
CURSO ELEMENTAL
DE
DERECHO ROMANO

SEGÚN EL MÉTODO Y DOCTRINA DEL PROFESOR DE LA FACULTAD
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PARÍS

PABLO FEDERICO GIRARD

En la tercera edición original francesa (1901) de su obra coronada por la Academia
de ciencias morales y políticas

(PREMIO KOENIGSWARTER)

POR

J. A. VILLAGOMEZ

PROFESOR DE DERECHO ROMANO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

CAPITULO SEGUNDO

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
LA REPÚBLICA

SECCION I.^a Orígen.—Las XII Tablas.

§ I.—*Instituciones políticas.*

37. La fundación de la República corresponde también al período de las leyendas, las que terminan con el saqueo de Roma por los Galos, año 390 antes de la era cristiana. No hay, pues, que ceñirse estrictamente á relaciones que, según la invariable estética de los Antiguos, imputan la caída de la realeza á la tiránica opresión de Tarquino el Soberbio, y á la impudicia de su crimen, que victimó á Lucrecia. Lo que con más seguridad puede afirmarse es que el trastorno operado en las instituciones romanas, procedió de un movimiento general, reproducido simultáneamente casi en todos los Estados colindantes, y que tendió á sustituir á los jefes vitalicios, sostenidos hasta entonces, por funcionarios anuales.

38. En efecto, el resultado casi exclusivamente directo de la ruina de la realeza, fue la traslación de los poderes políticos regios á dos funcionarios anuales, llamados más tarde cónsules. De la potestad regia se les quitó las atribuciones religiosas; mas, para que los dioses no retirasen de la ciudad sin reyes la protección dispensada á la ciudad real, se dejó en la antigua morada, la *regia*, un rey meramente religioso sin potestad alguna civil, *el rex sacrorum*. El sacerdocio, que hasta entonces fue de nombramiento real, en lo sucesivo se lo enroló por cooptación para los grandes colegios (pontifices, áugures, etc.), y por vía de nombramiento pontifical para los colegios inferiores y las vestales. Mas, en principio y en el orden laico, todos los poderes regios fueron de los cónsules, durante el año del ejercicio de sus atribuciones; durante él eran tan inviolables como el rey; tenían también como éste el mando en jefe de los ejércitos republicanos; la administración de justicia en lo civil y criminal; el derecho de convocar los comicios y el senado, y de nombrar senadores.

39. Este cambio de la constitución política, que se ha definido como la simple inoculación en élla de cierta modalidad jurídica, fué, sin embargo, suficiente para producir, por su solo esfuerzo y por el concurso de algunas reformas accesorias, la traslación de la base del poder, y aún para mejorar de un modo ostensible la suerte de la plebe, quien, no obstante las instituciones servianas, quedó por largo tiempo excluida de la efectiva participación de la autoridad, de la magistratura y del senado.

40. La constitución abrazó los mismos términos que antes: Magistratura, senado y comicios. Únicamente ha cambiado su respectiva situación.

El Senado subsiste como un cuerpo consultativo, nombrado por los cónsules, como lo fue antes por el rey; mas, ahora ejerce mayor influencia sobre funcionarios anuales, responsables á la salida de su cargo, que sobre reyes que fueron, durante su vida, inviolables. Los cónsules, para asegurarse, hábilmente le consultaban antes de emprender en actos tan importantes, como la proposición de leyes, tratados, administración, economía, etc. Esta fue una transición grave, aunque de hecho.

El cambio fue de derecho en lo tocante á comicios. Se distinguieron los siguientes: 1º Antiguos comicios por curias, en que la unidad de voto la constituye la curia, dentro de la cual simultáneamente votan los ciudadanos en *comitium*; 2º Comicios por centurias, en que la unidad de voto está constituida por la centuria, dentro de la cual se vota sucesivamente por clases, en el campo de Marte; 3º Nuevos comicios, establecidos en el intervalo de la fundación de la República á la época de las XII Tablas, en que la unidad de voto, es constituida por la tribu territorial, su-

fragando simultáneamente las tribus en el Foro.

Al lado del *poder legislativo*, cuyo germen se iniciaba en las decisiones concretas emitidas por las curias, acerca de testamentos, de adrogación, etc., los ciudadanos adquirían el *poder electoral*, ejerciéndolo por centurias en el nombramiento de cónsules, desde que los hubo, y el *poder judicial*, ejerciéndolo por centurias y tribus, según la gravedad de la infracción, en virtud de leyes cuasi coetáneas de la fundación de la República, que convirtieron para cierta especie de penas en obligatoria la *provocatio ad populum*, abandonada hasta entonces al arbitrio regio.

41. La Magistratura, por el contrario, tuvo límites desconocidos por los reyes: El carácter anual de las atribuciones que los cónsules ejercían, prestaba modos para perseguirles después del tiempo de su cargo; su dualidad, si bien cualquiera de los dos podía funcionar por sí solo, podía también verse paralizado ó contenido por la oposición del otro (*intercessio*). Hubo además tres restriccoines, que se nos presentan como contemporáneas de la infancia de la República: la creación de la cuestura, el reconocimiento del derecho de apelar ante el pueblo en materia criminal y el establecimiento del jurado en materias civiles.

1º La apelación, derecho de *provocare ad populum* de la condena á los comicios judiciarios, se nos manifiesta que fué establecida en materia capital, el año 245, por una ley dada desde los dos primeros cónsules, y extendida luego después para otras penas graves.

2º Los cuestores, aunque designados por los cónsules, administran el tesoro y la justicia criminal en virtud de delegación, pero de una delegación forzososa á que los cónsules están obligados, y que, por tanto, les arrebató una preciosa facultad de su poder.

3º Lo mismo acontece en lo civil. Antes, estatúa el solo en los procesos de los particulares, mas después, sea por los fundadores de la República ó por Servio Tulio, el magnánimo rey de la leyenda, se distinguió el *jus del judicium*; la obligación impuesta al magistrado de no estatuir el solo en los procesos vinculados ante él por el rito ceremonial, sino de remitirlos para su resolución ante un jurado elegido por los contendientes.

42º Aquellos reyes no fueron absolutos ni hereditarios. Sus atribuciones se limitaron por las facultades del senado de los patricios, y del común, por las instituciones nacionales y religiosas, y por los vínculos de la clientela. En la infancia de Roma, todo es sagrado: el derecho emana de los dioses; sólo á éstos incumbe la iniciativa de los actos y negocios humanos, y la ejercen mediante la casta sagrada de los patricios; las magistraturas hasta las supremas, son sacerdotales; Numa se proclama sobre una piedra

misteriosa; los cónsules, pretores y censores conservan en los tiempos que se sucedieron los auspicios; y el cielo responde á sus preguntas. El *pomaearium*, primer asilo del pueblo, es sagrado, y está orientado á imitación del cielo; sagrados son también los muros que lo circundan, y se considera como un crimen traspasarlos. Lo justifican las palabras atribuídas á Rómulo, cuando mató á su hermano Remo: "*Sic deinde quicumque alius transiliet maenia mea*.,.

43^o Los juicios eran solemnes: la clase sacerdotal había conseguido desarmar al pueblo, para que no se presentase en la ciudad armado; así los conquistadores del mundo fueron *gente togada*. Llamábase sacramento (*sacramentum*) el pleito civil, y suplicio (*supplicium*) la pena corporal; al paso que el hogar doméstico era considerado como un santuario. Pero la libertad humana prevaleció y ha prevalecido siempre en forma secular. (Cantú)

44^o Por pueblo se entendían las tres tribus, forma común de las antiguas sociedades; eran, ó de familia ó de lugar. Las de familia, unidas por su origen común, tenían cierta analogía con las castas; eran entre sí absolutamente distintas, no se unían por medio de matrimonios, ni desempeñaban las mismas dignidades; se podía descender, pero no elevarse de una á otra. Teniendo presente que las familias preceden al Estado, aquellas eran consideradas como elementos ineludibles de éste, y nadie pertenecía á la república que no procediese de una familia (*gens*) por legítima derivación. Sólo por circunstancias sociales se admitía algunas veces al hombre libre, ó también á una nueva parentela, á fin de cumplir el número ritual cuando otra se extingüía. Las tribus de lugar, al contrario, correspondían á la división de un país en distritos y aldeas; de modo que era de la tribu quien tuviese bienes en aquel circuito en el momento de la institución, y sus descendientes continuaban perteneciendo á ella aunque perdiesen ó enajenasen sus posesiones. Vino, pues, á formarse de este modo una especie de genealogía, si bien menos rigorosa; [Cantú]

45 Tan pronto como desapareció la realeza, el primer objetivo del aristocrático patriciado fue conservar los límites impuestos ya á las posesiones, ya á las instituciones; por lo cual se rodeó de ritos y se envolvió en auspicios, introdujo fórmulas de férrea precisión, y negó á la plebe los derechos del matrimonio, de la familia y de la propiedad. Exclusivo de los aristócratas el derecho de lanza (*jus quiritorium*) y de los augurios; únicamente ellos poseían la campiña, repartida con ceremonias religiosas, y cuyos límites fueron las tumbas. Cada una de estas partes de territorio fué circunscrita con límites religiosos, fuera de los cuales la propiedad civil no existía. Sin embargo, ya la religión se hizo política; el patricio, cual hemos visto, celebraba los ritos privados dentro

de su hogar, y hasta imponía al maldiciente la pena de muerte (*sacer esto*).

46 La familia constituía un lazo político y religioso demasiado rígido. El padre, el único independiente (*sui juris*), era el déspota de cuantos componían la familia: podía vender, castigar y matar á los esclavos, á los hombres en mancipio (*mancipium*), y á los hijos; si la mujer le era infiel, si bebía vino, podía matarla: el niño monstruoso era privado de la vida; los demás podían ser vendidos hasta tres veces, y aún cuando ocupasen un alto puesto en la ciudad, el padre tenía derecho para arrancarlos de la silla curul y de la tribuna y juzgarlos en su casa; la emancipación se tenía por castigo, puesto que el hijo no heredaba sino en cuanto era dominio del padre. ¡Qué poder en un padre semejante! El imperaba sobre su parentela, sobre los cleros entre quienes distribuía sus tierras para que las labrasen sobre los clientes que eran: ó antiguos propietarios sometidos, ó xtrangeros ó siervos fugitivos, acogidos al abrigo de sus lares; (Cantú).

47. Las inmediatas consecuencias de la (fundación de la República son la refutación de la doctrina, según la cual se afirma, que la ruina de la realeza fue una derrota para la plebe, despojada de la real protección y puesta á merced de la opresión patricia. Es verdad que el establecimiento de la República no abrió á la plebe, el sacerdocio, la magistratura, ni aún el senado; mas esto no fue una agravación de su suerte, puesto que ya la tuvo bajo la monarquía. En cambio, constituyendo ella el globo del pueblo, supo aprovecharse de todas las restricciones impuestas á la omnipotencia de los jefes del Estado, particularmente de las reformas introducidas en materia de justicia civil y criminal.

Además la plebe conquista en este período, por su guerra al patriciado, una ventaja directa y de importancia trascendental: su reconocimiento como una especie de Estado dentro del Estado, con magistrados y asambleas propias, cuyas decisiones hasta cierto punto se aplican para todos los ciudadanos. (1) Estos dos elementos de la sociedad romana: el patriciado y la plebe, puestos en pugna, caracterizaban respectivamente estos principios: el despotismo oriental, la unidad, la exclusión, la individual nacionalidad del patricio, en antítesis con el genio europeo de febril expansión, de progreso, de agregamiento, de absorción. A virtud del choque de estas dos fuerzas opuestas, impulsada Roma partirá á su glorioso destino: sin el patriciado habría perdido su originalidad; sin la plebe no habría conquistado el mundo (2)

48. A consecuencia de una escisión, de una amenaza de se-

(1) Mommsen—Der. púb.

[2] César Cantú

paración, obtuvieron los plebeyos que se creasen los *tribuni plebis*, quienes tenían á su lado á los *aediles plebis*; los primeros, investidos del precioso derecho de atajar, contener ó reprimir por su *intercessio* todos los actos de los magistrados que se ejecutaren en lo interior de Roma y en sus contornos. En este territorio civil, en el de su distrito, por oposición al territorio militar de Roma, los tribunos, bajo un punto de vista negativo, se hallaban en una situación equivalente á la de los cónsules sobre los que se habían calcado: si éstos fueron anuales también lo fueron aquellos. Según la opinión más autorizada, los primeros no fueron sino dos en los comienzos de su establecimiento á la manera de los segundos, pudiendo recíprocamente atajarse, reprimirse ó contenerse en el ejercicio de sus atribuciones; y así como los cónsules tuvieron cuestores, los tribunos tuvieron ediles.

Pero los tribunos no se limitan á un papel negativo. Desde el año 283, fueron electos por asambleas de la plebe distribuidas en tribus, á la que tomaron la costumbre de convocarla de tiempo en tiempo en un género de agrupaciones, que se designaron no por *comitia*, sino con el nombre de *concilium plebis*, y la hacían votar resoluciones ya de un carácter penal ya legislativo, acercándose más y más á los comicios legislativos y judiciales. Bajo el punto de vista penal, la hacían votar contra los patricios acusados de violación de derechos de la plebe, resoluciones que razonablemente no habrían debido tener más fuerza legal que los votos de censura emitidos por cualesquiera clase de reuniones privadas, pero que se reconocieron válidas aún desde antes de las XII Tablas. En lo legislativo, á proposición de los tribunos la asamblea plebeya vota resoluciones de orden general que rigurosamente no debían ligar sino á los plebeyos, pero que, desde nuestra época, parecen obligatorias para todos los ciudadanos, á condición de haber obtenido el previo asentimiento del Senado.

49. En fin, el acontecimiento más importante para la historia del derecho romano del primer siglo de la República, la codificación del derecho consuetudinario, fué debido al obstinado impulso de la plebe y de sus tribunos. Al parecer, los plebeyos á los patricios acusaban de conculcar la justicia y tergiversar el derecho, aprovechando de lo incierto, oscuro y aún misterioso de una legislación no promulgada. A fin de paralizar el mal, propuso el tribuno Terentilio Arsa en el año 292 el nombramiento de una comisión de cinco miembros, encargados de redactar un código, según el cual se administrara justicia. El Senado se opuso á prestar su consentimiento previo al proyecto de resolución del tribuno Terentilio Arsa; pero la plebe se sostuvo reeligiendo por el espacio de ocho años consecutivos á los mismos tribunos, y después de haber intentado aplacarla por otras concesiones, co-

mo la admisión de la ley Icilia del año 297, sobre adjudicación á los plebeyos pobres de los terrenos públicos del Aventino; cedió el Senado, en el año 300, consintiendo en una transacción. Para redactar sus leyes, las centurias debían elegir una comisión de diez miembros, los *decemviri legibus scribendis*, quienes, según la opinión dominante, pudieron ser escogidos de entre los plebeyos. Era este su primer paso á la magistratura. Por vía de compensación, todos los poderes debían concentrarse en los decemviro; la plebe consentía en la supresión del tribunado, de la provocación al pueblo, etc.

50. Parece que las elecciones no fueron inmediatamente verificadas. Muy verosímil es que hayan sido presididas del envío de una comisión á Grecia, ó á la Gran Grecia, Italia Meridional, de una comisión de cinco miembros encargados de estudiar las leyes helénicas. Fué únicamente al regreso de los comisarios, diez años después de la proposición de Terentilio Arsa, año 302, que se nombró á los decemviro para el año 303.

Los decemviro, todos patricios, entre los cuáles el más conocido Apio Claudio, en el primer año, redactaron cierto número de leyes que fueron votadas por centurias, y expuestas cerca del *comitium*, lugar en que se administraba justicia, grabadas en diez tablas de madera ó de bronce. Pareciendo aún incompleto el Código, á fines del año 303 se nombró á nuevos decemviro, entre los cuales se pretende que por vez primera tuvo parte la plebe designando á algunos de los suyos; algunas leyes nuevas éstos hicieron, pero quisieron eternizarse en el poder que lo conservaron desde fines del año 304 y por todo el 305. Apio Claudio, decemviro patricio, trató de ultrajar á la hija del plebeyo Virgino, quien, por salvar su honra, la mató: el pueblo se subleva, ataca á los decemviro; y con la sangre de una mujer casta surge la libertad del pueblo, como con la de Lucrecia había surgido la libertad patricia, y cimentado también su casi absoluta prepotencia, desarraigada por la perpetración de un vindicado crimen.

Arruinado el poder decemviral, se sancionaron por los comicios centuriatos esas últimas leyes, grabadas sobre dos tablas que con las diez primitivas formaron las afamadas leyes de las XII Tablas, (*Duodecim Tabulae, Lex Duodecim Tabularum, Lex Decemviralis*).

§ 2º Fuentes del Derecho.

51. El período que se extiende desde el establecimiento de la República hasta las XII Tablas, es el primero en que se encuentra ya un derecho que no es el consuetudinario (*jus non scriptum*), sino un derecho promulgado (*jus scriptum*). Se descubre

y se halla una verdadera ley, *lex*. Se pueden citar, como ejemplos de leyes centuriatas, la ley Valeria Horatia de *provocatione*, la ley de las XII Tablas, y tomando la palabra *lex* en un significado más amplio y reciente, comprende también á los mismos plebiscitos; plebiscitos tales como el de la ley Icilia de *Aventino publicando*.

La ley de las XII Tablas, la única de esas leyes en que es preciso insistir en un tratado de derecho privado, es para el romano, un monumento fundamental, en que aparece toda la actividad jurídica anterior y que ha imperado en todo el desenvolvimiento posterior de la legislación. La redacción de las XII Tablas marca para la historia del derecho romano un día tan imperecedero, como el de los poemas homéricos para la historia de la literatura griega.

52. Por largo tiempo, no quedaron las XII Tablas á la vista de los Romanos: las primitivas tablas no pudieron sobrevivir al saqueo de Roma por los Galos; si fueron de madera, hubieron de ser quemadas; si de bronce, arrebatadas como botín de guerra. En consecuencia, fueron reconstituidas como las demás actas públicas, fielmente sin duda en cuanto al fondo, pero en la forma rejuvenecido el estilo como efecto del tiempo de la reconstitución. Por su texto desprovisto de toda fecha precisa, han sido ellas materia de numerosas investigaciones; entre las cuales la más reciente remonta á la época de los Antoninos, al comentario de Gayo en seis libros; mas se cuenta que permanecieron fijadas ó elevadas en público hasta el siglo III de nuestra era.

Sin embargo, ningún ejemplar ni comentario nos han llegado íntegros, y para su conocimiento, nos vemos, en consecuencia, reducidos á citas incidentales pero numerosas, esparcidas en toda la literatura romana. Estas citas no permiten reconstituír las XII Tablas en su verdadera y genuina forma, sino de un modo muy imperfecto; mas en cambio, son tan explícitas y numerosas que hacen ver claramente su fondo. Con toda fidelidad nos revelan una legislación ruda y bárbara, vigorosamente impregnada de los caracteres de las legislaciones primitivas, y probablemente muy poco diversa del derecho que regía desde siglos antes que élla.

53. Hé aquí algunos fragmentos: "No se celebre ningún matrimonio entre patricios y plebeyos;" "Que se castiguen con pena de muerte á los que formen parte de grupos nocturnos, y también al que haga ó cante versos infamatorios;" que establecen y manifiestan la preponderancia de los patricios, y cuán humillada querían ver á la plebe. Mas ésta, como garantía obtuvo: "Sea la ley inmutable general y sin privilegios. El patrono que trate de perjudicar á su cliente, sea *sagrado*, esto es, maldito. El poderoso que rompa un miembro á sus plebeyos pague veinticinco libras de cobre, y si no se conviene con el herido,

ejecútese en él la pena del Talión. Nadie será privado de la libertad. Para que el noble no se venga en los juicios, el delito capital no podrá ser juzgado sino por el pueblo en los comicios centuriados. El juez corrompido muera. El testigo falso sea precipitado de la roca Tarpeya. El usurero descubierto restituya el cuádruplo;" (Cantú, Historia).

54. No debemos considerar á las XII Tablas, como una copia ni aún parcial de las leyes Griegas, por suponerse cierto el hecho de que se envió una comisión á Grecia, ni por la versión relativa al concurso que se dice prestado por el griego Hermodoro á los Decemviros que las formaron. Los Antiguos no indican sino dos ó tres préstamos secundarios; y los modernos añaden otros muy dudosos. Tampoco debe creerse que los Decemviros, por haber sido facultados para alterar el derecho existente, lo hubiesen formulado como una obra eminentemente racional, filosófica, rompiendo con la tradición y preocupaciones, estableciendo la igualdad política y civil; lejos de esto, las XII Tablas no han suprimido el exclusivo derecho del patriciado á la magistratura, ni permitido el matrimonio entre patricios y plebeyos. Pueden ellos haber suavizado en algo la primitiva dureza del derecho, por ejemplo, en materia de familia. Probablemente á los Decemviros debe también atribuirse la introducción de la moneda acuñada por el Estado, con los resultados civiles correspondientes; pero la principal innovación estuvo en la promulgación misma de esa ley, en la sustitución del derecho consuetudinario por el escrito, objetivo primordial de las exigencias de la plebe. Esta es la mejor explicación de los límites dados á la codificación de las leyes: las XII Tablas, en lugar de abarcar todo el derecho público y privado, civil y religioso, se contraen casi en lo absoluto al derecho civil, penal y á su procedimiento; no contienen además sino una que otra prescripción acerca de funerales y calendario, relacionadas con el procedimiento civil.

55. Cifrándonos á las prescripciones concernientes al derecho penal, indican las XII Tablas la existencia de delitos públicos, como que no interesando más que al Estado, deben ser por él reprimidos, y de delitos privados, que exclusivamente afectan ó lesionan al individuo, quién es el único que debe exigir su represión. Pero como hay delitos públicos que no son exclusivamente contra el Estado, sino que implican delitos gravísimos contra los particulares, como el homicidio, en cuanto á la pena en que incurrén, origina la *provocatio*, juzgada por el pueblo: por centurias, en materia capital; por tribus, para las otras penas que dan lugar á la *provocatio*, esto es, para las multas que exeden de cierta tasa. En cuanto á los delitos privados, nos permiten las XII Tablas examinar una fase muy instructiva y transitoria en

su evolución. Para ciertos, como el robo in-fraganti (*furtum manifestum*) y para la injuria por ruptura de un miembro, el particular lesionado tuvo el derecho de vengarse impunemente, como lo tuvo antes, sin duda; y no renunciará á su venganza sino á virtud del pago del precio que él fije á su antojo. Por el contrario, en la mayor parte de esos delitos, el poder público impone al lesionado la obligación de contentarse con el pago de cierto precio, fijado por el mismo poder, por obra de una composición legal; transforma, pues, el derecho de venganza en un crédito sobre multa.

56. La familia de las XII Tablas es siempre patriarcal, fundada en la potestad; en el hogar no hay mas que un solo señor y único dueño; el parentezco no existe sino por línea de varón; también la mujer se halla ó bajo la potestad del marido ó del padre del marido, en virtud de la *conventio in manum*; y si la mujer sale de la potestad marital ó paterna es para caer bajo el tutelaje de sus deudos.

57. En cuanto al derecho patrimonial, la propiedad abraza los bienes muebles é inmuebles, las obligaciones pueden nacer no sólo de los delitos sino de los contratos (*nexum; sponsio?*); los actos son principal y casi exclusivamente regidos por el sistema del formalismo. Para un acto válido, disponer de los bienes por testamento, enajenar un esclavo, convertirse en deudor de una cantidad de dinero, no es suficiente, manifestar la voluntad. Como en todas las primitivas legislaciones, es imprescindible recurrir á formas legales, emplear los gestos y palabras determinados por la ley, que tienen la ventaja de precisar la intención del que ejecuta el acto á su vista misma y á la de los demás, de protegerle contra sorpresas, de facilitarle la prueba, siendo así que por estas razones aun hoy en día se aplican las equivalentes para ciertos actos muy importantes; pero que antes no fueron inventados por su utilidad práctica, sino por cuanto el uso se había aferrado á la creencia de que la voluntad humana no puede trasladar un derecho de propiedad, crear una obligación, producir un efecto jurídico, mas que por medio de símbolos y solemnidades especialísimas.

58. Las XII Tablas sancionaron el procedimiento de las Acciones de la ley, procedimiento por excelencia "arcaico," rico en similitudes con el derecho celta, con la tramitación germánica, con el antiguo francés, y con los de una infinidad de agrupaciones de exigua cultura. El procedimiento es á la vez duro y brutal: el demandante que desea hacer comparecer al demandado, tiene el derecho de conducirlo por la fuerza ante el magistrado; el reo que no cumple el fallo puede ser hasta muerto y vendido como esclavo. Es tan riguroso formalista que, para vincular el

proceso, es de todo punto indispensable que los contendientes se ciñan al estricto cumplimiento de solemnidades puntualizadas por cierto ritual, que pronuncien palabras sacramentales que, so pena de nulidad, está prohibido cambiarlas. En fin presenta otro carácter, bastante olvidado, cierto; pero, por el cual, las XII Tablas marcan una muy notable fase histórica. Cuando ahora se habla de la tramitación que se ha seguido, para que una persona obtenga la satisfacción de su derecho, frecuentemente se piensa en un procedimiento judicial, en que una autoridad superior interviene entre los interesados para reconocer el derecho y asegurar su ejecución; pero esto, es suponer la existencia de un poder judicial, de una autoridad pública revestida de la facultad de imponer su arbitrio á los particulares que la reconocen y la acatan. Así, no ha sucedido siempre. En procedimiento, el punto de partida fue el derecho de hacerse justicia; como en lo penal, el derecho de vengarse que no difiere esencialmente de aquel. El que cree tener un derecho, no demanda justicia, *se la hace*, siguiendo formas rigurosamente determinadas por el uso; exponiéndose á incurrir en delito, si se aparta de las formas ó gestiona sin derecho. Hay en ello un procedimiento, pero no un proceso. Siendo esto exacto, el derecho de las XII Tablas con sus cuatro *legis actiones*—*sacramentum, iudicis postulatio, magnus injectio, pignoris capio*, á las que se añadió la *condictio* por leyes posteriores—ésta, acusa una transición lo que muy bien demuestra cómo se ha pasado de un sistema á otro, cómo el nuevo elemento, el proceso, ha venido á ocupar el puesto de la antigua tramitación sin proceso.

59. En la *pignoris capio* lleno de luz aparece el antiguo procedimiento ó añeja tramitación, la aprehensión de la prenda, trámite arcaico, que muy pronto decayó en Roma, que no funcionaba sino para ciertas acreencias de orden público y religioso, pero que se lo descubre en toda su extensión en otras legislaciones, y cuya idea renace siempre en la mente popular. Para apremiar la voluntad de sus deudores, el acreedor toma por sí mismo, no importa dónde, sin el concurso de ninguna autoridad, alguna cosa perteneciente á su deudor, la que no se le devolverá, á menos que, se le pague lo debido.

60. *La manus injectio*, procedimiento por el cual, ante el magistrado, el acreedor se ASE de su deudor solemnemente, para conducirlo cautivo á su casa; llegar más tarde hasta matarlo ó esclavizarlo, á menos que intervenga un tercero (*vindex*) que se oponga á la aprehensión de la persona. La intervención del tercero debe ser ante el magistrado, y puede aún provocar un proceso; en el sentido moderno, propiamente no, puesto que se está muy lejos todavía, pero si más cerca del sistema en que se

procede sin formas rectamente legales para la administración de justicia; el deudor no puede á sí mismo defenderse aunque se haya procedido por error; y, aun cuando el *vindex* intervenga, tampoco podrá defenderse. Esa intervención lo liberta. Si la aprehensión fue obra de error, habrá únicamente una multa. Es, pues, la *manus injectio* un procedimiento sin proceso, ya sea que llegue á su término habitual, ó escolle; salvo en este segundo caso, la cuestión que habrá de arreglarse entre el actor y el *vindex*, entre el *manum injiciens* y el *manum depellens*. Y no debe objetarse que esa era una vía de ejecución que ha debido ser precedida de un verdadero proceso, puesto que hubo época en que la *manus injectio* con la *pignoris capio*, era la única Acción de la ley, sancionadora de créditos que por sí mismo la originaban, tales como los nacidos del *nexum*.

61 El *sacramentum*, sirve precisamente para convertir los créditos que por sí carecen de la *manus injectio* en otras que la producen. Todavía en este procedimiento las partes no se presentan directamente ante el magistrado para que zanje una diferencia: el actor principia por la afirmación de su derecho, la que no siendo regularmente contestada, basta para convertir su crédito en susceptible de *manus injectio*. Únicamente por la respuesta negativa del demandado se llega á forjar el proceso por un expediente ya señalado (N.º 19): un doble juramento, reemplazado más tarde por otro análogo, da lugar á una instrucción que el magistrado hacía por sí mismo, pero que desde la República debe remitir á un juez, según la cual el demandante que triunfa tendrá, tratándose de una acción personal, el derecho de hacer *manus injectio*. Véase pues, por qué extraño medio se injerta el proceso en un trámite, en que se hace justicia, sin proceso propiamente dicho.

62. Por el contrario, la idea moderna de proceso, de petición de justicia á la autoridad competente del lugar en que debe administrarla, claramente se manifiesta en el nombre mismo de la *judicis postulatio*, demanda de un juez al magistrado, admitida para ciertas pretensiones, y reconocida ya por las XII Tablas, las que presentan la prueba del régimen antiguo y del nuevo, tanto en materia de procedimiento como en materia de elección.

SECCION II.—Tiempos históricos (305 á 727).

63. El período que recorre la historia de Roma desde la promulgación de las XII Tablas hasta el establecimiento del Principado, es acaso el más importante de su historia política y de su derecho privado. En lo político, interiormente se realiza la emancipación de la plebe, y en lo exterior, la dominación

romana se extiende por la Italia y por gran parte de las que fueron sus provincias. Para la generación del derecho, es el período en que se inician las reformas pretorianas, y las del derecho de gentes que se yuxtaponen á las reglas del antiguo derecho civil; período en que, al principio, por un espíritu de interpretación del texto de las XII Tablas, y después, en virtud de los poderes amplios conferidos á los magistrados judiciales, se determinan los fundamentos que los jurisconsultos más connotados de la época imperial no hicieron sino formular y desarrollar. Sumariamente indicaremos los grandes recursos y resortes del mecanismo constitucional, pero insistiendo en el desenvolvimiento de la legislación, de la ciencia del derecho.

64. Pero si debemos observar, aunque de paso, que si Roma, república tan pequeña, pudo efectuar tantas increíbles y dilatadas conquistas, fue, porque cual ningún pueblo sacó nuevos elementos de vida de cada uno de los países que conquistaba. Hoy los Estados Unidos se asimilan á todas las mejores razas, se fecundan y vigorizan con ellas, absorbiéndolas en su seno. Ya la fabulosa historia de los comienzos de Roma indica que se formó acogiendo á los fugitivos de todas las comarcas circundantes, y admitiendo después á los Sabinos, Etruscos y Latinos; este fue su don especial y luego arte que lo ejerció hasta su completa perfección.

Para llegar á la plenitud del derecho civil fue menester pasar por muchos y diversos grados, porque también aquí, como en la sociedad asiática, tenemos un pueblo privilegiado, patricio, que domina sobre el vulgo, plebe. Sólo que en Roma no se constituyó rodeándose de una barrera impenetrable, no se convirtió en rígida casta; por el contrario, acogió elementos siempre nuevos dentro de sus entrañas; (Cantú).

Véamos su progresiva y rápida evolución.

§ 1 Instituciones políticas (1)

65. Siempre, las instituciones políticas se refieren á tres elementos de la constitución primitiva: Magistratura, pueblo y senado.

66. I. **Magistratura.**—La transformación padecida por la magistratura se contrae, haciendo abstracción de pormenores, á dos principios cardinales: 1º Su asequibilidad ó apertura para los plebeyos; 2º su fraccionamiento en distintos ramos.

1º Las magistraturas patricias se hacen accesibles á los plebeyos.

(1) Beams. Pernice. Mommsen, Hist. rom.

Las XII Tablas, codificando el derecho preexistente, no habían igualado al patriciado con la plebe, ni aun bajo el punto de vista privado, de autorizaeión del matrimonio entre los dos órdenes, y muy menos en lo político, de la apertura de las magistraturas del Estado. Poco tiempo después, en el año 309, fue levantada la prohibición relativa al matrimonio por un plebiscito, ley Canuleya, autorizado previamente, sin duda, por el Senado. La conquista de la igualdad política fue muy larga y en extremo difícil; además su historia se entrecorta por el movimiento multiplicador de magistraturas, de suerte que separadamente se debe anotar el acceso de los plebeyos á cada una de ellas. Se ha exagerado que las nuevas magistraturas como la pretura, la edilidad curul, creadas en 387 para la justicia civil y la vigilancia de calles y mercados, habían sido sucesivamente establecidas por los patricios con el intento de conservar el monopolio de ciertas atribuciones que se desligaban de magistraturas preexistentes, en el momento mismo en que los plebeyos llegaban á entrar en las últimas.

67. Esto no fue obstáculo, para que en el siglo V de Roma, todas las magistraturas y la mayor parte de los cargos sacerdotales fuesen accesibles á la plebe, al paso que el tribunado y la edilidad plebeya permanecieron siempre cerrados para los patricios. En lo concerniente á magistraturas, el triunfo de la plebe estuvo consumado; luego la veremos triunfar igualmente en el poder legislativo y en los derechos senatoriales de sus miembros. Entre los dos órdenes, la antigua oposición ya no existe. Es reemplazada por una nueva demarcación social, por la formación de una aristocracia nueva; la *nobilitas*, nobleza de la magistratura, compuesta de antiguas familias patricias y de familias plebeyas que contaban entre sus antepasados á un magistrado curul.

68. 2º. Debido en parte á la serie de circunstancias por las que conquistó la plebe el acceso á la magistratura, y sobre todo, por razón de las nuevas necesidades producidas por el acrecentamiento del Estado, el carácter de la magistratura se ha transformado. Ha perdido su carácter unitario y universal por fraccionarse en una serie de jurisdicciones varias y diversas. En lugar de corresponder la autoridad toda á un magistrado único, el *rey*, ó, á dos, los *cónsules*, ella se reparte entre muchos magistrados, ejerciendo en principio cada uno poderes especiales, distraídos de la autoridad general.

Bajo el punto de vista militar, los cónsules tienen el derecho de hacer levadas y comandar las tropas; en lo civil, el de convocar el pueblo y consultar al Senado; conservan pues, la autoridad fundamental. Pero al lado de ellos, y con derecho propio pudiera decirse, los cuestores tienen la guarda del tesoro y la

administración de justicia en lo criminal, cuya existencia fue una restricción á la autoridad consular, cuando éstos, fueron electos de entre los patricios y por los mismos cónsules; muy más lo fue, cuando probablemente á la caída de los Decemvíros, tuvo ya el pueblo el derecho de nombrarlos. Para el censo y la administración económica se crearon los *censores*, como magistrados intermitentes al principio del siglo IV, 311 á 319 de Roma; para la policía urbana y del mercado, los dos ediles curules en el año 387; el pretor, para la justicia civil también en el año 387, y en 512, los dos pretores urbano y peregrino que, por la suerte, se distribuían los departamentos judiciares; luego después de la creación de las provincias, otros pretores á quienes, por la suerte, se les distribuían los sendos departamentos de Sicilia, Cerdeña, las dos Españas, etc.; en fin, después del siglo VII el número de jurisdicciones parciales fue todavía en aumento por la creación de las *quaestiones perpetuae*, grandes jurados á quienes se les encomendaba la exclusiva reprehensión de ciertos crímenes y en parte presididas por los pretores.

69. El primitivo *imperium* no pudo encontrarse mas que en la dictadura, magistratura extraordinaria que al principio no tuvo otro límite que su duración: seis meses, cuando más, y que era, como se ha dicho, un medio previsto por la constitución para restaurar transitoriamente la monarquía en casos de inminente peligro interior ó exterior. Mas precisamente, mientras las magistraturas se han multiplicado, el principio de "especializar" se ha aplicado también á la dictadura: se han creado dictadores para determinadas funciones, sin que haya habido dictadores generales desde el año 538. Las de Sila y César fueron poderes revolucionarios que nada de común tuvieron con la antigua dictadura. Al contrario, la constitución de Sila dió la última pluma al sistema de atribuciones limitadas, arrebatando á los cónsules el comando militar; desde entonces debían permanecer en Roma durante el año de su poder, como también los ocho pretores que á la razón existían, encargados de la justicia civil y de seis departamentos criminales, de seis presidencias de *quaestiones perpetuae*; después los dos cónsules y los ocho pretores salientes se dividen, al siguiente año, diez gobiernos de provincias, que las ocupan en virtud de prorrogación de sus respectivos poderes.

70. II. **Comicios.**—Los comicios naturalmente conservan los poderes legislativo y electoral; pero en el curso del siglo VII pierden casi por completo el poder judicial, á consecuencia de la creación de las cuestiones perpetuas (*quaestiones perpetuae*). Como en el período anterior, hay: 1° Los comicios por curias que parecen dar cabida á los plebeyos, pero que no tiene otro destino que el de forma ó solemnidad (adrogación, promesa de obe-

diencia á los nuevos magistrados, que se denomina *lex curiata de imperio*); de suerte que ya los ciudadanos no se toman el trabajo de reunirse, son allí representados por los treinta lictores encargados de la policía de la asamblea; 2° los comicios por centurias; 3° los comicios por tribus; 4° en fin, al lado de ellos el *concilium plebis*, concilio de la plebe, á quien en la actualidad plenamente corresponde el poder legislativo, quien puede ahora dictar leyes obligatorias para todos, en virtud de una reforma atribuída por la tradición á tres leyes sucesivas, definitivamente realizadas por la ley Hortensia del año 465 al 468 de Roma. En suma, descartadas las curias, hay tres asambleas distintas y competentes que concurren en materia legislativa, electoral y judicial, repartiéndose entre las tres, el nombramiento de magistrados, y la justicia criminal, en cuanto fue de su incumbencia; y, correspondiéndoles, indiferentemente, el poder legislativo. Una ley indistintamente pudo ser dictada, ya á propuesta de un tribuno, por el concilio de la plebe (*concilium plebis*), ya á petición de un magistrado del pueblo, consul ó pretor, por los comicios tributos que no deben confundirse con el *concilium plebis*, ó por los comicios centuriados.

A primera vista parece este régimen muy singular, y lo es más, cuando se nota que los diversos modos de consulta eran indistintamente empleados; que, según comodidades accesorias, los proyectos son indiferentemente sometidos al concilio de la plebe ó á las dos asambleas restantes.

El indistinto empleo de los comicios tributos y del concilio de la plebe se explica ampliamente, por cuanto la distinción de la plebe con el pueblo íntegro fue en los últimos siglos de pura historia, puesto que, el número de patricios era muy exiguo, y en las consultas á las tribus, tanto daba que asistiesen ó nó, ya que apenas constituían una fracción mínima ante una mayoría abrumadora. Mas, para que de idéntica manera se haya podido consultar indistintamente á la asamblea de las tribus y á la de centurias, era igualmente preciso que, no obstante la diversidad del modo de escrutar y de la unidad del voto, no haya habido diferencia alguna práctica; que las modernas formas del escrutinio hubiesen dado en las dos asambleas esencial influencia á unos mismos elementos. Esta idea exactamente concuerda con lo que sabemos de las dos asambleas anteriores.

71. Las tribus que en su principio se compusieron únicamente de propietarios prediales, que luego no comprendieron sino á propietarios en general, fueron abiertas á todos los ciudadanos, desde la censura del gentilhombre revolucionario, Apio Claudio, en 442. Pero esto, en realidad, no tuvo por resultado establecer la igualdad de *suffragio*; los censores á quienes incum

bía la repartición de los ciudadanos en las tribus lo hacían de un modo arbitrario, aristocrático, encerrando ciertas categorías de ciudadanos en un pequeño número de tribus, donde éstos, sea cual fuere su cantidad, no constituían tantos votos sino cuantas fuesen las tribus urbanas; al paso que en las tribus rurales que no comprendían mas que á ricos propietarios, ausentes de Roma para el voto, formaban una enorme mayoría á pesar del escaso número de electores. Este método ha sido empleado temporalmente después de la guerra social, para asegurar la mayoría en los antiguos ciudadanos contra las Italianos naturalizados. Desde largo tiempo se lo había practicado y de una manera más enérgica contra los ciudadanos no propietarios, quienes, á contar del año 450 constituyeron las cuatro tribus urbanas, frente de las cuales eran las veintisiete tribus rústicas.

72. Hemos visto que, desde el origen, el número de centurias de ricos, esto es, de personas que entonces poseían cierta porción de terreno, correspondía probablemente á su proporción en la población total; y si también se recuerda que las centurias eran en esa época una unidad militar más que electoral; en consecuencia, debía contar cada una sensible ó manifiestamente la misma cifra de soldados que las otras, por separado, ó distributivamente. Al contrario, más tarde, cuando ya no representaban un papel militar, cuando también se sustituyó una fortuna de cualquier especie, á la fortuna predial para la determinación del censo, cuando, por fin, el desenvolvimiento del poderío romano hubo tenido por peligrosa consecuencia la concentración de la riqueza en un pequeño número, nada ha impedido que por un golpe de rechazo el sistema se convirtiese en aristocrático, dando la mayor parte de votos á los ricos poco numerosos y que constituían muchas centurias, y poquísimos votos á los pobres muy numerosos, enclavados en unas pocas centurias. Hay huellas de que esto ha acontecido. Pero esto no ha creado una base diferencial entre las tribus y centurias. Además las centurias fueron reorganizadas en los años 513 á 536 por una reforma, sobre la cual las noticias son tan escasas que casi todos sus pormenores son discutidos, pero que, en lo principal, aumenta la analogía que se ha indicado. Ciertamente que suprimió el derecho de que voten primero los caballeros, lo que daba á la aristocracia recursos para influir sobre los votos siguientes; cierto también que, dejando por completo subsistir las cinco clases y la distinción de *seniores* y *juniores* y aún sin modificar la cifra total de centurias, la reforma disminuyó en algún tanto el número de centurias de la primera clase, y estableció entre tribus y centurias un vínculo que forzosamente las aproximaba en mucho para los dos modos de votación. Con diversidad de proce-

dimiento que prestaba más solemnidad á la votación por centurias, y más expedición á la de las tribus, fueron ambas ostensiblemente correlativas en sus resultados prácticos.

Acerca de todo lo expuesto, debe tenerse presente lo que un antiguo texto latino define: "*Comitia centuriata, ex censu et aetate; curiata, ex generibus hominum; tributa, ex regionibus et locis.*"

73. Entre los dos órdenes senatorial y plebeyo, se puede agregar el ecuestre. Algunos pretenden que los caballeros se derivan de aquellos que Rómulo eligió para su guardia de á caballo; pero como orden distinto, jamás aparecen en los primeros cinco siglos de Roma, pues que Livio Salinator plebeyo y Claudio Nerón, patricio, ambos caballeros, fueron cónsules jntos. Plinio el Mayor, testigo tardío, y sin embargo caballero, dice que los Gracos fueron los primeros que colocaron este orden entre la plebe y los padres, asignándole los juicios; y después Cicerón lo consolidó con ocasión de los tumultos de Catilina, desde cuyo tiempo el orden ecuestre fue agregado al Senado y á la plebe.

Esta institución perjudicó á la plebe, porque le arrancaba los miembros más notables, asimilándoles con la aristocracia. Pero en realidad, no pudo considerarse como cuerpo político, puesto que cada uno de sus individuos continuaba perteneciendo á la plebe ó al patriciado, y como cuerpo de caballeros no tuvieron especial participación en el poder legislativo. Por tanto, es claro que el orden ecuestre no era de modo alguno estable, sino que podía uno ser inscrito ó de él excluido, según el capricho de los censores. Pero tampoco los otros dos órdenes eran estacionarios, puesto que se hacía adoptar un patricio por un plebeyo para conseguir los cargos reservados á la plebe, así como por la adopción se podía penetrar en el patriciado; (Cantú).

74.—III. Senado.—Teóricamente guarda el Senado las funciones de cuerpo consultivo; pues, en realidad, en el reciente período de la República, es él quien gobierna el Estado. Resultado de cambios aun más prácticos que legales, inferido á sus funciones y á la selección de sus miembros.

(Continuará).