

Las fuentes del derecho

Fuentes: Derecho civil: las *leyes*; el *plebiscito*; el *senado-consulta*; las *constituciones imperiales*; las *respuestas de los prudentes*. Derecho pretoriano u honorario: los *edictos de los magistrados*.

GEORGES BRY

En una visión general de su desarrollo consistirán estos apuntamientos sobre el derecho romano escrito, desde el punto de vista de su formación.

Fundada y colonizada Roma, su estado con respecto al derecho se nos antoja algo muy análogo y comparable a esa *tábula rasa* con la cual comparaban los escolásticos la mente primitiva del hombre. Roma estaba *sine lege certa, sine jure certo*. El aspecto social de Roma es bien sencillo y claro: tres tribus, rances, ticiences y lúceros; en cada tribu, diez curias; y en cada curia, la *gens* o familias patricias bajo la *autoritas* del *paterfamilias*. En torno de esta división, base y centro de la sociedad romana, agrupábase la clientela, elemento constitutivo después de la clase de los plebeyos, cuyas circunstancias de marcada inferioridad habría de llevarlos a la conquista de sus derechos y, con ella, a progreso del derecho mismo.

Así queda bosquejado lo que en el origen de las sociedades puede llamarse estable; lo inestable o relativo y contingente, régimen o forma de gobierno, está por aquella época representado en un rey, magistrado arbitrario, y en un senado, consejero suyo.

Dice el autor de nuestro texto, al definir el derecho no escrito, que este derecho tenía su fundamento en las costumbres; mas si el derecho escrito tuvo su origen en el no escrito, no vemos por qué no tuviera también, al menos en la generalidad de los casos, así fuese remotamente, su nacimiento en la costumbre. Si ello es así, no es del todo diáfano y preciso establecer la costumbre como término distintivo sustancialmente de ambos derechos. Cierto es que la costumbre llegó en ocasio-

nes a anularse para originar otra enteramente nueva, mediante una ley que la sancionaba o contrariaba, pero no era ésta la norma general, y bastante nos parece distinguirlos esencialmente aceptando la consagración, por el uso, del derecho no escrito y, por autor cierto, del derecho escrito.

Antes que éste comience a insinuarse con una concepción superior en la ley de las XII Tablas, no encontramos en el pueblo romano sino un concepto de fuerza más que de derecho, el implacable *jus strictum*; de egoísmo más que de filantropía y caridad, el *jus civile quiritium*, exclusivista e injusto.

En los albores de este derecho, que no venía a ser otra cosa que proyecciones indirectas de pueblos anteriores, no podía hallarse Roma tan satisfecha ni bien pagada con las leyes de entonces, embrionarias y conculcadoras; y después de aquel estado impreciso e incipiente, propio de toda infancia, en el cual no fue lo menos curioso que la moral se confundiese con el derecho, aparece la ley curiada, harto rudimentaria y deficiente. Así, frente a la fuente primera del derecho no escrito, la costumbre, se presenta la ley de los comicios por curias, primera fuente del derecho escrito.

En la creación de estos comicios vemos alborear un hermoso sentido del derecho, en que al capricho y veleidad de la costumbre quiere sustituirse esa concepción racional y suprema que, respetándolo, ordena el curso natural de los hombres a un fin superior, misión que es, a nuestro parecer, o debe ser, la mira y el objeto del derecho. Ya desde entonces tomaba relieve el concepto de una mayoría, y el voto apareció en cada curia. Aunque la entrada de los clientes en los comicios no ha pasado aún de ser una hipótesis o, menos todavía, una opinión, es altamente significativo y de considerable trascendencia que en el seno mismo de los patricios comenzara ya a triunfar el derecho de los más sobre el derecho de los menos.

Bry, a juzgar por el contexto, prefiere entre las dos opiniones, de aceptación o exclusión de los clientes en los comicios, la primera de ellas; lo cual nos parece incompatible con esta declaración que en seguida escribe el mismo profesor: los

clientes sufrían efectivamente el ascendiente de sus patronos, y el rey, los augures y todos los que en la confección de la ley participaban, pertenecían a la clase patricia.

Si los comicios no creaban un derecho nuevo, como Bry lo afirma, lo dudamos si no se trata de una creación definitiva y tangible. Pero sí nos parece verdadero aseverar que se hacía sensible el renuevo trascendente de un derecho hasta entonces imprevisto. La entrada de las *minores gentes* en los fueros invulnerables del círculo aristócrata, lograda por Tarquino el Antiguo, constituye el triunfo inicial del derecho que ennoblesce y nivela sobre la resistencia del augur inveterado.

Las leyes curiadas, desde Rómulo hasta Tarquino el Soberbio, han de tener fecunda resonancia en todo tiempo, por estar inspiradas casi todas en la fomentación de la agricultura, venero de riqueza y civilización; en el fomento del gobierno doméstico y en la importancia incuestionable de la guerra que así sea de fatal y de sangrienta, no debe escaparse en ningún tiempo, y menos si la paz existe, a la consideración de los pueblos. Sólo los Tarquinos, el Antiguo y el Soberbio, aparecen un tanto infecundos en este reinado, cuyas leyes no podían tener otra perfección que aquella muy relativa que a los tiempos y circunstancias convenía.

Servio Tulio había procurado llevar a cabo, por medio del censo, sus aspiraciones de restarle influencias al patriciado e ir acercando los plebeyos a los comicios. Sus medidas habían sido la división del pueblo, así patricios como plebeyos, en un orden jerárquico que decrecía en proporción de las riquezas: el primer grado correspondía a los más ricos y el último a los proletarios. Quedó el pueblo dividido en seis secciones, subdivididas a su vez en centurias. A la primera sección correspondieron noventa y ocho centurias y a la última sólo una. Si a cada centuria correspondía un voto, bien se ve que los ricos o hacendados quedaban prevaleciendo sobre la clase proletaria. Venía el dinero a constituir así un medio de levantar la plebe hasta el patriciado, al menos en cuanto a los plebeyos ricos.

Eficaz parece a primera vista la medida del justo rey, pues aparentemente se obviaba así la preponderancia de los patri-

cios; ya que, tocando a cada miembro de los comicios un voto, habían de triunfar los aristócratas en la riqueza, que eran los más. Sin embargo, esa eficacia era sólo una apariencia, porque, como lo sugiere Bry, la instintiva aberración contra el plebeyo indefenso era ya habitual, revolviéndose la población que iba surgiendo contra la plebe, masa impotente que en su propia inconsciencia se remansaba entre tanto, sin una creciente energía que oponer al auge del patricio.

Harto peregrina resulta en aquellos tiempos la intención de Servio Tulio. Los nobles bastante asegurados estaban en su aristocracia de nacimiento, para pretender arrebatárles el trono con una medida intempestiva y ligera, por sabia y meditada que fuese, y para aspirar a sustituirlos por una aristocracia constituida a fuerza de ases y que, al fin y al cabo, no tenía otra manera de vencer en los comicios que el recurso material de las centurias, o la fuerza del número que hoy decimos.

Si de los comicios curiados apenas puede decirse que trascendió a las posteridades una débil influencia, de los comicios centuriados puede aseverarse que refluieron en gran provecho de las instituciones por venir. En ellos apuntaron la milicia y las finanzas; y los combates internos y externos en defensa de Roma, igual que el desarrollo pecuniario, como consecuencia éste de las tendencias de Servio Tulio, dieron a una y otras una sólida organización que las leyes centuriadas moderaron.

De este tiempo, que podríamos llamar época de la inminencia de la República, subsistió el censo hasta Vespasiano, y también la división de Roma en las denominadas tribus rústicas y tribus urbanas, de donde los ciudadanos, clasificados según su domicilio, habrían de formar nuevos y distintos comicios, clasificables luégo en las fuentes del derecho.

El descontento y desenfado de la plebe empezaban a acen- tuarse de manera notable. La libertad abusiva, consagrada entre los patricios para mirar a su antojo los intereses del plebeyo, parece que comenzaba a moderarse. Pero frente a esa monarquía de clases, ertronizada a base de sangre noble, justifi-

cada como tántas monarquías en las circunstancias que rodean una cuna, con caso omiso de los merecimientos, seguía conmoviéndose la masa inconsciente pero escapada y brutal de los uncidos. Amenazada estaba la perpetuidad de los reyes. Un paso hacia el despotismo descabezado, a la libertad bien entendida, fue la imposición del Consulado, representado por dos cónsules que sustituían a los reyes, garantizando mejor los derechos. Aquí puede localizarse el comienzo de esa lucha de clases que caracterizó al pueblo romano en esta evolución del derecho, y que habría de prolongarse indefinidamente. Es verdad que los cónsules tenían igual potestad que los reyes y que unas mismas insignias los caracterizaban, pero la diferencia en cuanto al número y la duración había de ser de una gran trascendencia. Aun el cambio de nombre, si accidental e inconducente, tiene sin embargo una notable importancia desde un punto de vista psicológico; y tanto, que aquello de que el nombre no hace lo nombrado es dicho que la pasión suele encargarse de sacar mentiroso. Tal diferencia entre cónsules y reyes, *vocabulo, numero ac diuturnitate dignitatis*, restringía muy mucho la despótica manera que venía sucediéndose.

Este momento del derecho se particulariza por una curiosa vacilación, infantil como el derecho mismo de entonces. Muy natural era en el pueblo la aversión por las leyes reales que venían rigiendo; pero era también imposible una esterilidad jurídica, sin una ley y sin una norma. (Aquí de una pe- rogrullada: vivir sin leyes justas es tan imposible como vivir sin derechos). Consideró, pues, la inteligencia de aquel pueblo, y en esto consiste lo pueril, que mirando las leyes reales como costumbres heredadas de sus antepasados, dejaban por eso de ser aborrecibles, y aceptaron aquéllas que no contra- venían al carácter del Consulado. Es por esto por lo que en el Código de Cayo Papirio se hallan varias de ellas, que alien- tan en el derecho público y privado. A la ley consular se la llamó edicto.

No satisfizo a la plebe el régimen de los cónsules y, defrau- dada en su ambición, acudió al Monte Sagrado, que oyó su

queja y le concedió, para su bien, los tribunos del pueblo o magistrados que atemperasen el rigor de los edictos. A estos tribunos se aunaron dos ediles plebeyos, y los enviados del generoso Aventino convocaron lo que se llamó *Concilia Plebis*. De estos se pasó a los comicios por tribus, y el pueblo escalaba ya la altura en donde se abusaba de los derechos que se les negaban. Tal estaba realizada la República el año 345 de Roma.

Los plebiscitos, o expresión de las determinaciones oficiales de las tribus, produjeron el más encarnizado antagonismo entre los magistrados patricios y los magistrados plebeyos. Desdeñados aquéllos por éstos y recíprocamente, eran los dos extremos que chocaban y la aristocracia de los nobles disputada por la aristocracia del derecho. Las violencias propias de tan viva y profunda transformación se quisieron contener por la ley Arteria Tarpeya, que fue inútil a la conciliación de los partidos en pugna. Enviáronse a Grecia tres embajadores, y de Atenas y otras ciudades se trajeron leyes que vinieron a ser origen remoto de las XII Tablas.

Entre los años 300 y 303 de Roma parece que el pueblo se las hubo exclusivamente con estas leyes, al lado de las cuales ocurrió la creación de los decenviros, en vez de los cónsules y los tribunos; los cuales, encabezados por Apio Claudio, alcanzaron «una potestad suprema y constituyente». No era, sin embargo, el pueblo romano para adaptarse a leyes extrañas, porque ni los pequeños pueblos podrán sustraerse jamás a esa ley del derecho mismo, eterna y trivial aunque se ignora o desconoce en Colombia, según la cual la legislación ha de ser algo tan nacional como la lengua, algo tan vernáculo como la literatura propia, tan terrígeno como los aires nacionales. Roma se inquietaba, y si pudo acomodarse en parte con aquella legislación, se imponía no obstante a su naturaleza otra más conforme con sus usos y costumbres. El pueblo se valió, al efecto, de un desterrado de Efeso, y en el año 303 se elaboraron diez tablas que, completamentadas con otras dos, constituyeron las XII Tablas, y se reunieron en un código tan completo y fundamental que Livio lo llamó «fuente universal del derecho público y privado».

No era, con todo, tan peculiar este código que subsistiese en los siglos, y vino a ser un engendro greco-romano de perniciosa hibridez, útil apenas como un remedio improvisado para solventar la emergencia. Las XII Tablas definieron, al fin, condición civil y política de los plebeyos, quienes apenas si habían logrado que su libertad individual obtuviese favor entre los ediles y tribunos de su clase. Es del caso observar que la base del derecho civil había sido la ley de los decenviros, privilegio que a éstos les es reconocido a pesar de su rigor y aunque, caídos ellos por el odio popular, se sucediesen los días sin que apareciera la igualdad entre plebeyos y patricios.

De la ley de las XII Tablas apenas se conservan fragmentos. Restauradas por los tribunos militares después del incendio del año 368 y desaparecidas luego durante la irrupción de los bárbaros de Italia, mucho es que no hubiesen desaparecido totalmente.

La creación de las XII Tablas marca, con la caída de los decenviros, el episodio de Virginia y Apio Claudio y la restauración de los cónsules y tribunos de la plebe, lo que Leibnitz llamó la Infancia del derecho.

Algunas observaciones sería oportuno avanzar acerca de los fragmentos de las XII Tablas, que nos son conocidos; pero debemos reducirnos, más que a considerar las leyes en sí mismas, a inquirir su desenvolvimiento. Tarea demasiado larga sería, por otra parte, ya que de emprender el estudio de cada ley, habríamos de considerarla en relación con las demás. En tal caso, bástenos advertir solamente que las XII Tablas son todo un tratado de legislación universal, bárbaro unas veces, sabio las más, curioso en ocasiones, infantil y rudimentario siempre.

Si la plebe había logrado ya el reconocimiento de gran parte de sus principales derechos, ello no pasaba de ser un principio de éxito; un germen, muy avanzado sí, de su evolución definitiva. Los cónsules y tribunos de la plebe, antes que moderarse bajo las XII Tablas, proseguían en la aberrante labor de fomentar, más bien que sosegar, la lucha. Los plebeyos no habían alcanzado todavía que sus leyes se acataran

como expresiones de los escasos derechos que ya se les reconocían.

Convocada por los Magistrados a la plaza Proarrostris, la plebe se hacía partícipe cada vez más de las prerrogativas de la nobleza, arrancándolas de las manos de ésta. Ya no eran los plebeyos aquel conglomerado insensato, absorto bajo la fascinación de los augures. Después de una gran inquietud, los patricios definieron su oposición al declarar que no se someterían a unas leyes en cuya elaboración no había concurrido el sufragio de todos los ciudadanos. Pero este argumento de razón, alegado contra aquellos a quienes se había negado obstinadamente la ciudadanía, era más para provocar con su cinismo la locura popular que para convencer de mansa resignación a la plebe y procurar su asentimiento al desconocimiento de sus leyes.

Estas, o sea los plebiscitos, lograron imponerse un tanto con la creación de la ley Hortensia, instituida *ut quod plebs jussisset omnes quirités tenerent*. Este reconocimiento de los plebiscitos había sido perseguido por los cónsules populares Lucio Valerio y Marco Horacio y por el dictador Publilio, que con la ley de su nombre impuso a todos los romanos el acatamiento a los plebiscitos y la observancia de los mismos. Así había venido preparándose la ley Hortensia, citada ya, antes de la cual habíase ejercido una coacción en la plebe, con el cobro que el patricio le hacía al plebeyo deudor y con otros medios no menos innobles. Pero la venganza dice casi siempre relación a una imposición, si acaso no a una superioridad reconocida. La potestad de legislar estaba ya en poder de los plebeyos.

Eran organizadas ya las asambleas de la plebe, teniendo como base la organización de las tribus; asambleas que constituyeron una fuente, la más importante quizá, del derecho privado. Estos concilios vinieron a menoscabar, hasta destruirlos, los comicios, de los cuales apenas sobrevivía el *maximus comiciatus*, correspondiente a los comicios centuriados, cuyas resoluciones ya no examinaba el senado, y que, dicho

sea de paso, trascendieron notablemente así en la política como en el derecho público.

No dudamos que la costumbre, principalmente desde un punto de vista religioso, es la fuente general del derecho; y creemos que podría llamársela fuente primera suya, dejando la denominación de fuentes secundarias a las que son motivo de nuestro estudio. Remontándonos, en efecto, a los orígenes de la ley, vemos que su manera de evolución corre parejas con la constitución y caracteres de la liturgia primitiva que, antes de que la ley apareciera, venía siendo algo muy tradicional y característico. ¿Qué quieren decir, si no, las curiosas relaciones que hace Coulange en «La Ciudad Antigua»? Encontrar un expediente sobre derechos de sucesión entre los pergaminos de una sentencia sagrada, era tan natural para el romano como extraño y enfadoso para el abogado de hoy hallar la escritura o el título de venta involucrados entre las novenas y brevarios piadosos. Cicerón, influido por los antiguos códigos, dirige las primeras leyes que escribe a las relaciones del hombre con la divinidad y encamina su alcance a la veneración por los dioses. «Que nadie se acerque a los dioses si no tiene las manos puras; que los sacerdotes empleen en las comidas los artículos prescritos». Teníase como dogma que el derecho no podía conocerse si se ignoraba la religión, y en un tiempo los pontífices hacían de jurisconsultos. Como la forma del bautismo cristiano, cada palabra de los textos de la ley era intangible. El valor y la eficacia de las leyes no se hallaban en el espíritu del texto o interpretación racional de éste, sino en las palabras mismas. De ello parece una reminiscencia lo que hoy acontece en el campo donde ofician los doctores indoctos y los rúbulas innúmeros. Los legisladores antiguos lo fueron, pues, como escritores de la ley, mas no como creadores de ella; su origen era divino y no humano. Egeria y no Numa. Hoy mismo, tan bello ideal sigue siendo patrimonio de los hombres: Dios y no Moisés.

La importancia del pretor llegó a tal significación, que éste pudo reunir en su persona poderes del orden político, financiero, militar y civil; como legislador y como juez, influyó

grandemente en el derecho romano, creando por medio del *edictum* el derecho pretoriano, que fue saludablemente decisivo en el derecho civil y que tuvo notable desarrollo en los juicios de gran consideración.

Si el cargo de pretor era accesible de derecho al plebeyo, no lo fue de hecho hasta el 418, año en que Q. Publilius Philo, salido del corazón mismo de la plebeyez, visitó la *pretexa* y, rodeado de los 206 *lictors* que la tradición venía consagrando para el efecto, ocupó la silla-curul que para los suyos preparaba la segunda dignidad del imperio.

El aumento de pretores correspondió siempre a una adquisición territorial, y vemos que su número creció sucesivamente con las conquistas de la porción cartaginesa de Sicilia e Isla Cerdeña; de España, de Citinia, Cyrena, Creta y Siria.

La Pretura, abolida por Justiniano, no es cosa de poco momento. El derecho del mundo ha de ver en ella el acervo de las supremas concepciones del derecho, que venían incubándose espontáneamente entre los hombres, como una necesidad, y que convergieron en la sociedad romana: no solamente habiase realizado el derecho entre la clase antes violentada, sino queya partía de ella como fluido de su misma naturaleza y de su propio espíritu. Entonces fue el advenimiento de la ciencia jurídica, el *Jus Favianum*, recopilación del hijo de un liberto; la *Tripartita*; el *Jus Aelianum*. Los jurisconsultos aparecieron, y es memorable, por sus enseñanzas del derecho, Tiberio Coruncanio, primero entre los plebeyos que alcanzó al gran pontificado.

Parejas con la filosofía, el derecho, menos romano con la fuerza que iban tomando las doctrinas filosóficas de Grecia, amplio y elástico, hacíaase fácilmente asimilable para los pueblos que se anexaban a Roma; y no será muy aventurado decir que al derecho se debió en grandísima parte ese poder absorbente del gran pueblo, en aquel período que Wells llama la República asimiladora.

La corrupción y la arbitrariedad no demoraron en llegarse al corazón de los pretores, como fáciles aliadas de los que se sienten cabeza de los pueblos. No era la misión del pretor de-

cretar leyes, lo cual se le impedía, sino conceder acciones, no reconocidas éstas en el derecho civil. Por medio de las acciones, el pretor daba el derecho individual, mas no lo constituía. No legislaba, pero velaba por la aplicación de las leyes. Mas la práctica de este apostolado comenzó a degenerar perniciosamente, puede decirse que pasadas la expedición de algunas acciones importantes como la serviana, la calviciana, la publiciana, la expedición del edicto carboniano y la del interdicto salviano. Luégo, los pretores empezaron a flaquear desdiciendo lo dispuesto por sus antecesores. Sucediéronse en la Pretura ficciones, excepciones y otros procedimientos de sospechosa importancia, como la *bonorum possessio* que, al decir de un comentador, venía a ser la patición de herencia bajo los accidentes de otra denominación. El abuso de los pretores trajo como consecuencia el senado-consulta del año 585 de Roma, el cual nada pudo en su labor de depuración, y la ley Cornelia, año 586, que mandó al pretor respetase lo establecido en los edictos. Estos evolucionaron lentamente hasta constituir un código del derecho privado, pretoriano u honorario, cuya ductilidad concilió el pretérito con las edades por venir.

Y tocamos ya en la llamada Virilidad del Derecho. Apartándonos del profesor Bry, no diremos que a pesar de que el genio romano lograba triunfar con los progresos del derecho en la época clásica, se columbraban gérmenes de decadencia; sino que precisamente porque llegaba a su apogeo comenzaba a decaer, ni más ni menos que la misma Roma cuando alcanzaba los confines de la terrena grandeza. «Todo ideal alcanzado es un comienzo de muerte,» escribió Franz Tamayo.

El tránsito de la república al imperio ha quedado magníficamente definido en el libro poderoso de Guillermo Ferrero, sobre la grandeza y decadencia de Roma. En cuanto a la historia, no haremos de paso más que recordar que la época en que aquellos regímenes chocaron para desaparecer el uno bajo el otro, parece bien determinada por Julio César, tan grande y soberano cuando no lo diviniza la mentira de la fábula.

Apaciguada un tanto la ambición que la muerte de César trajo sobre los grandes de Roma, vino el segundo triunvirato, del cual pasó Octavio a ser primer emperador romano. El sobrino de Julio César, más equilibrado que éste, sin una mujer que lo arrebatase y sin aclamarse como un dios invencible, rechazó sabiamente la dictadura y con el nombre de *princeps*, menos imperativo, recogió en sí todo poder.

El senado, que había recobrado su autonomía en el período de Augusto, llegó a ser sustituido por el emperador y sus funcionarios en la administración. Por este tiempo el imperio estaba en los límites de su expansión, pero la caída de la moral y el egoísmo de los Césares asfixiaban el derecho. El pueblo no era ya legislador. Los senado-consultos reemplazaron el plebiscito y la ley de los comicios. El senado no hacía otra cosa que opinar, y sus conceptos iban a la consideración del pretor. Fue después de Adriano cuando los senado-consultos estuvieron firmes y autoritarios en materia de derecho privado. El emperador hacía parte del senado, en su calidad de censor y, con el título de *princeps senatus*, era el primero en votar y en determinar los votos de aquellos sin dignidad ni independencia. En el senado llegó, pues, a discutirse y votarse por mera formalidad; y tanto se impuso el querer del príncipe al senado, que los senado-consultos acabaron en llamarse «discursos del príncipe.»

Excepto el de Claudio, que se llamó macedoniano, los senado-consultos tomaban el nombre del cónsul que hacía la relación en el senado.

Fuente principalísima del derecho escrito fueron las constituciones imperiales, y tanto que hubo un momento de la historia en que ellas fueron único sostén del derecho. Se originaron cuando el senado fue sustituido por el emperador. Un poder omnímodo parece que fue el fundamento de la preponderancia imperial.

Bogotá, septiembre de 1928.

JESÚS ESTRADA MONSALVE
alumno oficial.

(Concluirá)