

# **I. INTRODUCCIÓN**



## HISTORIA Y FUENTES

### §1 Historia constitucional romana e historia del derecho romano

No debe confundirse la historia de Roma con la historia de su derecho, aunque existan algunos paralelismos entre ellas: el momento de mayor poder de Roma coincide con el del esplendor del derecho romano y, de manera inversa, el declive del imperio se corresponde en el tiempo con la decadencia jurídica del mundo romano. Sin embargo, las fases y circunstancias de ambas historias son diferentes:

A. ETAPAS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL. La historia de Roma puede ser contemplada a través de su evolución política, distinguiéndose cuatro períodos: monarquía, república, principado y dominado.

1. Monarquía (753 al 510 a.C.). Se caracteriza por la concentración de poder en la persona del rey<sup>1</sup> (*rex*). Ya en esta época existe un consejo de ancianos o senado (*senatus*) para asesorar al rey, inicialmente constituido por cien ciudadanos llamados padres (*patres*). Quizá por esta razón, sus descendientes son denominados ‘patricios’<sup>2</sup> frente a la clase ‘plebeya’. También existen unas asambleas populares o comicios, con una rudimentaria actividad legislativa, reunidos inicialmente por curias (*comitia curiata*)<sup>3</sup>, que eran treinta grupos de ciudadanos en los que estaba dividida la población<sup>4</sup>. No es seguro si ya durante este periodo los comicios se reunían también por centurias (*comitia centuriata*)<sup>5</sup> procedentes de la organización militar romana. Según la tradición, hubo siete reyes desde Rómulo<sup>6</sup>, fundador de la ciudad, hasta la abolición de la monarquía<sup>7</sup> durante el reinado de Tarquinio el Soberbio, depuesto en el año 510 a.C. por su despotismo<sup>8</sup>.

2. República (510 al 27 a.C.). Tras la expulsión de los reyes, los romanos se constituyen en una república (*res publica*) cuya estructura está diseñada para evitar el regreso de la autocracia y el monopolio del poder por una sola persona<sup>9</sup>. El poder reside ahora en las magistraturas republicanas que,

---

<sup>1</sup> Pomp. D.1,2,2,14

<sup>2</sup> Liv. 1,8

<sup>3</sup> Cic. *Rep.* 2,25

<sup>4</sup> Pomp. D.1,2,2,2

<sup>5</sup> Liv. 1,36 *i.f.*

<sup>6</sup> Pomp. D.1,2,2,2

<sup>7</sup> Pomp. D.1,2,2,3

<sup>8</sup> Liv. 1,49-59

<sup>9</sup> Liv. 2,2

por esa razón y generalmente, son colegiadas, anuales y gratuitas. Se ejercen simultáneamente por al menos dos ciudadanos<sup>1</sup>, cada uno con derecho de veto (*intercessio*) sobre la actuación de los demás<sup>2</sup>. Su desempeño duraba un año<sup>3</sup> sin posibilidad de reelección hasta transcurridos dos años desde el cese anterior, según dispone la *lex Villia annalis* (180 a.C.)<sup>4</sup>. Carecen de retribución y la corrupción es castigada con severidad como crimen de concusión (*crimen repetundarum*)<sup>5</sup>.

Las magistraturas mayores, como los cónsules, pretores y dictadores, ejercen el poder en forma de ‘imperio’ (*imperium*) o poder máximo, y el resto de los magistrados en forma de simple *potestas*. Sus funciones cambian en las distintas épocas, pero, con carácter general, pueden mencionarse las siguientes: a) los dos cónsules (*consules*)<sup>6</sup> ostentaban el derecho supremo de la república<sup>7</sup>; b) los pretores<sup>8</sup> eran titulares de la jurisdicción y los encargados de administrar el derecho: el pretor urbano (*praetor urbanus*) en los procedimientos judiciales entre ciudadanos<sup>9</sup> y el pretor peregrino (*praetor peregrinus*) cuando al menos una de las partes del litigio es extranjero<sup>10</sup>; c) los cuestores (*quaestores*)<sup>11</sup>, la más antigua de las magistraturas<sup>12</sup>, se encargan de las finanzas públicas<sup>13</sup> y, también con ese nombre (*quaestores parricidii*)<sup>14</sup>, hay otros magistrados comisionados para instruir las causas de algunos crímenes graves; y d) los ediles, magistratura de origen plebeyo<sup>15</sup>, tienen funciones de policía urbana y algunos de sus edictos cuentan con una gran relevancia práctica, como los dictados por los ediles curules (*aediles curules*)<sup>16</sup> encargados de los mercados y de las compraventas<sup>17</sup>.

Además de estas magistraturas, propias de la carrera política de los ciudadanos (*cursus honorum*), existen otras como: a) el dictador<sup>18</sup>, magistratura extraordinaria nombrada por los cónsules de acuerdo con el senado para resolver situaciones excepcionales y cuyas decisiones son inapelables: solo puede recaer en quienes fueran o hubieran sido cónsules y se ejerce por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales concentra todo el poder de la república; b) el censor<sup>19</sup>, nombrado por año y medio entre quienes habían sido cónsules, se encarga de confeccionar el censo de ciudadanos según su patrimonio, nombrar y tachar a los senadores (*senatus lectio*), y vigilar el cumplimiento de las buenas costumbres; o c) el tribuno de la plebe<sup>20</sup> comisionado

<sup>1</sup> Liv. 1,60

<sup>2</sup> Liv. 2,56

<sup>3</sup> Cic. phil. 5,17

<sup>4</sup> Liv. 40,44

<sup>5</sup> Marci. D.48,11,1pr.

<sup>6</sup> D.1,10

<sup>7</sup> Pomp. D.1,2,2,16

<sup>8</sup> D.1,14

<sup>9</sup> Pomp. D.1,2,2,27

<sup>10</sup> Pomp. D.1,2,2,28

<sup>11</sup> D.1,13

<sup>12</sup> Ulp. D.1,13,1pr.

<sup>13</sup> Pomp. D.1,2,2,22

<sup>14</sup> Pomp. D.1,2,2,23

<sup>15</sup> Pomp. D.1,2,2,21

<sup>16</sup> D.21,1

<sup>17</sup> Ulp. D.21,1,1pr.

<sup>18</sup> Pomp. D.1,2,2,18

<sup>19</sup> Pomp. D.1,2,2,17

<sup>20</sup> Pomp. D.1,2,2,20

para la defensa de la clase plebeya y dotado de inviolabilidad y derecho de veto sobre las decisiones de otros magistrados.

Se mantienen durante la república dos instituciones procedentes de la época monárquica, aunque con una configuración diferente: a) el senado, ahora formado por antiguos magistrados mayores, seleccionados por los censores desde el plebiscito Oviniano (*lex Ovinia de senatus lectione* hacia el 339-312 a.C.)<sup>1</sup> y cuyas decisiones sobre asuntos relevantes se expresan mediante senadoconsultos (*senatusconsulta*)<sup>2</sup>; y b) las asambleas populares de los ciudadanos o comicios (*comitia*), con varias modalidades dependiendo de su función, según se trate de aceptar o rechazar bien las leyes presentadas por los magistrados o bien las propuestas de nombramiento de magistrados: los comicios por centurias (*comitia centuriata*) votan la elección de los magistrados mayores y los comicios por tribus (*comitia tributa*) la de los magistrados menores. Los tribunos de la plebe son elegidos por los concilios plebeyos (*concilia plebis*). Justo al final de la república, a medida que se va concediendo la ciudadanía romana a los habitantes de la península itálica y a los de algunas provincias, resulta inviable la reunión de tan ingente cantidad de ciudadanos. Los comicios dejan de reunirse, y el senado asume de hecho algunas de sus funciones a partir del principado<sup>3</sup>. Durante el siglo I a.C., la república entra en una crisis que resultó terminal.

3. Principado (27 a.C. al 284 d.C.). La intensa crisis de la república se resuelve de forma súbita cuando Augusto, en el año 27 a.C., instauro un nuevo régimen con el propósito de restablecer los valores republicanos, reforzar el poder del senado y convertirse en el protector de la república, dando lugar a una fase constitucional denominada ‘principado’, donde él mismo es el príncipe, es decir, el ‘primer’ ciudadano de la república<sup>4</sup>.

La característica del nuevo sistema político consiste en hacer compatibles dos circunstancias hasta entonces antagónicas: por un lado, el mantenimiento de las instituciones y magistraturas republicanas, aunque sea con funciones atenuadas, y, por otro, la centralización del poder en la persona del príncipe. La política de Augusto se consolida favorecida por los éxitos militares y económicos y por la enorme expansión territorial de Roma. El esplendor imperial se refleja también en la buena evolución de las artes y de las ciencias, en especial la jurisprudencia, protagonista en ese momento de la construcción del mejor derecho clásico. Sin embargo, con el tiempo, conforme crece el poder y la autoridad del emperador, disminuye el de las antiguas

<sup>1</sup> Fest. F. 246

<sup>2</sup> G. 1,4

<sup>3</sup> Ulp. D.1,3,9

<sup>4</sup> Pomp. D.1,2,2,11

instituciones republicanas, como los comicios, que dejan de reunirse por las razones ya expuestas, o el senado, convertido en un mero colaborador legislativo del príncipe.

El poder acumulado por la cancillería del príncipe (*consilium principis*) da lugar al nacimiento paulatino de una burocracia imperial con nuevos funcionarios en convivencia con las antiguas magistraturas republicanas. Entre aquellos se encuentran varios cargos con funciones judiciales, ocasionalmente ejercidos por jurisconsultos de la última etapa clásica: a) Prefecto del pretorio (*praefectus praetorio*)<sup>1</sup>, con un cometido inicial militar<sup>2</sup> y asistido de caballeros<sup>3</sup>, evoluciona hacia el ámbito jurisdiccional resolviendo inapelablemente<sup>4</sup> los recursos contra sentencias dictadas en cualquier parte del imperio; es desempeñado, entre otros, por el jurista Papiniano<sup>5</sup>. b) Prefecto de la ciudad (*praefectus urbi*)<sup>6</sup> encargado de la policía y con jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Roma y en el resto de la península Itálica<sup>7</sup>; es desempeñado por el jurista Pegaso en tiempos del emperador Vespasiano<sup>8</sup>. c) Prefecto de los *vigiles* (*praefectus vigilum*)<sup>9</sup>, aunque no es propiamente un magistrado como los dos anteriores<sup>10</sup>, está encargado de reprimir algunos delitos menores cometidos durante la noche<sup>11</sup>, así como la vigilancia en materia de incendios<sup>12</sup> y la persecución de esclavos fugitivos<sup>13</sup>; es desempeñado por varios juristas como Cervidio Escévola<sup>14</sup> o Herenio Modestino<sup>15</sup>. d) Prefecto del aprovisionamiento de cereales (*praefectus annonae*), con competencia en materia de abastos y mercados, y jurisdicción sobre las causas de desórdenes en la ciudad; es desempeñado por el jurista Volusio Maciano<sup>16</sup>.

4. Dominado o imperio absoluto (284 al 565 d.C.). Como consecuencia de una progresiva centralización y burocratización del poder imperial, tras la dinastía de los emperadores Severos y durante el siglo III, el principado entra en una crisis precedida por varios episodios de anarquía militar (235 d.C.). La situación finaliza con un cambio extremo de régimen político protagonizado por Diocleciano (284 d.C.), un soldado de origen humilde proclamado emperador por el ejército. El nuevo sistema constitucional se conoce con el nombre de “dominado” (de *dominus*: señor o dueño) por atribuir al emperador todo el poder, mientras los ciudadanos se convierten en súbditos de una monarquía absoluta. Con el cambio, desaparecen los residuos de la constitución republicana y el imperio es repartido a conveniencia de los emperadores en varias ocasiones, hasta su división definitiva por

<sup>1</sup> D.1,11

<sup>2</sup> Arc. D.1,11,1pr.

<sup>3</sup> Pomp. D.1,2,2,19

<sup>4</sup> Arc. D.1,11,1,1

<sup>5</sup> *Omnem 4 i.f.*

<sup>6</sup> D.1,12

<sup>7</sup> Ulp. D.1,12,1pr.

<sup>8</sup> Pomp. D.1,2,2,53

<sup>9</sup> D.1,15

<sup>10</sup> Pomp. D.1,2,2,33

<sup>11</sup> Paul. D.1,15,3,2

<sup>12</sup> Ulp. D.1,15,3

<sup>13</sup> Ulp. D.1,15,4

<sup>14</sup> CIL. 14,4502

<sup>15</sup> CIL. 6,266

<sup>16</sup> CIL. 14,5347

Teodosio I (395) entre sus hijos: Honorio, quien recibe la parte occidental con capital en Roma, y Arcadio, nuevo emperador de la parte oriental con capital en Constantinopla. El imperio de Occidente desaparece poco después (476), cuando el jefe germánico Odoacro, súbdito del emperador de Oriente y con la autorización de este, entra en Ravena y depone a Rómulo Augusto, el último emperador de Occidente. Sin embargo, el imperio romano oriental durará mil años más. Justiniano, el más importante de sus emperadores, en la primera mitad del siglo VI, organiza una extraordinaria compilación jurídica, denominada luego *Corpus Iuris Civilis*, a través de la cual conocemos, aunque parcialmente, algunos contenidos del derecho clásico.

B. ETAPAS HISTÓRICAS DEL DERECHO ROMANO. Distinta de la historia de Roma es la historia del derecho romano. Este nace prácticamente con la fundación de la ciudad en el 753 a.C. porque Rómulo, el primero de los siete reyes, según la tradición, dicta ya algunas leyes<sup>1</sup>. Sin embargo, el inicio del derecho romano propiamente dicho se suele situar en los primeros años de la república, en el siglo V a.C., con la promulgación de la ley de las XII Tablas (449 a.C.). Su vida se prolonga once siglos más, hasta algo después del fallecimiento del emperador Justiniano en el siglo VI d.C. En todo ese tiempo se distinguen cuatro etapas jurídicas:

1. Derecho arcaico. Abarca desde la fundación de la ciudad en el 753 a.C. y el comienzo de la monarquía, hasta el último cuarto de la república en el año 130 a.C. En esta etapa se inicia la elaboración de un derecho privado que, aunque todavía primitivo en muchos aspectos, presenta una originalidad jurisprudencial creciente, gracias a la cual se establecen las bases que permitirán los progresos del periodo siguiente. Su fuente jurídica más importante es la ley de las XII Tablas.

2. Derecho clásico. Es la época de mayor esplendor del derecho romano (*ius*). Comprende tres siglos y medio, desde el año 130 a.C. al 230 d.C., correspondiéndose con el último siglo de la república y gran parte del principado. Se caracteriza por su régimen modélico de creación del derecho por los juristas. Se subdivide en tres etapas internas cuyas fechas aproximadas, adaptadas para facilitar la memorización, son: a) etapa clásica republicana del 130 al 30 a.C., de fundación del derecho civil (*ius civile*); b) etapa clásica central del 30 a.C. al 130 d.C., de apogeo y tecnificación de la jurisprudencia; y c) etapa clásica tardía del 130 al 230 d.C., de juristas

---

<sup>1</sup> Pomp. D.1,2,2,2

enciclopédicos, pero con una fuerza creadora limitada y vinculada a la cancellería del príncipe (*consilium principis*).

3. Derecho posclásico. Se prolonga desde el año 230 al 527, correspondiéndose con el dominado. Las leyes imperiales son la principal fuente del derecho. Caracteriza este periodo el gradual deterioro y burocratización del derecho, con descomposición de conceptos jurídicos seculares y su sustitución por el denominado ‘derecho vulgar’ [ver §4.A]. La división del imperio (395) y la posterior caída de Roma (476) provocan la práctica desaparición del derecho romano en la parte occidental, cuyos restos conviven con otros derechos de muy distinta naturaleza.

4. Derecho justiniano. Esta última etapa, que abarca desde el año 527 al 565, tiene lugar en Oriente gracias al emperador Justiniano, quien realiza una monumental compilación del derecho anterior, conocida como *Corpus Iuris Civilis*. Esta obra logra recuperar una parte importante del derecho clásico y, sobre todo, las decisiones e interpretaciones de la jurisprudencia clásica tardía.

## §2 Fuentes del derecho romano arcaico

A. LEGES REGIAE Y MORES MAIORUM. Nuestro conocimiento de la época anterior al siglo V a.C. es deficiente, pero hay constancia de algunas rudimentarias leyes reales (*leges regiae*) dictadas durante la monarquía a propuesta de los reyes. No es seguro si estas leyes eran votadas por las asambleas populares, los comicios curiados (*comitia curiata*), a pesar de que Pomponio las llama ‘leyes curiadas’<sup>1</sup> (*leges curiatas*). Según la tradición<sup>2</sup>, fueron presuntamente reunidas en la época del último rey, Tarquinio el Soberbio, por el pontífice Sexto Papirio<sup>3</sup> y llamadas por eso ‘derecho Papiriano’ (*ius Papirianum*)<sup>4</sup>. Aunque al llegar la república, las leyes reales son derogadas por una ley tribunicia<sup>5</sup>, o quizá por una ley centuriada propuesta por un tribuno de los céleres (*tribunus celerum*)<sup>6</sup>, Cicerón menciona algunas leyes del segundo de los reyes romanos, Numa Pompilio, aparentemente vigentes todavía en el siglo I a.C.<sup>7</sup> En cualquier caso, el valor práctico de esas leyes reales era limitado porque contenían principalmente cánones de derecho sagrado y reglas, por ejemplo, de cómo enterrar el cadáver de una mujer embarazada<sup>8</sup>. Por ello, el comportamiento de los ciudadanos (*quirites*) en

<sup>1</sup> Pomp. D.1,2,2,2

<sup>3</sup> Dion. 3,36,4

<sup>5</sup> Pomp. D.1,2,2,3

<sup>7</sup> Cic. *Rep.* 5,2,3

<sup>2</sup> Pomp. D.1,2,2,36

<sup>4</sup> Liv. 1,32,2

<sup>6</sup> Pomp. D.1,2,2,15

<sup>8</sup> Marce. D.11,8,2

aquellos tiempos remotos es reglado sobre todo por las costumbres, la tradición y los usos ancestrales (*mores maiorum*)<sup>1</sup>.

B. LEY DE LAS XII TABLAS. Solo sesenta años después de la desaparición de la monarquía, los vacíos de poder y las circunstancias sociales y políticas de Roma, en especial la tensión existente entre las clases patricia y plebeya, determinaron la necesidad de crear una ley para regular y dotar de certidumbre jurídica las relaciones de derecho privado entre los ciudadanos. Con esta finalidad de codificar el derecho quirritario (quirritario de *quiris*, ciudadano), se suspendieron las magistraturas<sup>2</sup> durante el año 451 a.C. y se entregó el poder a una comisión formada por diez ciudadanos<sup>3</sup> (*decemviri legibus scribundis*) con el encargo de gobernar la ciudad y, al mismo tiempo, redactar una ley sin privilegios (*privilegia ne inroganto*)<sup>4</sup>. Al final del año, esos decenviros presentaron el resultado del trabajo legislativo contenido en diez tablas<sup>5</sup>, cuya aprobación por los comicios centuriados, según la tradición, se produce de inmediato<sup>6</sup>. Con objeto de completarlo, se nombró un segundo comité decenviral por un año más, dando lugar a la redacción de dos tablas adicionales, quedando así conformada definitivamente la llamada, por esta razón, ley de las XII Tablas (*lex duodecim tabularum* del 449 a.C.)<sup>7</sup> o código decenviral.

Tito Livio califica la ley de las XII Tablas como “fuente de todo el derecho público y privado” (*fons omnis publici privatique iuris*)<sup>8</sup> y Cicerón dice “el solo libro de las XII Tablas excede a las bibliotecas de todos los filósofos, tanto por su autoridad como por la utilidad para conocer las fuentes y capítulos de nuestras leyes”<sup>9</sup> y Pomponio añade: “de esta ley comenzó a fluir el derecho civil” (*fluere coepit ius civile*)<sup>10</sup>. Tienen razón estos autores porque, aunque la ley contiene un derecho aún embrionario y primitivo, la calidad es extraordinaria para su época. La ley comienza con el acierto de legalizar separadamente, por un lado, en las tres primeras tablas, el derecho procesal y, por otro, en las tablas restantes, el derecho sustantivo, distribuyendo las materias de este último en el siguiente orden:

1. En las tablas IV y V regula los derechos de familia, tutela<sup>11</sup> y sucesiones, distinguiendo ya la sucesión abintestato<sup>12</sup> de la sucesión

<sup>1</sup> EU. 1,4

<sup>2</sup> Pomp. D.1,2,2,24

<sup>3</sup> Liv. 3,32,6

<sup>4</sup> Cic. leg. 3,4,11

<sup>5</sup> Cic. *Rep.* 2,36,61

<sup>6</sup> Liv. 3,34

<sup>7</sup> Pomp. D.1,2,2,4

<sup>8</sup> Liv. 3,34,6

<sup>9</sup> Cic. *de or.* 1,195

<sup>10</sup> Pomp. D.1,2,2,6

<sup>11</sup> XII T. 5,1-2

<sup>12</sup> XII T. 5,3-5

testamentaria<sup>1</sup>, imponiéndole restricciones a esta<sup>2</sup> y contemplando una acción (*actio familiae erciscundae*) para la división de la herencia entre los herederos<sup>3</sup>.

2. Luego se refiere a los diversos modos de celebrar algunos negocios o actos de trascendencia jurídica en la tabla VI, a través de una promesa verbal (*sponsio*)<sup>4</sup>, o de un sometimiento personal (*nexum*)<sup>5</sup> o del rito solemne de la mancipación (*mancipatio*)<sup>6</sup>, entre otros.

3. La tabla VII legaliza relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, no solo el derecho de propiedad o modos de adquirirlo, como la usucapión<sup>7</sup>, sino también servidumbres prediales rústicas<sup>8</sup> y relaciones de vecindad, concediendo algunas acciones como la del deslinde de fincas (*actio de finium regundorum*)<sup>9</sup> y estableciendo las distancias mínimas entre las construcciones y plantaciones existentes en los fundos<sup>10</sup>.

4. Los delitos son tratados en las tablas VIII y IX, distinguiendo ya los delitos privados, perseguibles solo a instancia del ciudadano perjudicado, de los delitos públicos o crímenes (*crimina*). Entre los primeros están las lesiones a las personas<sup>11</sup>, los daños a las cosas<sup>12</sup> y el hurto (*furtum*)<sup>13</sup> y otros delitos asimilados a este como la usura<sup>14</sup>. Entre los crímenes se castiga con la pena capital el homicidio<sup>15</sup>, el cohecho judicial<sup>16</sup> o la traición<sup>17</sup>. En esta regulación penal perviven aún reminiscencias tanto de la ley del talión como del sistema de ‘composiciones’, es decir, indemnizaciones compensatorias.

5. Las tres últimas tablas, X, XI y XII, contienen preceptos sobre materias diversas y entre ellas destacan las acciones noxales por la responsabilidad contraída por los hijos de familia y los esclavos, permitiendo al padre o dueño, respectivamente, optar entre asumir la indemnización del daño o entregar el sometido al perjudicado por su actuación<sup>18</sup>.

No sabemos si los decenviros autores de la ley pudieron haberse informado en los derechos municipales griegos del sur de Italia, en las leyes de Solón<sup>19</sup> o si se basaron en un derecho consuetudinario previo. Las Tablas originales se expusieron públicamente y desaparecieron muy pronto, con probabilidad en el incendio de la ciudad provocado por los galos en el año 390 a.C.<sup>20</sup>. Sin embargo, siglos después seguían siendo memorizadas por los niños en las

<sup>1</sup> XII T. 5,6

<sup>2</sup> XII T. 5,1-2

<sup>3</sup> XII T. 5,10

<sup>4</sup> XII T. 6,2

<sup>5</sup> XII T. 6,1

<sup>6</sup> XII T. 6,5B

<sup>7</sup> XII T. 7,4

<sup>8</sup> XII T. 7,6

<sup>9</sup> XII T. 7,2

<sup>10</sup> Gay. D.10,1,13

<sup>11</sup> XII T. 8,2-4

<sup>12</sup> XII T. 8,5-11

<sup>13</sup> XII T. 8,12-17

<sup>14</sup> XII T. 8,18

<sup>15</sup> XII T. 9,4

<sup>16</sup> XII T. 9,3

<sup>17</sup> XII T. 9,5

<sup>18</sup> XII T. 12,2B

<sup>19</sup> Liv. 3,31,7

<sup>20</sup> Liv. 6,1,2