolution of the sources of Roman law, starting from the simplest form of social structure, to the more complex -family, gens, curia, tribe, pueblo- describing the factors and characters in each historical period, contributed to the establishment of a particular form of socio-political constitution, corresponding to a particular mode of manifestation of social rules and a list of specific authority. This, from the firm conviction that the family and the gens are able to discover the seeds of political and juridical organization of Rome: the queen of cities.

Keywords: Roman law - Sources - Patricians - Plebeians

1. El hecho social

La presente exposición tiene por supuesto la opinión según la cual detrás de las normas subyace siempre un hecho social, cuya apreciación, en su dimensión tempo-espacial, resulta un paso previo y necesario para la cabal comprensión de aquellas.

(*) Docente de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Como afirma el maestro Bonfante: “(...) el Derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la conciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo a pueblo”(...) (Bonfante, 1951:9).

Siendo ello, precisamente, el *quid* del principio de evolución jurídica.

Así, a la luz de dicho principio, partiendo del estudio de los fenómenos políticos y sociales más relevantes de la vida del pueblo romano, intentaremos arribar al conocimiento del fenómeno jurídico, considerando, a ambos aspectos, como componentes de una única realidad integradora de mayor dimensión llamada Cultura.

En este sentido, analizaremos la evolución jurídica de las fuentes de Derecho Romano, partiendo, desde la forma más simple de la estructura social, hacia la más compleja -*familia, gens, curia, tribu, pueblo*- describiendo los factores y caracteres que, en cada etapa histórica, coadyuvaban al establecimiento de una determinada forma de constitución político-social, correlativa a un modo particular de manifestación de la regla social y a una relación de autoridad específica.

Todo ello, desde la firme convicción de que en la familia y en la gens es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica de Roma: La reina de las ciudades.

2. Nociones fundamentales

En un sentido estrictamente jurídico, la expresión fuente de Derecho Romano es empleada para significar, ya sea la fuente de conocimiento del derecho vigente en Roma -cuya utilidad es posibilitar el estudio científico de los institutos jurídicos-, o bien, ya sea la fuente de producción del Derecho Romano, entendido éste, como conjunto de reglas, orales o escritas, destinadas a regir o regular la vida romana en sociedad, es decir, la conducta social. (1)

Es este último sentido, el de fuente positiva de derecho -puesta por los órganos de la comunidad-, productora de reglas de conducta social, por cierto, imperativas y coactivas, será el abordado y desarrollado en los acápites siguientes?

Sentado lo dicho, la doctrina *romanista* ha distinguido dos clases de fuentes positivas de Derecho Romano; por un lado, las de derecho oral (*ius non scriptum*) (2) como las llamadas “*mores maiorum*” (3) y, por el otro, las de derecho escrito (*ius scriptum*) (4) como la célebre Ley Decenviral -Ley de las XII Tablas-, la ley comicial, el plebiscito, el edicto de los magistrados, entre otras. Las fuentes escritas imperiales, por su parte, no serán objeto del presente trabajo.

Así, al tener las fuentes por fin regular la conducta de los hombres en su devenir histórico-social, el conocimiento de la organización gregaria en Roma y sus relaciones internas, surge como cuestión previa insoslayable. Allí vamos.

3. Lucha entre patricios y plebeyos: El paradigma social

La historia de las fuentes de Derecho Romano, admite un desarrollo evolutivo desde formas más simples hacia otras más complejas, y ello se vincula, por cierto, a un mayor grado de evolución de la “*iurisprudentia*” (5). Sin embargo, resulta innegable, que un factor determinante de dichos cambios ha sido la cuestión social conocida como “*lucha entre patricios y plebeyos*”.

(1) “Las fuentes son los hechos que originan el derecho o lo exteriorizan, (...) o bien son los hechos que sirven para conocer el derecho.” Cfr. Ambrosioni y Tabak (1981:25).

(2) Cfr. Institutas 1,2,3. Ulpiano; Digesto 1,1,6,1; Gayo, Digesto 1, 1, 9 1889.

(3) Etimológicamente “*mores*”, que deriva de “*mos*”, significa rito, que aplicado al derecho, hace referencia al rito jurídico. Sin embargo, dichos términos, también fueron usados para designar costumbres sociales extrajurídicas.

(4) Cfr. Gayo I,2; Gayo I,3; Gayo I,4; Gayo, I,5; Gayo I,7; Institutas., 1,2,3. 1889.

(5) Según la clásica definición de Celso, “*Ius*” y asimismo “*Iurisprudentia*”, son “*Ius ars boni et aequi*” es decir es “el arte de lo bueno y equitativo” Ulpiano. Digesto 1,1,1, 1889.

Durante la Monarquía: “(...) la sociedad estaba dividida en clases perfectamente diferenciadas, la de los patricios, que gozaban de todos los privilegios acordados a la aristocracia por el derecho público y privado, y la de los plebeyos, sometidos a una injusta inferioridad jurídico-social. Este estado de cosas dio origen a una lucha de clases que, por mucho tiempo, caracterizó a la historia de Roma (...)” (Peña Guzmán y Arguello, 1962:14) (6).

En la República, con el avasallante poderío territorial y político de Roma, convertida en un gran Estado y transformada la economía minifundista popular en grandes latifundios detentados por la aristocracia patricia, dicho conflicto se intensificó.

Podemos afirmar, sin temor a equívocos, que los diferentes estadios experimentados por la fuente de Derecho Romano, se hayan condicionados por el resultado de la pulsión de poder entre ese antagonismo social, económico y político.

Así, la máxima conquista atribuible a la cuestión plebeya, ha sido el logro del traspaso de una fuente oral de Derecho, la más antigua y, como veremos más adelante, la más parcial y arbitraria, a otra fuente escrita, común e igualitaria; por todos conocida mediante la publicidad ínsita en la literalidad- y para todos vinculante, sea patricia o plebeya la condición de sus destinatarios.

En este orden de ideas, la sanción de las “XII Tablas” -“*Legem decimosecundum tabularum*”- (450/451 a.C) (7) representa -amén de ser una de las más importantes conquistas- un auténtico paradigma de novación fontal hacia un modelo “*scriptum*” de derecho común e igualador; inaugurando un proceso del que participaran otras publicaciones, como el “*ius flavianum*” (8) y el “*ius aelianum*” o “*tripertita*” (9). Senda por la cual, el “*ius*” tomó conocimiento público, perdiendo su carácter esotérico e inició un marcado tránsito de laicización o separación temprana del “*fas*”.

Asimismo, desempeñando un papel protagónico, entró en gravitación la ley comicial -“*Lex Rogata*” (10) - como fuente escrita de Derecho nacida de las asambleas populares.

Con idéntico alcance, se enarboló como síntoma de cambio, el reconocimiento a los plebeyos del derecho a reunirse en asambleas a fin de regular los intereses relativos al sector, dándose vida a las asambleas denominadas “*Concilium Plebis*” (494 a.C), cuyas disposiciones -limitadas en un principio solo a los plebeyos- paulatinamente, serán equiparadas a la ley, por el general carácter vinculante de sus efectos, dando paso al nacimiento de una nueva fuente escrita de derecho, el “*Plebiscitum*”. (11)

No podemos dejar de mencionar, como hecho histórico significativo en el mentado proceso de reforma, la aparición, en el escenario jurídico-político, del *Praetor* (367 a.C), quien vino a desempeñar un rol condicionante y esencial en el cambio que operó la fuente de Derecho Romano, en simultaneo con la transmutación de la idea misma de “*Ius*”, ahora relacionada, por influjo del Derecho de Gentes

(6) Cfr Peña Guzmán y Arguello (1962:14).

(7) En el año 462 a C, el tribuno de la plebe Cayo Terentilio Harsa, propuso un plebiscito para obtener un “*ius scriptum*” de aplicación común a patricios y plebeyos, proyecto que mereció la fuerte oposición del Senado, pero sin perder por ello su carácter de hecho antecedente de la ley decenviral

(8) En 304 a C el hijo de un liberto lictor llamado Cneo Flavio publica las fórmulas de las *Legis Actionis* y el Calendario.

(9) En el 198 a C. el jurisconsulto y cónsul Sexto Aelio Peto publica las tablas de la Ley, las formulas verbales procedimentales y el Calendario.

(10) Sin dudas, la fuente de mayor importancia durante la República.

(11) Palabra derivada de los vocablos latinos “*plebs*” (plebe) y “*scitum*” (decidido). Ya desde la ley Hortensia (287 a.C) - que elimino la necesidad de la auctoritas patrum- los plebiscitos habían quedado equiparados a las leyes comiciales. Sin embargo, podemos afirmar que el proceso de equiparación data de mucho antes, ya que el jurisconsulto Aulio Gelio _ citando a Capítón _ define a la ley como “lo que el *populus* o la plebe establece para todos, a propuesta de un magistrado”. (Aulio Gelio, 1955, Libro X, cap. XX)

(*Ius Gentium*), al espíritu (*ratio*) de justicia igualitaria y común (aequitas) (12), en busca de una solución al caso concreto, y alejado del rigorismo solemne y divino, que tanto caracterizó a la fuente de Derecho Quiritario (*Ius Quiritum*) de la época primitiva. Surgiendo, de este modo, una nueva fuente escrita de derecho Republicano: El “*Edictum*”, emanado del poder (*imperium*) (13) del Pretor.

Lo cierto, es que dichos cambios en la cultura jurídica, serían inconcebibles sin un hecho antecedente, de dimensión social, que le sirva de causa. Un ejemplo innegable lo constituye el intento de secesión (apartamiento político) por parte de la plebe en el año 495 a.C, cuyo desenlace, derivó en esta catarsis de cambios en relación a la fuente o modo de establecimiento de la regla social.

Sentado lo dicho, en los siguientes acápites describiremos las características más sobresalientes, de la fuente positiva y reguladora de derecho, durante los períodos monárquico y Republicano.

4. La fuente de derecho en la época monárquica

Como ya adelantamos, conforme la división de las fuentes seguida por la doctrina tradicional, existen dos clases de fuentes positivas de Derecho romano, conforme el modo de establecimiento de la regla social: La fuente oral (*ius non scriptum*), y la escrita (*ius scriptum*). En este orden de ideas, siguiendo al maestro Bonfante, cabe afirmar que “(...) *se distinguen dos modos fundamentales para establecer el Derecho: la costumbre y la ley*”. Así, “*ius scriptum es la ley, y ius non scriptum es la costumbre* (...)” (Bonfante. 1951:22)

Durante la época de la monarquía (753 aC – 509 aC), (14) correlativa al Derecho Romano Arcaico o Quiritario (15), la fuente de derecho por excelencia fue de manifestación oral -no escrita-, con un arraigado fundamento en la moral de las costumbres, de origen ancestral e inmemorial, y legada o transmitida, de generación en generación, por medio de la palabra y la dramatización escénica.

Así, se reputará moral, aquella conducta, que obedezca a las buenas costumbres, es decir, a esa manera tradicional de conducirse o actuar, impuesta por las reglas orales de la tradición (*mores maiorum consuetudo*).

Se habla, en este sentido, de la existencia de un orden impuesto por la tradición, siendo oportuno preguntarnos sobre la idea romana en relación a esa forma de autoridad.

Nos explicamos: para los romanos, la tradición es una autoridad suprema, tan impersonal como inmemorial, que no se identifica con la autoridad propia y personal de un jefe, sino con aquella que reposa en la confianza en los ancestros. Una autoridad absoluta e inquebrantable, plenamente eficaz, que es cumplida y respetada de manera espontánea y natural por el colectivo, al igual que el natural respeto que nace, en toda época, de los entrañables lazos de familia. Autoridad esta que, como si lo dicho no bastara para comprenderla, posé fundamento divino y rango de religión -mediante el rito religioso doméstico o “*sacra privata*” - catapultándose desde el ámbito del hogar, al plano político e institucional, en donde adquiere la forma de culto oficial o “*sacra pública*”.

(12) Del vocablo latino “aequo”, que refería a un gran mar en calma, símbolo de la justicia social y la igualdad.

(13) Del verbo “imperare”, referido al trabajo del hombre sobre la Mater Tellus. Así, quien poseía dignidad para ordenar la tierra, podía asimismo, ordenar la ciudad.

(14) Si bien, etimológicamente, monarquía refiere al gobierno de uno, el poder absoluto del Rex, ha sido muy cuestionado por el historiador Niebuhr, para quien el eje gravitacional de aquella constitución política estaba representado por el Rey, el Senado y la Asamblea de ciudadanos. En igual sentido Iglesias. 1965, y Ambrosioni y Tabak Op Cit: 34.

(15) Cfr Bonfante (1951:10), quien distingue tres sistemas de Derecho romano: el Derecho Quiritario (*ius quiritium*), el Derecho Romano-Universal (*ius gentium*) y el Derecho Heleno-Romano (Romeo). En sentido similar, Ambrosioni y Tabak.(1981). Por su parte, Álvaro D’Ors, (1963) divide en cuatro etapas la vida del Derecho Romano: Arcaico (753-430aC), Preclásico (430-130aC), Clásico (130aC-230dC) Postclásico (230dC-530dC).

Dicho esto, cómo no respetar u obedecer las buenas y viejas costumbres aconsejadas por los ancestros, elevados a la categoría de dioses *Manes*? (16)(16) Cómo no observar el orden de la tradición, aquel sistema de reglas sociales impuesto por una relación de autoridad divino-ancestral, basada en profundas e inmemoriales creencias familiares, en virtud de lo cual, cada individuo se siente miembro de un colectivo mayor -la familia- a la que se mantiene unido por un vínculo sagrado llamado *agnatio*. (17)

Podemos aseverar, que durante el estadio monárquico pre-cívico, dominado por la gens (18) y la tribu, aquel fue el fundamento legitimador de la fuente de derecho y la razón de su eficacia vinculante. Sin embargo, con el establecimiento de la organización política y social en torno de la Ciudad ("*Civitas*") (19) -que transgrede a la mera forma urbana o "*Urbs*"- y la consolidación de una nobleza política de orden senatorial -el patriciado- con base en el linaje fundacional, surgió la costumbre de elegir a los miembros de las magistraturas y de los colegios sacerdotales, de entre esa aristocracia.

Así, aquella relación de autoridad natural, espontáneamente respetada y basada en la genuina confianza de que gozan los ancestros, aquel senil y preciado consejo de los abuelos, será ahora, una relación de autoridad impuesta por una oligarquía, de selectos linajes de familia representantes de una aristocracia detentadora de poder político, que será ejercido arbitrariamente sobre la masa popular plebeya. Ya que, si bien es cierto, que la plebe gozaba de estructura gentilicia, también es cierto que carecía del privilegio fundacional, lo que la colocaba al margen de las prerrogativas políticas, alcanzando solo tardíamente (hacia fines del S IV a C) y, luego de arduas y constantes luchas, su participación en el gobierno de la Ciudad.

En suma, durante la monarquía, indudablemente se es ciudadano en tanto y en cuanto se es *gentiles*, y la gentilidad originaria tiene linaje patricio. (20)

La configuración de la plebe fue condicionada, indudablemente, por los nuevos elementos que, desde afuera, se fueron incorporando gracias a la expansión territorial de Roma. Así, la plebe fue creciendo hasta constituir, la muchedumbre, el populacho, la masa excluida de los cargos públicos, sin el derecho de participar en las antiguas asambleas populares. Si se les reconoció alguna capacidad jurídica, solo fue de derecho común, "*ius gentium*" (21), si se les respetó la posesión de la tierra, se les negó la posibilidad de convertirse en propietarios civiles de ella. Debiendo pagar tributo y constreñidos por la leva militar. De este modo, al estar fuera del Pueblo Romano, fueron excluidos de las Curias -al carecer de "*ius sufragii*"-, del acceso a las magistraturas, al carecer de "*ius honorum*" -y del Culto Público- al no gozar de "*ius sacra*". Más fuera que dentro de la vida de Roma, ya que no integraban, en rigor de verdad, el Pueblo de Roma, al ser súbditos totalmente ajenos a las antiguas gens, curias y tribus patricias. (22)

(16) En el marco de la Sacra Privata o Culto doméstico, las familias y las gens romanas profesaban el culto a los muertos, lo que implicaba la devoción a los ancestros, que recibían el nombre de "manes", protectores del hogar familiar. También estaban los "penates" y los "lares", custodios de las despensas y circundantes fundos cultivados, respectivamente.

(17) Si bien "agnatio", etimológicamente significa "por nacimiento", en referencia a la forma más natural y antigua de incorporación de sujetos a la familia, en sentido jurídico, se identifica con una Sacra Privata común, con prescindencia del vínculo natural de la sangre.

(18) Que, etimológicamente, deriva del ario "gan" o "kan", quiere decir "engendrar".

(19) Comunidad ordenada a Estado libre. Equivalente de la "Polis" helena.

(20) Los "patricii", del vocablo "praeter" -del que también deriva pater- que quiere decir "primero" y hace referencia al que marchaba delante de la gens, por ser su jefe.

(21) Derecho común a los pueblos antiguos de la cuenca fértil del Mediterráneo.

(22) El proceso de integración plebeyo al gobiernos de la Civitas puede ordenarse así: Tribunado de la Plebe (494 a C) y Concilia Plebis (494 a C); Código común a ambos sectores -Ley de las XII tablas- (450/451 a C); Lex Valeria Horatia (449 a C) que sanciona fuerza legislativa general de los plebiscitos. Siendo confirmada más tarde por las leyes Publilia (339 a C) y Hortensia (287 a C); lex Canuleia (445 a C) autorizando los matrimonios mixtos;

Al lado de las asambleas de curias, estaba el Senado (23) que decidía en muchos asuntos públicos y, primordialmente, procedía a la formación de las leyes nuevas, ejerciendo un rol regulador de la voluntad popular mediante la *autoritas patrum*. (24)

Aquel orden social jerárquico piramidal -al que nos referimos- constituido por la gens, la fratria o curia, la tribu y, por último, la civis; donde el poder, en sus distintos niveles o estratos, era ejercido de modo centralizado y absoluto por un sujeto u órgano unipersonal -paterfamilias o jefe de familia propio iure, jefe de gens o familia comuni iure, curio o jefe de curia, curio maximus o jefe de tribu y, finalmente, monarca o Rex (25) de la civis- fue el soporte social más propicio para la consagración y conservación del régimen monárquico, constituyendo su piedra de toque.

Por otro lado, asimismo, cumplirá un rol funcional a dicho régimen político, el monopolio sobre el conocimiento del *Ius* y su *interpretatio (iurisprudentia)*, en manos de los sacerdotes del Colegio Pontifical, cuyos integrantes, designados por el Rex de entre los sumos sacerdotes de las treinta curias, significó, indudablemente, una relación de autoridad religiosa, concentrada, excluyente y exclusiva. (26) Como bien afirma el romanista contemporáneo Fernández de Buján: “*Si bien, la ‘iurisdictio’* (27) corresponde al Rex y, en la práctica, en los funcionarios reales en quienes aquel delegase su competencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los titulares actuaban asesorados por los juristas-sacerdotes, expertos conocedores del *Ius* que formaban parte del Colegio de los Pontífices.” (Fernández de Buján, 2006:14) (28).

De este modo, dichos sacerdotes serán los encargados exclusivos de interpretar y dar a conocer la moral impuesta por la costumbre de los ancestros, mediante un exclusivo asesoramiento personal. Las “*mores maiorum*” “dirán” lo que estos interpretes decidan; por consiguiente, aquella autoridad natural, devenida de la “*fides*” inmemorial en los ancestros, cuya eficacia, era el resultado del acatamiento espontáneo de toda una generación, será ahora, la autoridad de los que ejercen el poder político.

Una vez más, en la historia del Hombre, dos sistemas, el de pensamiento y el de fe, Razón y Dogma, ejerciendo con eficacia admirable, un rol articulador y funcional al mantenimiento y consolidación del poder establecido. Distanciándose, así, del genuino espíritu del pueblo.

Tribunado militar con potestad consular (443 a C); Cuestura (421 a C); la lex Licinia (367 a C) posibilitara el acceso al Consulado y la participación de la plebe en la distribución del “ager publicus”; Edilidad Curul (366 a C); censura (356 a C); pretura (337 a C). Por la Lex Genucia (342 a C) se ordena que al menos uno de los cónsules deberá ser plebeyo. En 332 a C la Lex Ovinia abre el Senado a los plebeyos. En 300 a C, la lex Ogulnia reconoce al sector el derecho al sacerdocio (colegios de Augures y Pontífices), siendo Tiberio Coruncanio el primer plebeyo en llegar al cargo de “Pontifex Maximus” del Colegio Pontifical.

(23) Consejo de ancianos. Del vocablo latino “senex” que significa anciano.

(24) De “augere” que significa “aumentar”, en el sentido de completar, dar valor o perfeccionar un acto, en el caso, la voluntad popular. Durante el Principado, la auctoritas perderá vigor, sin embargo, el Senado conservara su poder mediante la consulta (“senatus-consultus”), en general, a instancia del Príncipe.

(25) El vocablo latino “rex” es el celto-irlandés “righ” (jefe de tribu) y el gótico “reiks”. Esta palabra significaba lo mismo que antiguamente el “Fürst” alemán (es decir, lo mismo que en inglés “first”, y en danés “försste”, el primero), jefe de gens o de tribu; así lo evidencia el hecho de que los godos tuvieran desde el siglo IV una palabra particular para designar el rey de tiempos posteriores, jefe militar de todo un pueblo, la palabra “thiudans”. En la traducción de la Biblia de Ulfilas nunca se llama “reiks” a Artajerjes y a Herodes, sino “thiudans”; y el imperio de Tiberio nunca recibe el nombre de “reiki”, sino el de “thiudinassus”. Ambas denominaciones se confundieron en una sola en el nombre de “thiudans”, o como traducimos inexactamente, del rey gótico Thiudareiks, Teodorico, es decir, Dietrich.

(26) Cfr. Arangio Ruiz op. cit., para quien “mientras la eficacia de la palabra que crea y defiende el derecho subjetivo está controlada por los ministros de la religión (pontífices), las relaciones con los dioses son concebidas bajo formas jurídicas”.

(27) Derivado de “ius edicendi”, que técnicamente alude a la facultad de determinar la ley aplicable al caso concreto.

(28) Cfr. Fernández de Buján (2006:14)

Estos sacerdotes, tenían a su cargo exclusivo la formación del calendario, que era secreto gracias a una la celosa custodia llevada a cabo por aquellos ministros, quienes cual oráculo divino, cada día darán a conocer la mensura temporal del devenir histórico; determinando la vida del pueblo, la duración de las magistraturas, las fiestas, los oficios, los “*dies fasti et nec fasti*”, la convocación de los comicios, la iurisdictio, y otros tantos aspectos relevantes de la vida civil y pública de Roma.

Así, las “*mores maiorum consuetudo*”, la más antigua de las fuentes, aquella que fuere establecida por el tácito consentimiento del pueblo (*tacito consensus populi*), mediante el uso repetido y confirmado en el tiempo, dejará de ser, para convertirse -paradójicamente- en la más arbitraria, parcial y selecta forma de autoridad. (29)

Si bien el advenimiento de los tribunales (*iurisdictio*) precedió, en la historia del Derecho romano, a la aparición de las Asambleas y su fuente (la *lex*) -fenómeno común a los pueblos antiguos- no es lícito inferir, en modo alguno, razón suficiente para legitimar el ejercicio irrestricto del poder en beneficio de un sector dominante y minoritario, por el sólo hecho de su temprana aparición. Y su pretense carácter sagrado, arrastra la misma insuficiencia para sanear aquel vicio profano de sentido oligárquico.

Siguiendo al profesor Fernández de Buján:

“(…) la Ley de las XII Tablas, aprobada en los primeros siglos de la República romana, constituye la primera referencia histórica, que conozcamos, de un conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso. La labor legislativa, caracterizada hasta ese momento por el secretismo y la ausencia de garantías, comienza a verse informada por los principios de certeza, seguridad jurídica, publicidad e igualdad ante la ley, que acaban siendo considerados consustanciales a todo Ordenamiento jurídico que aspire a la realización de la Justicia (...)” (Fernández de Buján, 2006:14)

Analizaremos ahora, en prieta síntesis, los cambios que experimentó la fuente positiva de Derecho, en su tránsito de la Monarquía a la República; centrando nuestra perspectiva en los hechos sociales que acompañaron dicho proceso.

5. La fuente de derecho en la época Republicana

Durante la República (509 aC - 29 aC), la fuente de derecho por excelencia será escrita (*ius scriptum*) y estará representada por lo que la romanística ha denominado “*lex*” que, en sentido amplio, denota no solamente “*lo que el pueblo romano constituye interrogado por un magistrado senador*” (30) es decir, la *lex rogata*, sino también, otros modos de manifestación positiva del *Ius*, como el plebiscito, el edicto del pretor ó el senadoconsulto, entre otras, toda vez que esos modos de establecimiento de la regla social, lograron el carácter de fuente formal o vinculante. Sin perjuicio de ello, en un sentido restringido, por “*lex*” debemos entender, la ley comicial o *lex rogata*, exclusivamente.

En esta etapa, la lucha entre patricios y plebeyos intensifica la eficacia de sus efectos en el plano político, religioso y legislativo. Y ello, ya que la revolución que expulsó a Tarquino el Soberbio y que tuvo como primeros magistrados -cónsules- a Bruto y Traquino Colatino, no fue en realidad, un genuino levantamiento popular, sino por contrario, un golpe de la aristocracia patricia, que de esta forma paso a controlar el gobierno de la ciudad, al atribuir exclusivamente, a los patricios, el privilegio del poder político. (31)

(29) “El derecho en los primeros tiempos, estaba dado por la costumbre y se caracterizaba por su marcado sello aristocrático que solamente lo hacía accesible a la clase dominante. Su conocimiento y aplicación era facultad exclusiva de los pontífices y se encontraba identificado con las normas del derecho divino. Cfr Peña Guzmán y Arguello. Op cit:14.

(30) Inst. 1,2,4.; Gayo 1.3 1889.

(31) Cfr. Peña Guzmán y Arguello Op. cit: 14 y 92.

En este último aspecto, en el año 462 a C, el Tribuno de la Plebe Cayo Terentilio Harsa, “*con el fin de sustraer a los plebeyos de las arbitrariedades de los magistrados patricios*” (32) propuso un plebiscito para obtener un derecho escrito de aplicación común a ambos sectores sociales, iniciativa que lógicamente, fue rechazada por el órgano que tenía a su cargo la defensa de intereses exclusivamente patricios: El Senado. Pero, no obstante, el impulso ya estaba dado y no tardaría mucho en dar frutos.

Dicha resistencia fue vencida en el año 455 a c cuando el Senado accedió al nombramiento de una magistratura extraordinaria compuesta de diez miembros llamada *decenviri legibus scribundi*, que asumió, en forma extraordinaria, los poderes de los cónsules a efectos de sancionar un cuerpo legal común.

Así, en una primera etapa, fueron redactadas diez tablas, que fueron expuestas públicamente y sancionadas por las Centurias. Más tarde, se sancionan otras dos tablas, cuyo contenido favoreció, con mayor eficacia, los intereses populares.

La importancia de estas “doce tablas” radica en que representó un cambio de paradigma fontal, hacia un tipo escrito, que dejara atrás el enclaustramiento de la fuente monárquica, al ser conocida por todos mediante su publicidad, revistiendo asimismo un nuevo carácter de regla común, aplicable a todos los integrantes de la sociedad, con prescindencia del linaje.

Las curias y las gens, rebajadas ahora a la posición de simples asociaciones privadas y religiosas, sobrevivirán algunos siglos.

Sin embargo, la asamblea de las Curias no correrá la misma suerte, siendo absorbida por la nueva asamblea por Centuria (33), que comprendía o excluía indistintamente a los individuos del patriado y del plebeyado, según su participación en las milicias y su riqueza, luego de la reforma social atribuida a Servio Tulio.

Cabe subrayar el carácter timocrático que adquieren las asambleas populares aun antes del advenimiento de la República. De modo tal, que no obstante las virtudes del sistema Republicano, en modo alguno significará el fin de las relaciones antagónicas de poder, toda vez que la nobleza senatorial, originariamente arraigada en el linaje, será ahora sustituida por otra, de carácter mercantil -con base en la riqueza- e integrada indistintamente por patricios y plebeyos.

Las tres antiguas tribus gentilicias fueron sustituidas por cuatro tribus territoriales (urbanas), cada una de las cuales, dividió administrativamente el territorio de la *Urbs*.

De tal forma, previo a que naciera la nueva forma Republicana de gobierno, el antiguo orden social, fundado en el linaje, fue abolido, dando paso a una nueva constitución político-social, una auténtica constitución de Estado, basada en la división territorial y en las diferencias de fortuna, y en donde el “status civitatis” no dependía del ingreso a consorcio gentilicio alguno. Pero -como ya dijimos- el conflicto social habido entre patricios y plebeyos que denominamos “cuestión plebeya”, no solo sobrevivió al devenir de la República, sino que intensificó su eficacia condicionante, sumergiendo a dicha forma de gobierno en un caos que, paulatinamente, habría de ver la luz bajo la forma de sangrientas guerras civiles que pondrán en jaque su mantenimiento.

Finalmente, la vieja antinomia patricio-plebeya, fue así sucedida -jamás superada- por otra, representada, por un lado, en la aristocracia terrateniente y la acaudalada clase comerciante de orden ecuestre, y, por el otro, en el sector popular integrado por el proletariado o masa empobrecida, cuyo inagotable enfrentamiento, se traducirá en cuentas y desgastantes guerras locales, que poco a poco erosionaran a la República hasta desgarrarla.

(32) Cfr Peña Guzmán y Arguello. Op.cit: 156.

(33) De “centuria”, compañía militar compuesta por cien hombres. Hacia el año 220 a C, el número de centurias fue incrementado considerablemente.

A partir del siglo III a C -luego de la sanción de la ley Hortensia- los plebiscitos quedan equiparados a las leyes comiciales, siendo aun más frecuentes que estas. Los Concilia Plebis -otroa, asambleas reservadas a la plebe- se convertirán en las nuevas asambleas generales del pueblo de Roma, conjuntamente con la asamblea por centurias.

Así, a la luz de estos comicios plebeyos, convocados y presididos por un Tribuno de la plebe, adquirirá forma una nueva asamblea popular: Los Comicios tribados (*Tributa Comitia*). Participaran en estos todo el pueblo, sin distinción de linaje ni riqueza, patricios y plebeyos por igual, siendo el órgano encargado del establecimiento de la fuente de derecho escrito en la República. Sin embargo, la preeminencia de la nobleza patricia y la plebe enriquecida no se debilitará, sino que, por el contrario, quedará consolidada, mediante una distribución desigual de los distritos electorales (tribus), (34) por lo que los Comicios por Tribus, a pesar de haber sido consagrados como expresión de la soberana voluntad del pueblo, luego de un largo peregrinaje evolutivo, finalmente claudicaran ante el curso natural y ordinario dentro del que se desarrolla la vida de la República, la lucha de clases.

Retomando lo dicho sobre la forma escrita de la fuente positiva Republicana, cabe señalar, que no obstante el advenimiento de la literalidad como técnica de expresión del Derecho, la costumbre, en modo alguno, fue desterrada del campo jurídico, sino que ambos modos coexistieron y se complementaron recíprocamente durante largos siglos.

Con el emperador Nerva (96-98), durante el Alto Imperio, llegara el fin de los comicios Centuriados y Tribados, por lo que la *lex*, como fuente escrita de derecho, seguirá la misma suerte.

Para el maestro Arangio-Ruiz, "(...) *ius* y *lex* son, para los romanos de la República, los dos términos de una antítesis; y su síntesis representa el derecho vigente (...)" (Arangio-Ruiz, 1952:2) (35).

Ambas fuentes, costumbre ("*usus*"; "*ius non scriptum*") y ley ("*lex*"; "*ius scriptum*"), coexistirán mucho tiempo; con seguridad hasta el advenimiento del bajo Imperio, cuando, por una constitución de Constantino, se determinó la sumisión de la fuente consuetudinaria, estableciéndose que de manera alguna podía prevalecer sobre la razón y la ley. (36)

No obstante ello, la jurisprudencia clásica, jamás desprecia a la fuente irreflexiva y atávica impuesta por el sentir popular a través del tiempo, sino que la acobijó fervorosamente, dedicándole cánticos y alabanzas, en la plena convicción de que (...) "*los hechos ejecutados por el pueblo, en el que radicalmente reside el poder de legislar, es la razón que hace que la costumbre inveterada ("inveterata consuetudo") se reputa una verdadera lex en sus efectos*" (...) (37).

Por su parte, la *iurisdictio*, formara ahora parte del poder máximo llamado *imperium* (38) siendo ejercido por los magistrados Republicanos mayores, ora ordinarios, ora extraordinarios; funcionarios laicos de la senda de los honores ("*Cursus Honorum*"), lectivos y responsables, llamados pretores (39).

(34) Adentrada la República, se sumaran otras tribus en los territorios circundantes a la Urbs, con el nombre de tribus rusticas, cuyo número fue 17, sucesivamente aumentadas, hasta alcanzar el número de 31, hacia el año 241 a C, haciendo un total de 35 (4 urbanas y 31 rústicas).

(35) Cfr Arangio Ruiz, op cit.

(36) Código, 8,53,2. Ulpiano, Digesto. 1,3,33 y 34; Hermogeniano, Digesto. 1,3,35; Paulo, Digesto. 1,3,37; Modestino, Digesto. 1,3,40. 1889.

(37) Institutas 1,2,9; Ulpiano, Digesto. 1,3,33; Ulpiano. Digesto. 1,3,34; Hergemoniano, Digesto. 1,3,35; Paulo, Digesto. 1,3,36. 1889.

(38) Dicho vocablo, en su sentido más arcaico, se refiere a la interacción del hombre con la naturaleza y los dioses. Trabajo de la tierra. Respeto de lo natural.. Dicho de otro modo, refiere al obrar del Hombre en el marco de una cosmovisión del mundo y de las cosas.

(39) Si bien el pretor es, durante este periodo, el titular de la potestad jurisdiccional por antonomasia, existían otros magistrados como cónsules, procónsules, tribunos de la plebe, ediles y cuestores que también ejercían la *iurisdictio*.

El dificultoso proceso de desacralización de la fuente de Derecho seguirá su curso, lenta pero inexorablemente.

En el año 367 a C, al mismo tiempo que se les reconocía a los plebeyos el derecho a ingresar al Consulado (*lex Licinia*), y a participar en el reparto del *ager publicus*, fue creada una nueva magistratura *populi romani*, que actuaría como colega *minor* del Cónsul, llamada Pretura Urbana. (40)

Ya adquirido su rango de magistratura independiente surge en el año 242 a.C, la Pretura Peregrina, para entender en controversias entre peregrinos o extranjeros. Hecho significativo, toda vez que evidenció el debilitamiento del carácter exclusivo y selecto de la fuente de Derecho en esta época.

Entre todos los magistrados que contaban con el "*ius edicendi*", solo el pretor y el edil curul, mediante sus respectivos edictos, serán computados entre las fuentes de derecho escrito (41), toda vez, que si bien dichos magistrados carecían de potestad legislativa, las disposiciones normativas contenidas en sus edictos anuales, adquirieron el rango de auténtica fuente formal o vinculante, con vocación de permanencia en el tiempo (edicto traslativo), gozando de un amplio campo de aplicación y vigencia, trastocando el antiguo derecho civil, solemne y riguroso, puliendo sus defectos, completándolo y optimizándolo, de conformidad a las necesidades de la nueva constitución político-social.

El llamado Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, dictado en época de Adriano (Hadrianus- siglo II, Dina. Antoniana), significó la cristalización de esa fuente escrita y la pérdida de su carácter versátil y dinámico, en aras del esclarecimiento de la fuente que, en los hechos, fue más promesa que concreta realidad.

La fuente de Derecho abandonó -finalmente- su carácter dogmático, adquiriendo rasgos de ley positiva puesta por órganos de la Comunidad, por mandatarios del pueblo. Mientras que la interpretación y aplicación del Derecho dejó de ser una "*técnica delicada de la cual solamente pocos hombres -originariamente, pocos sacerdotes- tienen el secreto*", para convertirse en la ratio jurídica que informará a casi la totalidad de los sistemas jurídicos modernos.

6. Conclusión

A modo de corolario del presente trabajo, nos creemos en condiciones de aseverar que en su acontecer histórico, el estudio de las fuentes de Derecho Romano evidencia el surgimiento de un derecho igualador con vocación de regla común, tendiente a equilibrar las diferencias y conflictos, surgidos de relaciones sociales en asimetría de poder, cuyo origen no escapa al proceso característico de las civilizaciones, en las que no se impone la igualdad y la libertad, sino a través de una cruenta marcha que la humanidad debe soportar, hasta que los elementos que están en pugna logren un relativo nivel, en los hechos, en las leyes y en las costumbres.

Así, el paradigma social, representado por la lucha de clases, que desde el estadio pre-cívico -caracterizado por la preeminencia de la familia y la gens- pasando por la *Civitas* -erguida en los primeros dos siglos como Estado monárquico y, más tarde, Republicano- constituye la clave de bóveda para la cabal comprensión de los diversos modos y caracteres de las fuentes de Derecho Romano, sobre el que dejó su marca, como signo inconfundible del devenir histórico.

7. Bibliografía

AMBROSIONI, Carlos E. y TABAK, Héctor J. Lecciones de derecho romano. Buenos Aires: Ábaco, 1981.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de derecho romano. Traducción de José M. Caramés Ferro a la 10a. ed. italiana. Buenos Aires: Depalma, 1952.

AULO GELIO. Noches áticas. Buenos Aires: El Ateneo, 1955.

(40) Como adelantamos, los plebeyos, recién podrán acceder a dicho cargo hacia el año 337 a C.

(41) Institutas 1, 2, 7. 1889.

BAUDÓN, Héctor Roberto. Evolución del espíritu de la obligación en Roma. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1912.

BONFANTE, Pietro. Instituciones de derecho romano. 2a. ed. Madrid: Reus, 1951.

D'ORS PÉREZ PEIX, Álvaro. Derecho privado romano. 2a. ed. Pamplona: EUSA. 1963.

DI PIETRO, Alfredo. Derecho privado romano. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "La administración de justicia: Órganos jurisdiccionales y judiciales", EN: Revista latinoamericana de derecho romano, Buenos Aires, 2006-1

GAIUS. Instituciones. Traducción y comentarios de Alfredo Di Pietro. La Plata: Librería Jurídica. 1967.

GRIMAL, Pierre. La civilización romana. Buenos Aires: Paidós, 2008.

IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Instituciones de derecho privado. 5a. ed. Barcelona: Ariel, 1965.

KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRUGGEN. "Instituta Digesto" EN: Cuerpo del derecho civil. Traducción de D. Idelfonso L García del Corral. Barcelona: Molinas, 1889.

LÁZZARO, Héctor Eduardo. Roma: Historia y derecho. La Plata: CED, 2004.

PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo. Derecho romano. Buenos Aires: TEA, 1962.

8. Otras fuentes consultadas

Vox: Diccionario ilustrado latino-español, español latino. 19a.ed. Barcelona: Biblograf, 1994.