

DR 02 108

Derecho, Derecho Romano, título a propósito de las 12 tablas, autor Francisco Eugenio, profesor titular, fecha de grabación 19 de noviembre del 83, fecha de emisión lunes 31 de noviembre del 83. Buenas tardes, estimadas alumnas, estimados alumnos. Un saludo en este primer encuentro de los lunes del curso 83-84.

Tras las anteriores intervenciones del catedrático profesor García Garrido, seguidas estoy seguro con gran interés, me corresponde tratar hoy y en las dos emisiones siguientes de la parte del programa relativa a las fuentes del derecho. El tema de esta charla es a propósito de las doce tablas. Como indudablemente ya se sabe, el Derecho Romano es un derecho de respuestas jurisprudenciales más que un derecho de normas legales.

Es un derecho resultante de la autoritas, esto es, de la fuerza moral del jurisprudente. La más propia fuente de creación del Derecho Romano, su genuino manantial es la jurisprudencia. Los primeros jurisprudentes fueron los pontífices, intérpretes de la voluntad de los dioses y también de las costumbres que formaban el Derecho Arcaico.

Hemos venido a parar al Derecho Arcaico del que son sus intérpretes los pontífices. ¿Qué es el núcleo del Derecho Arcaico Romano? Precisamente la ley de las doce tablas. Luego hablaremos de en qué consistía la interpretación del derecho de las doce tablas que llevaban a cabo los pontífices.

Hablemos ahora de qué son las doce tablas. Primeramente, qué dice la tradición. Cuenta la leyenda que Terentilio Arsa, un tribuno de la plebe, en el 461 a. C. propuso el nombramiento de unos magistrados especiales para la redacción y publicación de unas leyes que resolviesen la situación de desventaja jurídica, por así decirlo, de los plebeyos.

El Senado, sigue la leyenda, se opuso inicialmente a tal propuesta, pero al fin fueron enviados a Atenas tres ciudadanos romanos con el fin de conocer las leyes de esta ciudad, que eran las leyes elaboradas por el sabio Solón. La embajada regresó a Roma y, en el año 451, se suprimieron las magistraturas ordinarias, incluida la del tribunado de la plebe, y se nombró una magistratura extraordinaria, el Colegio de los Decenviros, integrado por diez varones patricios. Los decenviros redactaron diez tablas de normas, que después fueron aprobadas por los comicios centuriados.

Más tarde se nombró un segundo decenvirato, del que formaban parte tres plebeyos. Este redactó otras dos tablas de normas que, arbitrariamente, ya no fueron sometidas a la consideración de los comicios. Las doce tablas quedaron expuestas en el foro.

La leyenda de Terentilio Arsa, que nos la cuenta Tito Livio, no es digna de crédito. Sin embargo, el año 450 a. C. sí puede ser considerado como la primera fecha cierta en la historia del derecho romano. Es el año de la publicación de la ley de las doce tablas o código de los decenviros.

El texto de esta ley se escribió sobre doce tablas, de madera lo más probablemente, que luego quedaron expuestas al público en el foro. Lamentablemente, estas tablas no han llegado hasta nosotros. Conocemos su contenido gracias a citas o transcripciones que datan de los últimos años de la República y primeros del Principado.

Las disposiciones de las doce tablas se refieren a cuestiones de proceso, de delitos y penas, de obligaciones, de familia y sucesiones, y están expresadas en términos sencillos y hasta rudos, propios del lenguaje arcaico, rígido y sin matices. Por vía de ejemplo, he aquí algunos de sus preceptos. Si alguien rompe un miembro de su cuerpo a otro, salvo que medie pacto o avenencia, se aplique la ley del talión, la ley de a tal daño idéntico castigo, ojo por ojo, etc.

La tabla 8.2 expresa esta idea así. Si membro un rusi, nicum neopacit, talio esto, se aplique el talión. Otro precepto.

El patrono que no cumpla su deber de protección al cliente, quede maldito. Esto es, quede expuesto a la venganza divina y privado y privado de la protección humana, tomando el sentido que el profesor Dorff da a la palabra sacer. La tabla 8.21 lo dice de este modo.

Patronus, si clienti fraude in fecerit, sacer esto, quede maldito. Un precepto más. Si el padre vende por tercera vez a su hijo, el hijo quede libre del padre.

La tabla 4.2 dice así. Si pater filium ter venunduit, equivalente a ter vendiderit, filius a pater liber esto, quede libre. Y hay un texto de las doce tablas que puede servirnos para explicar en qué consistía la interpretatio prudentium, la interpretatio de los prudentes del derecho que fueron originariamente los pontífices.

Las doce tablas en el referido texto 4.2 castiga, privándole de su potestad sobre el hijo, al padre que lo da en garantía lo vende durante tres veces consecutivas. ¿Cómo operó la jurisprudencia pontifical sobre este texto? Lo alargó por vía de interpretatio, lo instrumentalizó para hacer posible, mediante una triple venta simulada, la emancipación del hijo, su salida de la potestad paterna. Mediante la interpretatio jurisprudencial se consiguió que el texto de la ley, permaneciendo inalterable en su expresión, sirviese para la consecución de fines inicialmente no previstos en ella.

La interpretatio convierte la triple venta en un trámite, en una formalidad útil para la consecución de un fin nuevo. No significa, pues, aquí la interpretatio ningún tipo de explicación del sentido literal de una norma. Con la analogía y la ficción, la interpretatio, o desenvolvimiento de los preceptos jurídicos contenidos en las doce tablas, es uno de los recursos de que disponen los jurisprudentes romanos en su labor de creadores del derecho, del jus, del derecho jurisprudencial.

De estos recursos técnicos jurisprudenciales se ocupa el profesor García Garrido, amplía y claramente, en su obra, en el volumen dedicado a casos y decisiones jurisprudenciales. ¿La ley de las doce tablas, llamada también Código de Cenviral, el código redactado por los trece

enviros, es realmente un código? No. No es un código al uso.

No recoge un sistema completo de normas jurídicas vigentes. No es tampoco propiamente una ley. Es la hora de hacer una cierta referencia a la contraposición que en Roma existe entre l'ex y jus.

L'ex es lo establecido, lo aprobado por el comicio, la asamblea popular, si se trata de l'ex pública, o aún l'ex es lo convenido entre particulares, una cláusula contractual, si se trata de l'ex privada. En derecho público l'ex es la propuesta rogatio de un magistrado presentada al comicio y votada favorablemente. En la época posclásica, la l'ex, o en plural, las leyes, son expresión de la voluntad del emperador.

Las constituciones imperiales son las leyes. El jus, propiamente dicho, es otra cosa. En el derecho arcaico, el originario, que alude a las posiciones justas, a lo socialmente conveniente, a lo conforme con la voluntad divina, y en el que confluyen los principios morales y usos, prácticas sociales, costumbres de los antepasados, de los mayores, las mores majorum.

Las doce tablas no es, repetimos, propiamente una ley, en cuanto que no es expresión del imperium, del poder de mando. La ley de las doce tablas es la expresión del más antiguo jus, del originario derecho romano. En ella se recogen los usos o tradiciones jurídicas vigentes en el momento de su redacción y algunas innovaciones.

Las doce tablas son, como alguien ha dicho, Aranyo, los incunables del derecho romano, sus primores, el primer texto en el que el jus queda recogido. Este jus será luego desarrollado, desenvuelto, interpretado, en el sentido de ampliado, por la labor de los jurisprudentes. Las doce tablas confirman la verdad de un derecho romano planteado como derecho de juristas y no de legisladores o de legistas, porque el jus no es la lex, porque los creadores del derecho romano, con base en el jus recogido en las doce tablas, van a ser los jurisprudentes, y porque el originario jus de las doce tablas, desarrollado luego por la jurisprudencia, no admite fácilmente modificaciones legales.

Basta traer a colación aquí el hecho de las llamadas leyes imperfectas, o de las llamadas leyes menos que perfectas, leyes en suma que no privan de eficacia los actos con que se las contraviene, porque no es fácil modificar el jus, el orden jurídico tradicional, o el hecho de que en algunas leyes, en su parte final, en la Sanctio, por alusión precisamente al antiguo derecho intocable, se recoge una cláusula de impunidad, una cláusula declarando que no será castigado el transgresor del orden jurídico anterior en cumplimiento de la ley nueva, y es que lo fundamental en derecho romano no son las leyes, sino el orden jurídico originario, el jus, sobre el que se construye sin rupturas, sin derogaciones, el derecho sucesivo. Las doce tablas confirman por último la verdad del derecho romano planteado como derecho procesal. El derecho romano, ya se sabe, es un sistema de acciones, de remedios de reclamación procesal.

Un romano no dice tengo derecho, un romano dice tengo acción. El pretor en su edicto concederá medios de defensa procesal. Las doce tablas recogen las acciones llamadas de la ley,

las legis actio per sacramentum, la legis actio per pignoris capionem, la legis actio per iudicis arbitribus postulationem.

¿Hay quien opina, Murga, que los decenviros que la leyenda nos presenta como legisladores no serían sino jueces que recopilaron una práctica procesal? La interpretación del derecho contenido en las doce tablas correspondía al colegio de los pontífices. Como nos dice en un texto del Digesto, Digesto 1-2-2-7, Pomponio, un jurista clásico tardío. En efecto, la interpretatio, la analogía y la ficción son los tres recursos procesales de que se valen los jurisprudentes en su labor de creación del derecho.

La analogía es la aplicación de soluciones semejantes a casos semejantes y la ficción es la admisión como existentes de hechos realmente no existentes, tal como el paso del tiempo necesario para el usucapión. Las doce tablas significó que el derecho, celosamente monopolizado por el colegio de pontífices, integrado por patricios, quedara expuesto al conocimiento de todos, también de los plebeyos, y en ese sentido se ha podido presentar esta ley, este código, como una conquista, en el ius propiamente dicho, es el que se recoge en las doce tablas, un ius inalterable en principio, pero que va a ser ampliado por la interpretatio de los jurisprudentes y completado por vía de las disposiciones, edictos o decretos del pretor. Todo eso constituirá luego el ius vetus, al que habrá de contraponerse el ius novum, o como diríamos hoy, el derecho positivo, el de las leyes, el derecho de las constituciones imperiales.

Terminamos con un recuento de los puntos centrales de este espacio titulado a propósito de las doce tablas. Punto uno, fuentes del derecho y doce tablas. Punto dos, la leyenda de Terentilio Arsa.

Punto tres, el texto de las doce tablas, su redacción. Punto cuatro, algunos de sus preceptos. Punto cinco, las doce tablas y la interpretatio prudentium.

Punto seis, las doce tablas no son un código ni propiamente una lex. Punto siete, las doce tablas confirman la verdad de un derecho romano planteado como un derecho de juristas, como un derecho jurisprudencial. Punto ocho, las doce tablas confirman la verdad de un derecho romano planteado como un derecho de acciones, como un derecho procesal.

De este tema y de otros se trata en el pequeño libro de consulta titulado Breve historia de Roma al que se refiere el programa de la asignatura. Hasta la próxima semana.