

DEMOCRACIA GRIEGA Y REPUBLICA ROMANA: LA CULTURA JURIDICA COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR Y SU PROYECCION EN EL DERECHO PUBLICO EUROPEO

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático de Derecho Romano. Universidade da Coruña.

RESUMEN:

La relevancia del desarrollo científico del derecho privado en la cultura jurídica romana y su decisiva proyección en el proceso formativo de la cultura jurídica europea ha oscurecido la relación de continuidad entre el derecho público romano-republicano y el pensamiento político que influye en la fundamentación del modelo de Estado democrático de la edad moderna. En el marco de la constitución romano-republicana nace la gestión jurisprudencial del derecho, llamada a convertirse en un elemento de identidad de la cultura jurídica europea; se configura también un modelo de organización democrática en el que operan algunos de los valores que habrían de ser objeto de nueva formulación en la articulación institucional del nuevo ensayo de convivencia democrática protagonizado por la cultura política occidental.

Palabras Clave: principio electivo – principio de limitación – factor jurisprudencial – justicia técnica – independencia judicial.

ABSTRACT:

The importance of the scientific development of the private law in the Roman legal culture and its determining influence on the formation of the European legal culture has shadowed the paths of continuity between the Roman-republican public law and the political thought which was influential on the founding of the democratic State model in the modern times. The jurisprudential legal development, which turned to be one of the identity factors of the European legal culture, appeared in the framework of the Roman republican constitution, a model of democratic organisation where some of the values which were to be reformulated in the new attempt of democratic convivence supported by the Western political culture played a significant role.

Key Words: election principle – limitation principle – jurisprudential factor – technical justice – judicial independence.

*Democracia griega y República romana: la cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el Derecho Público europeo **

Sumario: 1. Nacimiento y frustración del ideal democrático en la cultura griega, 2. El principio electivo y la formación de la clase dirigente en la vida política romano-republicana, 3. Limitación del imperium de los magistrados y de la voluntas populi en las asambleas populares, 4. El modelo de los iudicia publica. Abandono de la justicia popular, 5. El modelo del derecho privado. El componente jurisprudencial, 6. De la interpretatio prudentium a la Jurisprudencia judicial. El componente corporativo de la cultura medieval y su influencia en la conquista de la independencia judicial.

1. NACIMIENTO Y FRUSTRACIÓN DEL IDEAL DEMOCRÁTICO EN LA CULTURA GRIEGA

1.1. El primer referente histórico-cultural del proceso formativo del actual modelo de organización política que ha adoptado la sociedad occidental como elemento de identidad está constituido por el ensayo de vida comunitaria protagonizado por Atenas en la antigua Grecia. Allí nace por primera vez una nueva concepción de la posición del individuo en la sociedad y la dimensión política del hombre como ciudadano¹.

El hecho diferencial de la cultura griega se aprecia al considerar al pueblo griego sobre el fondo histórico del antiguo Oriente², constituido por civilizaciones basadas en relaciones de subordinación; frente a ellas, en la cultura griega se afirma la autonomía del individuo y el autogobierno de la comunidad política; surgen, además, la filosofía, la ciencia y otras manifestaciones culturales en las que se proclama como valor la individualidad del espíritu creador, dentro de un marco de ideales que informan la vida social y la convivencia política³. Todo ello sitúa al mundo griego en una relación de comunicación espiritual con los valores que en el curso de la vida histórica fueron configurando la identidad de la cultura occidental.

Sin embargo, por lo que se refiere a la organización de la sociedad, los componentes estructurales esenciales del modelo de Estado democrático de derecho no proceden de la cultura griega. Ello sucede, ante todo, con nuestra concepción del derecho. En el pensamiento intelectual griego resulta, desde luego, perceptible la existencia de una conciencia jurídica, y puede apreciarse incluso que el derecho constituye un sentimiento común, presente en las diversas manifestaciones de la vida ciudadana. Ahora bien, lo jurídico se encuentra confundido con lo moral y político; ello se debe a que en la cultura griega las fronteras entre política y moral, sociedad e individuo, ética y derecho, están aún mal trazadas, y no se concibe un tratamiento diferenciado para cada una de ellas⁴.

* El presente trabajo forma parte de un Proyecto de investigación colectivo sobre "El poder judicial en el marco de una sociedad globalizada" (DER 2009-11199), bajo la coordinación del Profesor D. Agustín Pérez-Cruz Martín, Catedrático de Derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña.

1 Vlachos, *L'idée de l'homme libre dans la république des athéniennes* (1944).

2 Burckhard, *La civiltà greca* (tr. it. 1955).

3 Jaeger, *Los ideales de la cultura griega* (tr. esp., 1957).

4 Biscardi, *Diritto greco antico* (1962).

La influencia griega en la cultura jurídica de Occidente se produce en el ámbito del pensamiento. Así ocurre con la idea de justicia entendida en un sentido moral, que constituye una de las cuestiones fundamentales de la especulación intelectual de la Ilustración ateniense⁵; de ahí nace el primer planteamiento de la relación ética entre justicia y derecho, en donde tiene su inicio el fenómeno histórico-cultural vinculado al concepto de derecho natural. Esta problemática genera una tradición cultural que se ha mantenido viva desde el pensamiento helenístico hasta nuestros días⁶; se trata, ciertamente, de una temática ajena a la concepción normativa del derecho con que opera la ciencia jurídica positiva en cualquier época histórica de la cultura de Occidente, pero cumple una función de crítica racional desde el plano ético con que opera la filosofía moral en situaciones en las que un determinado orden normativo tropieza con la conciencia jurídica pública y pierde legitimidad en los medios intelectuales.

Desde el plano del proceso formativo del derecho público europeo, el modelo ateniense de democracia tiene muy poco que ver con la que adquiere forma institucionalizada en el constitucionalismo de inspiración liberal. Con razón se ha dicho⁷, que la experiencia griega nos enseña cómo no debemos organizar políticamente la convivencia democrática si queremos gozar de libertad bajo la soberanía de la ley y de una justicia conforme a derecho. Las condiciones político-culturales y el desarrollo de los acontecimientos condujeron a un modelo organizativo que contenía los elementos internos que lo conducirían a su autodestrucción.

Según la tradición ateniense, las primeras bases de su constitución democrática⁸ fueron establecidas por Solón tras ser elegido arconte (594 a.C.), pero su definitiva instauración se produce con la reforma política de Clístenes (508 a.C.); en lo esencial, se trató de un compromiso de conciliación entre la nobleza y el pueblo sin alterar la estructura de la sociedad: se atribuyó a la asamblea de ciudadanos el control del acceso a las magistraturas mediante el sistema electivo y competencias legislativas a propuesta de los magistrados, estableciéndose mecanismos de control de la legalidad⁹; en este período la nobleza continuó manteniendo una posición preponderante en las funciones de gobierno y en la administración de justicia.

La aceptación de la reforma constitucional de Clístenes se vio favorecida por la cohesión social creada en las guerras médicas con las grandes victorias militares de Maratón (490 a.C.) y Salamina (480 a.C.); fueron victorias vividas y ganadas por la ciudadanía entera, nobles y pueblo. La reconciliación de las clases sociales se sentía como necesaria; reflejo de ello fue la proclamación de la igualdad ante la ley (isonomía) como principio de la vida política. En este momento, sin embargo, no se habla todavía de democracia.

El término aparece tras la nueva reforma constitucional protagonizada por Efiltes (462 a.C.), que culmina el progresivo deslizamiento de la organización y funcionamiento de la vida política hacia la primacía del poder popular. Las anteriores reformas constitucionales se habían sustentado en el acuerdo básico entre la nobleza y el pueblo; la reforma de Efiltes, en cambio, fue el resultado de una explosión revolucionaria por él conducida y que los nobles se vieron obligados a aceptar. La palabra democracia nace, por ello, con un tono desafiante; aunque su referencia al pueblo compren-

5 Rodríguez Adrados, *Ilustración y política en la Grecia clásica* (1966).

6 Straus, *Naturrecht und Geschichte* (1956); Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale* (tr. it. 1965).

7 Sartori, *Teoría de la democracia*, 2. Los problemas clásicos (tr. esp. 1987), p. 367.

8 Jones, *The Athenian Democracy* (1957).

9 Paoli, *La sauvegarde de la legalité dans la démocratie athénienne* (1976).

de a todos, en realidad acentúa la idea de atribución del poder al pueblo como clase; en el lenguaje político aparece, así, utilizada con diferentes tonalidades, desde la agresividad de los demócratas radicales hasta la valoración peyorativa de sectores de la nobleza enemigos del sistema; su empleo como valor positivo se encuentra, en realidad, tan sólo en los medios intelectuales y políticos relacionados con el movimiento cultural de la Ilustración ateniense.

Para hacer efectivo el principio de igualdad se introdujo el sistema del sorteo entre el conjunto de los ciudadanos, con lo que se trataba de garantizar a todos el derecho al desempeño de las magistraturas, que tendieron a multiplicarse; se estableció, además, la retribución por el desempeño de las funciones públicas. El sistema electivo se mantuvo tan sólo para el cargo de tesorero y el generalato, que se convirtió en la magistratura protagonista de la vida política ateniense. El control de la acción de gobierno, incluida la relativa a los asuntos militares, y la exigencia de responsabilidades se ejercían de manera permanente por la asamblea de ciudadanos.

La afirmación del poder popular determinó un profundo cambio en la concepción de la legalidad. El populismo en que derivó el modelo originario acabó resultando incompatible con la admisión de ninguna mediatización de la voluntad política de la asamblea de ciudadanos; los mecanismos de control de la legalidad fueron sobrepasados al ser asumidos por la propia asamblea; el procedimiento legislativo instaurado permitía que la iniciativa de cualquier ciudadano pudiese determinar la conversión en ley de todo lo que la asamblea aprobara. La legalidad de la democracia ateniense prescindió, así, por completo de toda limitación y estabilidad; en consecuencia, la ley dejó de servir como instrumento de garantía para el ciudadano, que vino a encontrarse a merced del cuerpo colectivo.

La administración de justicia se confió a jueces y jurados populares designados anualmente por sorteo entre los miembros de la asamblea. En la práctica judicial tiene protagonismo el retórico, cuyo arte del razonamiento discursivo resultaba determinante en un procedimiento oral desarrollado ante órganos judiciales de composición popular, que, sin necesidad de deliberación, emitían su voto para formar por mayoría el sentido de la sentencia. En el ámbito de la administración de justicia prestan también sus servicios los “*pragmatikoi*”; se trata de expertos en el conocimiento de las leyes, que proporcionan asistencia jurídica a los retóricos y a las partes a cambio de dinero. Estos profesionales pertenecen al nivel inferior de la escala social; su tratamiento del derecho es meramente empírico e instrumental y carecen de consideración en los medios intelectuales.

Las fuentes literarias contienen abundantes referencias negativas sobre la actuación de los tribunales populares, muy frecuentemente utilizados en la contienda política; tales informaciones deben ser, sin embargo, relativizadas, en la medida en que la crítica a la administración de justicia constituye una constante en la vida social, y en modo alguno permite por sí misma la descalificación del modelo ateniense de jurados populares; también en ello, después de todo, la cultura griega resultaría comparativamente favorecida en relación con los demás pueblos del oriente mediterráneo¹⁰.

1.2. El liderazgo de Pericles (443-428 a.C.), miembro de la nobleza ilustrada, hizo posible que funcionara la democracia, pero a su muerte entró en un proceso de descomposición, paralelamente a la desintegración de la sociedad en medio de las tensio-

¹⁰ Paoli, *Studi sul processo attico* (1933; reimpr. 1975); Biscardi, o. cit., p. 240 ss.; Lanni, *Law and Justice in the Courts of classical Athens* (2006).

nes internas generadas por la guerra del Peloponeso; este período de anarquía democrática se vio interrumpido por una solución política oligárquica (411 a.C.) de breve duración; la democracia fue de nuevo restablecida (410 a.C.), pero sucumbió definitivamente (322 a.C.) bajo el poder macedonio¹¹.

Es posible que la democracia ateniense hubiese podido prolongar su existencia durante algún tiempo sin la incidencia del factor externo de la derrota militar; de todos modos, la percepción del fracaso de la experiencia democrática entre los contemporáneos antecede al acontecimiento que le puso fin: la democracia había perdido, en efecto, la aceptación social y, sobre todo, el apoyo de los medios intelectuales que en otro tiempo habían contribuido a crear el ideal democrático.

La cultura griega había sido una creación de la aristocracia¹² en torno a un conjunto de ideales humanos y políticos; la lucha por la democracia en el siglo V a.C. fue un intento de trasladar esos valores al conjunto del pueblo. Los protagonistas de ese movimiento fueron los medios intelectuales vinculados a la Ilustración ateniense, y sus agentes en el plano político algunos miembros de la nobleza. El pensamiento ilustrado había ido creando un mundo a escala del hombre, en el que la posibilidad del acuerdo y la conciliación entre intereses y voluntades contrapuestas se consideraba posible gracias a la apertura del hombre a la persuasión y a la razón.

Pericles participaba de ese ideario, y practicó una política que trataba de conciliar autoridad y libertad, la integración de las clases sociales, la utilización de las capacidades de la nobleza y facilitar el control de la vida política por el pueblo. Tanto el nivel de vida como la cultura popular prosperaron durante su mandato, pero su ideal ilustrado no tuvo continuidad: después de su muerte, (478 a.C.) se hicieron patentes las dificultades del sistema democrático para su correcto funcionamiento sin un liderazgo político; la progresiva independencia de las clases populares condujo a que no se contentaran con ejercer el control de las magistraturas para evitar el abuso de autoridad, sino que hicieron de su voto un arma para sus propios intereses; de la tiranía de la minoría, que la democracia había querido superar, se pasó a la de la mayoría como expresión del poder del más fuerte.

Durante el período de anarquía democrática la vida pública estuvo dominada por políticos populistas procedentes de las clases mercantiles, opuestos al ideario de la Ilustración ateniense; la conciliación entre el pueblo y la nobleza resultó imposible y las tensiones sociales fueron en aumento. El deterioro de la vida política produjo un creciente desinterés por la participación activa en la misma; se había ido produciendo una disociación entre la élite social y la clase dirigente. En el pensamiento político y en la filosofía moral del siglo IV a.C. existe una valoración negativa de la democracia de su tiempo, responsable de la condena de Sócrates (399 a.C.) y, con ello, de todo el movimiento de la Ilustración ateniense.

En los medios intelectuales surgen posiciones críticas, cuyo máximo exponente es Platón¹³, o reformistas, como Aristóteles¹⁴; otros proponen soluciones utópicas, y aparecen también corrientes de pensamiento que propugnan desentenderse de la vida polí-

11 Mose, *La fin de la démocratie athénienne* (1962).

12 Rodríguez Adrados, o. cit., p. 259 ss.

13 Rep. 557 a.; leg. 757 b-758 a.

14 En su *Política* propugna como modelo la república (politeia), forma de gobierno mixta en la que coexisten elementos oligárquicos y democráticos; Polibio proyecta esa doctrina en su descripción de la República romana; Guzmán Brito, *El vocabulario histórico para la idea de constitución política*, en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*. 24 (2002), p. 150 ss.

tica o superar el ámbito de la polis en la nueva concepción del mundo que difundió después la corriente espiritual del estoicismo¹⁵. Un elemento común a éstas y otras corrientes de pensamiento está constituido, en todo caso, por la insatisfacción y crisis espiritual reinante en el escenario de la vida social y democrática del siglo IV a.C.

El olvido en que cayó el término democracia en la cultura occidental¹⁶ muestra que la memoria histórica conservó una valoración negativa de la experiencia democrática ateniense, que fue transmitida a las élites intelectuales sucesivas. Contribuyó a ello el propio pensamiento político griego, al que se unió el latino representado por Cicerón, que consideraba perverso un régimen de organización de la sociedad en donde omnia per populum reguntur¹⁷ y el medieval, dominado por la figura de Tomás de Aquino, que califica la democracia como iniquum regimen¹⁸.

La continuidad de ese pensamiento se mantiene en el humanismo renacentista y en los medios intelectuales de la Ilustración; cuando comienza a abrirse paso el ideal republicano se aprecia una resistencia inicial a su identificación con la democracia, y ese lenguaje se encuentra incluso presente entre quienes protagonizan el proceso de elaboración de la constitución americana, que prefieren hablar de república representativa, como sucede también en las corrientes de pensamiento de tendencia republicana en la Francia revolucionaria¹⁹.

Resulta igualmente significativa la restricción originaria del ius suffragii mediante el sistema electoral censitario, a pesar de la proclamación del principio de soberanía popular; el sufragio universal masculino no se instaura en Francia hasta la revolución de 1848; en la democracia americana es en 1870 cuando se produce ese hecho y todavía en 1918 en la británica; una conquista posterior será todavía el reconocimiento del ius suffragii a las mujeres.

La recuperación del uso de la palabra democracia y su empleo generalizado en el lenguaje político se produce dentro de un modelo de organización de la sociedad que hace a las democracias modernas sustancialmente distintas a la griega. Aunque la palabra y el propio ideal político son griegos su significación actual se aplica a una realidad institucional nacida fuera de Grecia; aunque se trate de un reencuentro con la cultura política griega y con los ideales de la Ilustración ateniense, el moderno ensayo democrático introduce elementos rectificadores generados en la vida histórica de Occidente, cuyo componente genético de progreso se basa en la capacidad para corregir los modelos de pensamiento y de organización de la sociedad que ensaya. Los propios griegos iniciaron ese camino, formulando en la reflexión intelectual del siglo IV a.C. propuestas para introducir correcciones en el funcionamiento de la democracia de su época para evitar el proceso degenerativo que condujo a su fracaso.

La República romana ofrece una experiencia de organización democrática de la sociedad también frustrada, aunque por causas distintas a las que concurrieron en Grecia. Durante los siglos XVII y XVIII, tanto en América del Norte como en Francia, el pensamiento que contribuyó a la formación del moderno derecho público estableció un diálogo intelectual con las experiencias de la Antigüedad, griega y romana, en las reflexiones y debates que precedieron a la nueva articulación institucional del Estado.

15 Pohlenz, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* (1967).

16 Wolheim, *Democracy*, en *Journal of the History of Ideas*, 19 (1958), p. 225 ss.

17 Cic. *rep.* 1, 26

18 Pese a sus preferencias por el regnum, Tomás de Aquino elogia la constitución romano-republicana; *De regno*, 1,6,18-21

19 Sartori, *o. cit.*, p. 137; Arendt, *Essai sur la Révolution* (tr.fr. 1967).

La distancia histórico-temporal que media entre los ensayos de la Antigüedad y la sucesión de acontecimientos que precedieron a la adopción del Estado democrático de derecho como expresión de identidad de la cultura política occidental proporciona suficientes motivos para la reflexión. La que se propone en este ensayo pretende solamente mostrar algunos de los elementos diferenciadores de la experiencia política romano-republicana respecto a la griega, y poner de relieve la decisiva influencia de la cultura jurídica romana en la configuración de la concepción técnica del derecho, que daría lugar al modelo profesionalizado de administración de justicia y a la conquista de la independencia de los jueces en el modelo de Estado de derecho, dentro de cuyo marco se operó la recuperación del nuevo ensayo de organización democrática de la sociedad.

2. EL PRINCIPIO ELECTIVO Y LA FORMACIÓN DE LA CLASE DIRIGENTE EN LA VIDA POLÍTICA ROMANO-REPUBLICANA

2.1. Suele apreciarse un paralelismo entre la historia de Roma hasta el final de la época republicana y la de Atenas hasta el siglo IV a.C.; sin embargo, en realidad las culturas griega y romana son independientes y sólo parcialmente simultáneas, con cierta influencia de la primera sobre la segunda. La diferenciación entre ambas culturas se produce por las distintas condiciones de la vida histórica que operan en cada una de ellas; hechos comunes e instituciones políticas semejantes conducen en la constitución política romano-republicana al desarrollo de un modelo de experiencia democrática²⁰ diferente al que ofrece la constitución ateniense.

En la tradición constitucional romana la Civitas aparece como una comunidad política jurídicamente organizada bajo el imperio de la ley pública, a la que están sometidos los magistrados, los órganos judiciales y los ciudadanos²¹. El *ius publicum* se concibe como un ordenamiento de garantía de la libertas y de los derechos individuales de los ciudadanos, y la Civitas como recinto en que tales derechos encuentran protección²².

Tanto en la polis ateniense como en la Civitas romana el pueblo figura como referente básico de la organización política, pero en la constitución romano-republicana se encuentra situado estructuralmente en una posición muy distinta a la que ocupa en el modelo ateniense de democracia. Resulta significativo al respecto la acuñación del término *res publica*, que alude a la sociedad organizada como un todo, pero no implica la referencia del poder al pueblo como sujeto determinado, sino al conjunto del sistema institucional diversificado en ámbitos competenciales entre los que se fue configurando un marco de limitaciones y controles que trataban de preservar la libertad cívica como valor fundamental de la cultura política.

La constitución republicana se basa en la legitimación popular de las magistraturas, las leyes y los iudicia populi, pero la estructura de la *res publica* confiere a la soberanía popular una dimensión limitada, en la medida en que la actividad política en su conjunto es el resultado de una cooperación entre los diversos órganos constitucionales²³. Las

20 Guarino, *La democracia a Roma* (1973); Ribas Alba, *Democracia en Roma. Introducción al derecho electoral romano* (2008).

21 Cic, *cluent.* 53, 146.

22 Cic. *dom.* 30, 80.

23 Nocera, *Il potere dei comizi e i suoi limiti* (1940).

asambleas populares y el Senado sólo pueden reunirse a iniciativa de un magistrado con potestad para convocar al pueblo o a los senadores, pero los usos constitucionales exigen a los magistrados el *iussu populi* para la aprobación de las leyes y la intervención consultiva del Senado en todo lo que afecta al interés general de la República. Cicerón contrapone, por ello, la República romana a la democracia griega en la que *totae res publicae sedentis contionis temeritate administrantur*²⁴.

En el curso histórico de desarrollo de la constitución política romano-republicana se producen en la sociedad movimientos populares reivindicativos, tanto en el plano de la participación política como en el socio-económico: en el siglo V a.C. la revolución de la plebe contra la posición hegemónica del patriciado alcanza altos niveles de tensión política, y desde mediados del siglo II a.C. el incremento del proletariado urbano acaba provocando una creciente desestabilización institucional. Las perturbaciones derivadas de estos movimientos populares no condujeron, sin embargo, a una alteración constitucional de desplazamiento del poder hacia las asambleas populares como se produjo en la experiencia política ateniense.

Un factor diferencial entre ambas experiencias de organización democrática se encuentra en el protagonismo que desde un primer momento tiene en la sociedad romano-republicana una clase dirigente formada desde la legitimación popular, pero consciente de ser depositaria de la cultura política de la tradición republicana y de un sistema de valores que constituían pautas de comportamiento en el medio familiar y en la vida pública. La estructura básica de la antigua sociedad republicana se apoyaba en una amplia clase media de campesinos con vínculos clientelares con grupos familiares pertenecientes prevalentemente al patriciado, que estaban en condiciones de ejercer un liderazgo político con reconocimiento y apoyo social.

2.2. El componente aristocrático de la clase política romano-republicana²⁵ tiene la peculiaridad de forjarse en torno al servicio público y con la legitimación social derivada del desempeño honorable de las magistraturas; desde esta perspectiva resulta relativizado el carácter oligárquico que se atribuye a la composición de la clase dirigente; el sistema electivo la mantuvo abierta a la incorporación de nuevos miembros (*homines novi*), lo que se puso de manifiesto en la conciliación integradora con que pudo superarse el enfrentamiento generado en el conflicto patricio-plebeyo.

Uno de los valores esenciales del constitucionalismo romano-republicano, que inciden decisivamente en su desarrollo, fue la continuidad del sistema electivo para el acceso a las magistraturas. Tal era ya el carácter que tenía el *rex* en el anterior período monárquico, y con la elección de los dos primeros cónsules que lo sustituyen se inicia el régimen republicano (509 a.C.). El cambio político había sido protagonizado por la nobleza patricia con el apoyo de la población plebeya²⁶. La antigua nobleza patricia se había configurado en el período monárquico por la incorporación al órgano consultivo senatorial de los jefes de grupos familiares, cuya denominación (*patres*) pasa a designar la condición de miembro del Senado.

El patriciado no se circunscribía a un número cerrado de familias, sino que tenía carácter abierto; la distinción (honor) dependía de la designación real a través de la lec-

24 Cic. *flac.* 7,16.

25 North, *Politics and Aristocracy in the Roman Republic*, en *Classical Philology*, 85 (1990), p. 272 ss.

26 Richard, *Les origines de la plébe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plebéien* (1978).

tio senatus; la condición de senador era vitalicia y personal, pero ennoblecía a sus descendientes²⁷; de estos grupos familiares procedían también quienes ocupaban los cargos civiles y militares. El patriciado y los grupos familiares gentilicios²⁸ adquirieron, así, conciencia de clase dirigente y, en consecuencia, trataron de monopolizar el acceso a los cargos públicos, controlar la gestión de las funciones sacerdotales y asegurarse también una posición de superioridad en el plano económico.

Con la instauración de la República, la legitimidad democrática expresada en el *suffragium* del ciudadano crea progresivamente un nuevo grupo dirigente formado en torno a la gestión de las más altas magistraturas. No todas las antiguas familias patricias lograron formar parte de este nuevo grupo; en un primer momento acceden a él también miembros de la plebe, pero desde la segunda mitad del siglo V a.C. el patriciado consiguió recuperar su posición dominante desde la legitimidad democrática. Ese resultado fue consecuencia del protagonismo que adquirió la asamblea centuriada (*comitia centuriata*), en el sistema electivo.

En la composición interna de esta asamblea no operaba formalmente la diferenciación patricio-plebeya, pero su carácter censitario con referencia a la riqueza fundaria en manos del patriciado venía a operar ese efecto diferenciador, al establecerse la ponderación del *ius suffragii* sobre la base del distinto peso que correspondía a los ciudadanos en la vida política a tenor de su nivel de contribución en la esfera militar y fiscal. El sistema de votaciones²⁹ y el criterio aplicado en la formación de mayorías para la adopción de acuerdos, aseguraba en la práctica política el control de las decisiones de la asamblea por parte del patriciado. Aunque en la historia de la República existe una tensión anticensitaria, las reformas que se introdujeron³⁰ no supusieron cambios sustanciales en la estructura de la asamblea por centurias.

El movimiento plebeyo³¹ del siglo V a. C. tiene una dimensión política en la reivindicación del principio de igualdad legal frente al patriciado, que no puede entenderse sin la presencia activa de la minoría plebeya que integraba la oligarquía económica con el patriciado, pero que se veía desplazada por éste en el acceso a las altas magistraturas y al Senado, tras haber participado en la instauración del régimen republicano. Ese grupo emergente instrumentalizó la revuelta plebeya y obtuvo primero concesiones y más tarde un acuerdo constitucional con la nobleza patricia.

El hecho que forzó al patriciado a realizar concesiones para evitar la confrontación civil fue la sedición (493 a.C.) de las legiones plebeyas, que concluyó con un pacto con el Senado que reconoció a la plebe el derecho a elegir a sus propios magistrados para la defensa de sus intereses. En el año 449 a.C. se produjo una recepción de esas magistraturas en el derecho constitucional republicano³², lo que supuso el reconocimiento de un ámbito autónomo de poder a una parte del *populus*, y a los tribunos de la plebe la capacidad de paralizar mediante veto (*intercessio*) el acto de cualquier magistrado o del Senado.

27 Liv., I, 8, 7: *patres certe ab honore, patriciique progenies eorum appellati*.

28 Franciosi, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, I (1984) y II (1988); los plebeyos no pertenecen a ninguna gens (*gentes non habent*; Liv. 10, 8, 9).

29 De Martino, *Sui modi di votazione nelle assemblee romane*, en *Diritto, economia e società nel mondo romano*, IV (2003), p. 139 ss.

30 Ribas Alba, o. cit., p. 188 ss.

31 Guarino, *La rivoluzione della plebe* (1975).

32 *Lex Valeria Horatia de tribunitia potestate*; en la terminología política republicana los tribunos y ediles plebeyos seguirán siendo, sin embargo, *magistrati plebis* y no *magistrati populi romani*; Gell. 15, 27.

El patriciado tuvo que aceptar también una serie de iniciativas de la plebe, que siguieron a la constitucionalización de sus magistrados: elección de una comisión decemviral (451 y 450 a.C.) para satisfacer la demanda plebeya de que el *ius* estuviera fijado por escrito; reconocimiento de la validez de los matrimonios entre patricios y plebeyos (445 a.C.); creación de una magistratura extraordinaria de carácter alternativo al consulado a la que podían acceder tanto patricios como plebeyos³³; reconocimiento a los tribunos de la plebe del derecho a intervenir en las sesiones del Senado (457 a.C.).

2.3. La conciliación de la clase dirigente patricio-plebeya se produjo con el compromiso expresado en las *leges Liciniae Sextiae* (367 a.C.), que proporcionaron estabilidad a la constitución republicana. A partir de ese momento, progresivamente todas las magistraturas terminaron siendo accesibles por vía electiva a los plebeyos y a los patricios las plebeyas tras haber tenido lugar la *transitio ad plebem* del patricio. La *lex Ovinia*, de finales del siglo IV a.C., confió la elección de los senadores a los censores, entre ex magistrados y según las plazas disponibles; a finales del siglo III a. C. o principios del II a.C. se otorgó a los tribunos de la plebe la facultad de convocar y presidir el Senado (*ius agendi cum patribus*) y posteriormente los ex tribunos pudieron ser incorporados al Senado³⁴: Con estas medidas integradoras, la aristocracia senatorial eliminó el riesgo de que el tribunado de la plebe se convirtiera en un poder paralelo apoyado en los *concilia plebis* en contra del Senado³⁵.

La expansión del sistema electivo y su apertura a los no patricios alcanzó también a las funciones sacerdotales; tras el compromiso constitucional del año 367 a.C. los plebeyos pudieron entrar en el colegio de los pontífices y en el de los augures³⁶. El derecho augural impedía la intervención del *populus* en la designación de los miembros de los colegios sacerdotales, que tradicionalmente eran seleccionados por cooptación, y elegían de entre sus miembros al pontífice máximo. Al menos desde el año 212 a.C. esta elección se traslada a una asamblea ciudadana restringida presidida por un pontífice³⁷; la *lex Domitia de sacerdotis*, plebiscito del 104 a.C., extendió el sistema electivo a todos los miembros de los colegios sacerdotales, que conservan, sin embargo, la capacidad de propuesta de candidatos para cubrir las vacantes mediante votación.

El desarrollo de los acontecimientos históricos pone de relieve la fuerza dinamizadora del sistema electivo como cauce de integración de la clase dirigente. Como resultado del acuerdo del año 367 a.C. se produjo una transformación interna en el componente aristocrático de la sociedad republicana; el término *nobilitas* hace referencia en ese período a la nueva aristocracia patricio-plebeya³⁸ constituida, según la tradición republicana, desde la legitimación democrática derivada del desempeño de las magistraturas electivas y la incorporación al Senado.

33 *Tribuni militum consulari potestate*, Liv. 4.7.8; desde el 409 a.C. los plebeyos podían acceder a la cuestura; Liv. 4.54.3.

34 *Lex Atinia de tribunis plebis in senatum legendis*, de la segunda mitad del siglo II a.C.

35 Cicerón (leg. 2,32) confiere al tribunado una función moderadora de la plebe.

36 *Lex Ogulnia de auguribus et pontificibus*, plebiscito del 300 a.C.; North, *La religione repubblicana*, en *Storia di Roma*, Momigliano-Schiavone, 1990, II, 1, p. 557 ss.

37 Liv. 25, 5, 2-4; al ser el cuerpo electoral tan sólo una *pars populi* se respetaba formalmente la antigua prohibición augural; Cic. le. agr. 2, 7, 18.

38 Hilkenkamp, *Die Entstehung der Nobilität. Studien zur sozialen und politischen Geschichte der römische Republik im 4 Jhd. v. Chris.* (1978).

En realidad, el sector influyente de la plebe no había pretendido nunca desplazar al patriciado, sino compartir con él las funciones de gobierno; el carácter abierto del sistema electivo permitió ese resultado haciendo efectivo el principio de igualdad ante la ley; ello dio satisfacción a la minoría plebeya enriquecida, que a lo largo del siglo V a.C. había conseguido incorporarse a las primeras clases del censo, y que pretendía su reconocimiento también en el plano político.

La formación de la clase dirigente a partir de la nobleza patricia se vio favorecida por la consideración de las magistraturas como honores dispensados por el *populus romanus* a los elegidos para desempeñarlas; la recompensa se encuentra en el reconocimiento social, y son incompatibles con la percepción de una remuneración. Tal concepción de las funciones públicas, que se extiende también al trabajo intelectual,³⁹ no resultó alterada por el movimiento plebeyo; en efecto, a diferencia de lo ocurrido en la democracia ateniense, en la República romana nunca se planteó el pago por el desempeño de las magistraturas, la asistencia a las asambleas o la participación como miembros de los jurados. Esta ética cívica de la acción política operó como factor selectivo de la clase dirigente; sus integrantes debían contar con una base económica que les facilitara el otium necesario para dedicarse al servicio público, pero la situación patrimonial no era un requisito para el acceso a las magistraturas ni tampoco suficiente para el ejercicio del *ius honorum*.

De la cultura política de la nobleza patricia procede también el valor de la dignitas, que designa la cualidad moral de quien pretende desempeñar una función pública. La ideología del patriciado se sirvió de ese concepto para afirmar su preeminencia, consiguiendo con ello mantener durante largo tiempo el control de los colegios sacerdotales y el de las magistraturas superiores, a pesar de su carácter electivo. Incluso tras el compromiso patricio-plebeyo del año 367 a.C. la elección popular siguió favoreciendo normalmente a las candidaturas patricias; de hecho, para hacer efectivo aquel acuerdo, y asegurar el acceso de los plebeyos al consulado con regularidad, el plebiscito *Genucio* (342 a.C.) tuvo que establecer que uno al menos de los cónsules tenía que ser plebeyo.

La minoría dirigente plebeya hizo suyo el sistema de valores del patriciado, lo que permitió su pervivencia en la cultura política representada por la *nobilitas*; a la capacidad de compromiso de esa clase dirigente y a su ética de servicio público, fue debido el logro de la estabilidad de la constitución republicana y el éxito de su expansión territorial mediterránea. Probablemente en ese momento resultaba acertada la percepción polibiana de la *res publica romana* como modelo de organización política basada en la *concordia civium et potestatum*⁴⁰.

2.4. Aunque dentro de la clase dirigente existieran grupos diferenciados de intereses, que operaban en la formación de las mayorías en los comicios centuriados⁴¹, la *nobilitas* mantenía una unidad básica, que comienza a romperse desde mediados del siglo II a.C. La política expansiva de las guerras de conquista había generado una profunda transformación de la vida económica, que condujo a una nueva distribución del cuerpo social. La *nobilitas* se había enriquecido con la administración y explotación de los territorios conquistados, mientras que la antigua clase media campesina se había empobrecido, desplazándose en gran número a la *Civitas*, en la que también se establecían gentes y ciudadanos de diversa procedencia.

39 Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano* (1999).

40 Pol. hist. 6, 18.

41 Cassola, *I gruppi politici romani nel III secolo a.C.* (1962).

Las limitaciones que la antigua cultura aristocrática republicana imponía a los miembros del orden senatorial en relación con la dedicación a determinadas actividades mercantiles propiciaron el desarrollo de un nuevo grupo social, enriquecido con el cobro de impuestos, la ejecución de obras públicas y el comercio; las necesidades militares obligaron a alistar a integrantes de este grupo en la caballería, tradicionalmente reservada a la aristocracia senatorial en la organización centuriada, y ello les permitió distinguirse socialmente como caballeros (equites). Su poder económico les facilitó también participar con la nobleza senatorial en el progresivo control de la tierra cultivable, tanto en propiedad privada como en régimen de concesiones de explotación del *ager publicus*, surgiendo en la península itálica grandes latifundios explotados con recurso a mano de obra esclava.

Las transformaciones socio-económicas repercutieron en el debilitamiento de la estructura civil clientelar, en la crisis de la antigua familia romana y en el abandono del sistema de valores que la sustentaban; se debilitó también la moral cívica y comunitaria, frente a la que prevaleció una nueva ética individualista y hedonista de influencia helenística. Por otra parte, la expansión militar condujo a la sustitución del ejército de ciudadanos por otro profesionalizado, lo que tuvo importantes consecuencias en la vida política: se perdió la lealtad constitucional a la República en favor de la prestada a los jefes militares, surgiendo una nueva clientela de tipo castrense con cuyo apoyo comenzó a afirmarse la primacía del poder militar sobre el civil.

En la nueva situación, la *nobilitas* perdió el antiguo reconocimiento social como grupo dirigente y se transformó en clase dominante. El carácter abierto del sistema electivo había permitido el acceso de muchos *homines novi* a las magistraturas menores⁴², lo que también vino facilitado por el aumento de su número, pero la aristocracia senatorial consiguió mantener el control de los procesos electorales en cuanto a la promoción de candidatos al consulado e incluso a la pretura, de modo que sólo excepcionalmente lograban ocupar esas altas magistraturas miembros de familias del orden ecuestre.

El descontento generado por los desequilibrios socio-económicos provocó movimientos reivindicativos de carácter político, pero, sobre todo, económico, a causa del masivo endeudamiento de la mayoría de los ciudadanos y de la demanda de redistribución del *ager publicus*. Los intereses de los miembros del orden ecuestre⁴³ eran coincidentes con los de la oligarquía senatorial en la oposición a las pretensiones de la masa ciudadana en el plano económico, pero se enfrentan con los integrantes del orden senatorial al pretender éstos mantener el control del gobierno y de la composición de los nuevos tribunales de justicia penal.

Dentro de la nobleza senatorial surgió entonces un grupo reformista, que pretendía encauzar las reivindicaciones populares, pero la oposición conservadora impidió cualquier compromiso. La vida política comenzó a discurrir en un ambiente de tensión entre las dos facciones representadas por los *optimates* y los populares, encontrando éstos apoyo en los equites; ambos grupos formaron clientelas de apoyo político en las asambleas plebeyas mediante prácticas corruptas y se sirvieron de los tribunos de la plebe para hacer prevalecer sus posiciones.

Algunas iniciativas de signo populista consiguen prosperar, como la implantación del voto secreto (139 a.C.), pero la influencia de la oligarquía consiguió que otras fueran rechazadas, como la tentativa (67 a.C.) de alterar la estructura de la asamblea por

42 Cic. *planc.* 60.

43 Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine*, 312-43 a.J.C. (1966).

centurias, o pronto derogadas, como la composición popular del *album iudicum* para la formación de los jurados de los tribunales penales (89 a.C.). Los enfrentamientos dentro de la clase dirigente y la perturbación de la vida política alcanzaron especial virulencia a causa de los proyectos de reformas económicas encaminadas a la redistribución del *ager publicus*⁴⁴ con el fin de recomponer la antigua *clase media campesina*.

Al hacerse imposible la conciliación, la lucha por el control del poder político condujo al falseamiento del sistema electivo, las infracciones del orden constitucional se hicieron frecuentes y la destrucción del adversario se convirtió en objetivo de la contienda electoral. La reacción oligárquica protagonizada por L. Cornelio Sila durante su consulado (88 a.C.) y en el período de dictadura constituyente (82-79 a.C.) no aportó la reorientación constitucional que necesitaba la República; la solución autocrática de César quedó frustrada (44 a.C.), pero se situaba en la dirección que marcaría el fin del régimen republicano.

La crisis de la República romana⁴⁵ tuvo como protagonista a su clase dirigente, de la que también surgió la salida constitucional que configuraría el nuevo modelo organizativo basado en el poder personal, que progresivamente se distanciará del principio electivo como vía legitimadora del acceso al poder político. El *populus romanus* participó dividido en las contiendas políticas por el control del poder desencadenadas en el seno de la oligarquía senatorial y el nuevo grupo influyente de los equites. Los grupos familiares que constituían la nobilitas sucumbieron en gran medida dentro del proceso destructivo de la República; en el nuevo régimen constitucional que la sustituye conseguirá protagonismo el orden ecuestre, cuyo sistema de valores era muy distinto al de la antigua nobleza republicana.

Contrariamente a lo ocurrido en la sociedad ateniense, la República romana contó con la consideración de los medios intelectuales incluso en sus turbulentos momentos finales, y permaneció como paradigma de constitución política y fuente de legitimidad durante el primer período del Principado. Su destrucción no fue, por tanto, percibida en la memoria histórica como la experiencia de un modelo que debía abandonarse; su desaparición no era deseada por la clase dirigente ni por el *populus romanus*. Resulta significativo de todo ello que el cambio de régimen político se hiciese desde la legalidad republicana y fuese presentado como un proyecto de restablecimiento del orden constitucional quebrantado por las contiendas civiles.

3. LIMITACIÓN DEL IMPERIUM DE LOS MAGISTRADOS Y DE LA VOLUNTAS POPULI EN LAS ASAMBLEAS POPULARES

3.1. La relevancia del valor constitucional del sistema electivo se pone de manifiesto en la regulación jurídica del procedimiento para la elección de las diferentes magistraturas y la progresiva configuración legal de un derecho electoral. La tradición del período anterior en relación con la elección del *rex* continúa en la constitución republicana: el procedimiento electoral es el cauce para la *creatio* de los magistrados por el pueblo. La legalidad del derecho electoral está constituida por un conjunto de reglas

44 Leyes agrarias de Tiberio (133 a.C.) y Cayo Graco (123 a.C.); Perelló, I Gracchi (1993).

45 Biscardi, La crisi della Repubblica romana, en *Labeo*, 5 (1959), p. 92 ss.; Cerami, La crisi della libera res publica, en *Poder político y derecho en la Roma clásica* (1996), p. 11 ss.

basadas en usos tradicionales (mores) y en la legislación ordinaria; el proceso electivo está sujeto, además, a requisitos y limitaciones jurídico-religiosas, y supervisado por el Senado y el colegio augural.

La voluntad popular no se expresa de modo asambleario, sino a través del ejercicio del *ius suffragii* dentro de la asamblea formalmente convocada; el *suffragium* se emitía oralmente de modo individual, hasta que en el período tardo-republicano se introdujo el voto escrito y secreto⁴⁶. El principio de libertad de elección experimentó progresivamente limitaciones introducidas por los mores y la legislación, configurando en el derecho electoral una serie de requisitos de elegibilidad, cuyo control correspondía al magistrado que presidía la asamblea⁴⁷; la práctica política y la legislación fueron introduciendo exigencias de edad mínima para el acceso a las distintas magistraturas y un orden en la carrera política (*cursus honorum*), que alcanzó rango legal con la *lex Villia* del 180 a.C.

El *imperium* otorgado a los magistrados se configura como limitado y su ejercicio está sometido a mecanismos de control. En el plano estructural, el primer factor de limitación del *imperium* es la temporalidad, que se presenta en la tradición romano-republicana como una garantía de la *libertas*⁴⁸; este principio constitucional fue posteriormente reforzado con la prohibición de la elección sucesiva (*continuatio*) y la necesidad del transcurso de un período de diez años para poder presentarse a una magistratura ya desempeñada (*iteratio*). Tales medidas venían, además, a propiciar la rotación de las magistraturas dentro de la clase dirigente; esa misma finalidad, de limitación del poder y rotación de cargos públicos, tenía la prohibición de acumulación simultánea de magistraturas, aunque sólo reviste plena efectividad en las ordinarias.

Constituye también un factor estructural originario de limitación del *imperium* la colegialidad de las magistraturas. De la par potestas se deriva la facultad recíproca de veto (*intercessio*) y, por tanto, la necesidad de actuación conjunta o, al menos coordinada, en lo que se incluye el posible acuerdo de reparto de competencias. Con la recepción constitucional del tribunado de la plebe, la *intercessio* de estos magistrados se configura como un contrapeso del *imperium* consular; tanto la colegialidad como el régimen limitativo de la temporalidad fueron igualmente adoptados por las magistraturas plebeyas.

Los magistrados tenían encomendada la gestión de los asuntos públicos conforme a la legalidad y a los usos constitucionales; tal compromiso es prestado por el magistrado con juramento promisorio ante la asamblea; en consecuencia, le es exigible la responsabilidad penal y civil ordinaria por sus actos, así como también por los abusos cometidos en el ejercicio de su cargo a través de un *iudicium populi*⁴⁹. Mediante el debate consultivo en el Senado de las iniciativas de los magistrados en el plano militar y civil, la auctoritas patrum operaba como mecanismo de cooperación institucional y, al mismo tiempo, de limitación del *imperium*; la consulta preventiva al Senado fue considerada obligatoria en muchas materias, pero formalmente el *consultum* no era vinculante, lo que tenía expresión en la cláusula *si magistratibus videbitur*.

46 Una serie de plebiscitos establecieron con carácter general el voto per tabellam: *lex Gabinia tabellaria* (139 a.C.), para los comicios electorales; *lex Casia* (132 a.C.), y *lex Noelia* (107 a.C.) para las asambleas judiciales; *lex Papiria* (131 a.C.) para las asambleas legislativas.

47 Desde finales del período republicano, la presentación de candidaturas (*profectio*) debía hacerse personalmente ante el magistrado que presidía las elecciones, a quien correspondía publicar la lista de candidatos; Ribas Alba, o. cit., p. 199 ss.

48 Liv.2, 1, 1; 2, 1, 7.

49 Licandro, *In magistratu damnari*, Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni (1999).

En la crisis del régimen republicano tuvo particular incidencia la quiebra de la legalidad a causa de la progresiva perversión del sistema electoral al difundirse la corrupción en las campañas electorales. En la antigua República la actividad explícita de petición del voto era considerada un comportamiento poco digno del ciudadano consciente de su valía; la dimensión geográfica de la comunidad permitía un conocimiento suficiente de los candidatos, y ordinariamente se creaba un consenso previo para elegir a los mejores. La minoría dirigente plebeya adoptó también esa idea aristocrática del patriciado⁵⁰, pero resultaba inevitable que con el aumento de la población y del número de magistraturas, así como a causa de las crecientes rivalidades entre los grupos políticos, surgiesen actividades encaminadas a la promoción de los candidatos.

Las prácticas que una serie de leyes consulares y plebiscitos del siglo II a.C. penalizan como delitos electorales⁵¹ ponen de manifiesto la difusión de comportamientos contrarios a la antigua ética cívica. La represión penal de esas conductas es una reacción de la nobilitas contra la irrupción de homines novi y sus métodos de captación de voto. La reiteración de leyes y plebiscitos contra la corrupción electoral a lo largo del siglo I a.C. evidencian el deterioro continuado de las contiendas electorales en el período final de la República⁵².

La élite de la clase dirigente propició también la quiebra de la legalidad constitucional, merced al apoyo político obtenido de las asambleas populares y del Senado: Sila fue elegido dictador en el año 83 a.C. por medio de una ley comicial que instauraba un procedimiento electoral irregular; una lex Valeria le facultó, además, para nombrar directamente a los magistrados, aunque optó por mantener las elecciones bajo su presidencia y directa influencia; el requisito de la colegialidad fue vulnerado con el nombramiento de Pompeyo (52 a.C.) y César (45 a.C.) como cónsules sine collega; en el 44 a.C. la lex Antonia de candidatis otorgó a César el derecho de commendatio vinculante de los candidatos a las magistraturas con exclusión del consulado; C. Mario fue elegido cónsul por cinco años consecutivos (104-109 a.C.); Pompeyo y César obtuvieron por un largo período de tiempo el proconsulado, que acumularon con el consulado.

Desde la propia legalidad republicana comenzaba así a prefigurarse la aceptación de un poder personal situado por encima de las magistraturas y fuera de los límites constitucionales. Así ocurrió, en efecto, con el imperium infinitum atribuido a Pompeyo por los plebiscitos Gabinio y Manilio del 67 y 66 a.C., pero, sobre todo, con la dictadura vitalicia conferida a César (44 a.C.); finalmente, la lex Titia del 22 de noviembre del 43 a.C. formalizó el reparto del poder político entre Octavio, Antonio y Lépido, con derecho a designar a todos los magistrados. La dinámica de los acontecimientos históricos condujo a la reintegración del poder en una sola persona, tal como requerían en ese momento las exigencias de estabilidad política sentidas en la ciudadanía, pero entre las singularidades que presenta el fin del régimen republicano se encuentra el hecho de que el gobierno personal que lo sustituye revitalizó inicialmen-

50 Es significativo al respecto que la primera ley de ambitu es un plebiscito del 359 a.C., presentado al pueblo por el tribuno C. Poetelius con la auctoritas del Senado (Liv. 7, 15, 12-13) contra ciertas prácticas electorales de novi homines consistentes en pedir el voto a los ciudadanos en los mercados y otros lugares de reunión; ambitus significa en ese momento simplemente hacer campaña electoral de modo indigno; Heitland, *The Roman Republik*, II (1923), p. 221; Ribas Alba, o. cit., p. 294 s.

51 En el año 181 a.C. se aprobó una ley consular, la lex Cornelia Baebia, y un plebiscito, la lex Orchia de coenis; en el 159 a.C. se aprobó otra ley consular de ambitu, la lex Cornelia Fulvia; Stille, *Ambitus et Invidia* (1999).

52 En el año 81 a.C. la legislación silana instituyó una quaestio perpetua para juzgar los casos de corrupción electoral; en el 67 a.C. se aprobó una ley consular, la lex Calpurnia de ambitu y en el 63 a.C. la lex Tullia de ambitu; la lex Licinia de sodaliciis (55 a.C.) penalizó la organización de grupos asociativos para la captación de votos y la intimidación de los votantes.

te las asambleas populares⁵³ y mantuvo la vigencia del derecho electoral en la vida de las ciudades con estatuto colonial o municipal⁵⁴. Ello muestra hasta qué punto la desaparición de la República no era deseable, aunque las circunstancias políticas lo hicieron inevitable.

En realidad, desde mediados del siglo II a.C. habían comenzado a presentarse problemas estructurales que patentizaban la inadecuación de las instituciones políticas de la antigua Civitas en la nueva realidad derivada de la expansión territorial de la República y el constante aumento del número de ciudadanos en el conjunto del territorio itálico. En el plano de la acción de gobierno no resultaba funcional la limitación anual del mandato de las magistraturas ni el veto anejo a la colegialidad; todavía mucho menos podían mantenerse las asambleas populares como instrumentos de integración y participación de los ciudadanos con funciones electivas, legislativas y judiciales, en las que acabaron participando tan sólo las masas populares de Roma, que no aglutinaban ni representaban al conjunto del cuerpo social.

Desde el plano de la legalidad, la clase dirigente encontró apoyo popular tanto para las políticas de signo populista como para las que favorecían a los partidarios de la nobleza senatorial; en términos de legalidad formal, el *populus romanus* acabó transfiriendo sus atribuciones constitucionales a la nueva magistratura imperial, en la que residirá también la *maiestas populi romani*. En el Principado no llega a prescindirse de esa originaria referencia de legitimación popular, que tendría expresión en la aprobación de una *lex de imperio*⁵⁵, que la ideología jurisprudencial posterior, ya comprometida con el poder imperial, utilizará para fundamentar la potestad normativa del Príncipe, supuestamente transferida al mismo por el pueblo⁵⁶.

3.2. En la tradición constitucional romano-republicana la *lex publica* expresa la *voluntas populi*, manifestada formalmente mediante votación en ejercicio del *ius suffragii* por parte de los ciudadanos; puede, en consecuencia, aceptarse para la época republicana la definición jurisprudencial posterior de la *lex publica* como *quod populus iubet atque constituit*⁵⁷. La necesidad del *iussus populi* sustrae a la *lex publica* del ámbito del *imperium* del magistrado, de modo que sólo en virtud de una habilitación del *populus* (*legibus scribundis*) puede ejercer directamente la potestad legislativa.

Ahora bien, la ley comicial es, en realidad, el resultado de un procedimiento de colaboración institucional: la presentación de la iniciativa legislativa corresponde conjuntamente a los cónsules, pero requiere la aprobación del Senado⁵⁸, la discusión del

53 Al menos durante el primer período del Principado se mantuvo el sistema electivo para las magistraturas de origen republicano; se trata, sin embargo, de elecciones mediatizadas por la intervención directa o indirecta del Príncipe y la selección (*destinatio*) de los candidatos por el Senado; por otro lado, la mayor parte de las magistraturas tradicionales se vacían de competencias sustanciales, que son transferidas a los nuevos funcionarios de la administración imperial; Ribas Alba, o. cit., p. 311 ss.

54 Staccioli, *Manifesti elettorali nell'antica Pompei* (1992); Dosi, *Così votavano i romani. Il sistema elettorale* (2004).

55 En el primer período del Principado la aprobación de la *lex de imperio* tiene lugar en unos *comitia tribunitia potestatis*, lo que guarda probable relación con la *lex Titia*, plebiscito del 43 a.C. que ratificó el poder a los *tresviri reipublicae constituendae*; Ribas Alba, o. cit., p. 320.

56 D. 1, 4, 1 pr. (Ulpiano); Gai 1, 5.

57 Gai. 1, 3; D. 1, 3, 32, 3 (Juliano).

58 Una *lex Publilia Philonis* (339 a.C.) estableció la anteposición de la *auctoritas patrum* en el procedimiento legislativo comicial (Liv. 8, 12, 15), sustituyendo así la práctica anterior de ratificación senatorial de la ley aprobada por la asamblea comicial; Liv. 8, 12, 15; Biscardi, *Auctoritas patrum* (1987).

proyecto en una reunión informal (contio) del *populus* presidida por el magistrado proponente y la votación del texto como *rogatio* a la asamblea comicial; al igual que el procedimiento para la elección de los magistrados, también el de la aprobación de las leyes está sujeto al control augural.

Tanto la observancia de un procedimiento para la aprobación de la ley pública como la reserva de la iniciativa legislativa y la capacidad de propuesta a los magistrados con *imperium* constituyen diferencias sustanciales entre el modelo ateniense y el romano⁵⁹. Naturalmente, en una sociedad participativa y de intensa vida comunitaria como la romano-republicana, la ley pública es una respuesta a estados de opinión ciudadana o de los grupos dirigentes, pero, en todo caso, es preciso que el magistrado con *imperium* adopte la decisión de presentar (*legem ferre*) la correspondiente propuesta legislativa con la conformidad de su colega; tanto el Senado como el *populus* encuentran una limitación constitucional en la competencia de los magistrados con *imperium* en cuanto a la iniciativa del acto legislativo, pero su necesario concurso limita también los proyectos normativos que pretendan promover los magistrados.

La revolución plebeya podía haber alterado el marco constitucional del procedimiento legislativo, trasladando a cualquier ciudadano la capacidad de propuesta y la aprobación asamblearia de la misma; sin embargo, ni ese movimiento popular ni el que se desencadena más tarde en el período tardo-republicano plantean esa desviación: al igual que los cónsules, los tribunos de la plebe asumieron la competencia de presentación de las propuestas de plebiscitos a la asamblea plebeya, y el procedimiento comicial fue tomado como referente para el que se sigue en los concilia plebis, con las necesarias adaptaciones.

La recepción constitucional de los plebiscitos se sometió primero a la exigencia del requisito de la *auctoritas patrum*, pero ese control senatorial acaba siendo eliminado⁶⁰. Los concilia plebis obtuvieron de ese modo autonomía respecto al Senado, pero ello coincide con el momento en que se atribuyó a los tribunos de la plebe capacidad para convocar y presidir el Senado, que extendió así su función consultiva también a esas magistraturas. La progresiva pérdida de su originario carácter revolucionario contra el patriciado convirtió a los concilia plebis en una asamblea legislativa ordinaria junto a los comicios centuriados.

La estabilidad constitucional derivada del compromiso patricio-plebeyo propició un desarrollo legislativo armónico a través de leyes consulares y plebiscitos. La posición constitucional de los tribunos de la plebe explica el protagonismo que adquiere la legislación plebiscitaria, pero tanto los plebiscitos como las leyes consulares son expresión de la política integradora de la nobilitas, que acepta los cambios introducidos por la legislación plebeya, y no son infrecuentes las leyes consulares reformadoras sobre cuestiones también objeto de plebiscitos.

Un signo bien distinto ofrece, en cambio, la legislación del período tardo-republicano: al convertirse la ley pública en instrumento de la lucha política se generó un desmesurado incremento de la producción legislativa, muchas veces inestable, a causa de los frecuentes cambios que se operan en la misma. La crisis de la legalidad republicana es, por ello, también la de la estabilidad de la *lex publica*; su recuperación será uno de los logros de la política legislativa de Augusto.

⁵⁹ Esa diferencia es destacada por Cicerón en *flac.* 7, 15-16; *nisi populus aut plebs rogetur, nullum plebis aut populi iussum fieri potest* (*Gell.* 10,20,8).

⁶⁰ La *lex Valeria Horatia*, del 449 a.C. parece haber establecido la ratificación posterior a la aprobación; la *lex Publilia Philonis*, del 339 a.C., habría introducido la *auctoritas patrum*; la *lex Hortensia* de plebiscitis, del 286 a.C., suprimió la *auctoritas patrum*; *Gai* 1, 3.

4. EL MODELO DE LOS IUDICIA PUBLICA. ABANDONO DE LA JUSTICIA POPULAR

4.1. El *ius suffragii* se ejerce también en los *iudicia populi*, que en la tradición constitucional romano-republicana aparecen como una limitación del *imperium* de los magistrados. En efecto, al instaurarse la República la potestad coercitiva penal fue atribuida a los cónsules, que contaban con el auxilio de magistrados menores para el desempeño de sus funciones en ese campo. Fuera del ámbito competencial de los magistrados se mantenían una serie de conductas ilícitas, cuya persecución tenía carácter privado, de acuerdo con la cultura de los mores de los grupos gentilicios.

En el ejercicio de su potestad coercitiva los magistrados disponían de una amplia discrecionalidad por lo que se refiere a la calificación de los actos como lesivos para la comunidad y en la conducción del proceso⁶¹. La sentencia era un acto de *imperium*, y la sanción aplicable podía ser pecuniaria o corporal, incluso la pena capital; en tal caso, sin embargo, el *ius provocationis* otorgaba al ciudadano la posibilidad de solicitar la instauración de un proceso regular ante la asamblea comicial. La *provocatio ad populum* se configura, pues, como una garantía constitucional de la libertad ciudadana⁶²; puede verse como una petición de amparo a la comunidad que paraliza una decisión del magistrado, que se ve obligado a presentar la acusación ante la asamblea comicial y recabar de la misma la aprobación de la imposición de la pena capital⁶³.

La intervención popular a iniciativa de un ciudadano que invocaba el *ius provocationis* tiene una significación distinta a la que se produce en los *iudicia populi* derivados de la revolución plebeya. En efecto, la sedición contra los órganos de la *Civitas* controlados por el patriciado condujo a los tribunos de la plebe a atribuirse la *summa coerendi potestas*, y bajo su presidencia las asambleas plebeyas se constituyeron en colegios judiciales, arrogándose la facultad de imponer multas y dictar condenas a muerte contra cualquier patricio que fuese responsable de actos perjudiciales para los intereses de la plebe.

En el curso de la reconducción del movimiento plebeyo a la legalidad constitucional, el *ius provocationis* fue ampliado a la imposición por los magistrados con *imperium* de sanciones pecuniarias en cuantía superior a una tasa legal⁶⁴, pero el patriciado logró que la ley decemviral (451-449 a.C.) estableciera la competencia exclusiva de la asamblea centuriada para pronunciar la condena a muerte de un ciudadano, lo que suponía la abolición de los procesos capitales instaurados por los tribunos ante los *concilia plebis*⁶⁵. El carácter revolucionario de los colegios judiciales plebeyos introdujo, sin embargo, un cambio cualitativo en los *iudicia populi* en cuanto a la afirmación política del poder popular en el ejercicio de la potestad sancionadora contra los miembros de la comunidad.

61 Giuffrè, *Repressione criminale e garanzie del cittadino fra Repubblica e Principato*, en *Poder político y derecho en la Roma clásica* (1996).

62 Introducida, según la tradición, por la *lex Valeria*, del 509 a.C., probablemente a iniciativa del patriciado; Liv. 2, 8,2; Magdelain, *De la coercition capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, en *Labeo* 33 (1987); Rodríguez Ennes, *La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*, en *Studi Biscardi* 4 (1983); Santalucia, *Alle origini del processo penale romano*, en *Iura* 35 (1984).

63 La pena capital se aplicaba, sin embargo, en raras ocasiones, al haberse introducido la práctica del exilio voluntario sancionado por la *aquae et igni interdictio*; Liv. 25, 4, 9; a finales del período republicano el exilio se convirtió en una pena autónoma para algunos delitos; Crifò, *Ricerche sull' exilium nel periodo repubblicano* (1961).

64 *Lex Aternia Tarpeia*, del 456 a.C., y *lex Menenia Sextia*, del 452 a.C.; Cic. *rep.*2, 35, 60.

65 Santalucia, *Derecho penal romano*, tr. esp. 1986, p. 23 ss.

Un primer efecto de ello fue el creciente protagonismo acusatorio de los tribunos de la plebe⁶⁶ en la persecución de algunos delitos públicos, en especial el de alta traición (perduellio), utilizado en sus diversas variantes especialmente contra las actuaciones de los magistrados en el desempeño de sus cargos⁶⁷. Las actuaciones judiciales de los concilia plebis se hicieron, además, especialmente activas en procesos por delitos públicos sancionados con multas, promovidos por los tribunos de la plebe y sus ayudantes los ediles por actos ilícitos de variada tipología; a imitación de los concilia plebis, los comitia tributa comenzaron igualmente a intervenir también en procesos por multas a propuesta de los ediles curules⁶⁸.

La ley decemviral estableció un cuadro de actos delictivos con sus correspondientes sanciones, manteniendo la diferenciación entre los reservados a la persecución privada y los perseguibles como delitos públicos. Ello debe valorarse favorablemente desde el plano de la certeza del derecho, pero presenta una significación tan sólo relativa desde el de la legalidad como garantía limitativa a efectos de la imputación de un acto como delictivo. En efecto, el sistema penal mantuvo su carácter abierto, y el modelo de justicia popular contribuyó decisivamente a acentuar el alejamiento del derecho penal público del marco de la legalidad al trasladar a la voluntas populi la posible valoración como delito de cualquier acto sin necesidad de que estuviese sancionado como tal por una ley pública. Los testimonios de las fuentes sobre acusaciones de perduellio⁶⁹ y conductas de diversa índole sancionadas con multas en iudicia populi ante las asambleas plebeyas y los comitia tributa⁷⁰ ponen de manifiesto la discrecionalidad acusatoria de los magistrados y juzgadora de los tribunales populares.

Desde un punto de vista técnico, el proceso popular era necesariamente largo y complejo; requería la intervención preparatoria del magistrado que tenía que sustentar la acusación y la movilización de toda la comunidad ciudadana; se desarrollaba en varias sesiones, separadas entre sí por algunos días de intervalo, que concluían con una convocatoria formal de la sesión en la que se procedía a votar sobre la propuesta de pena solicitada por el magistrado. Era inevitable que los procesos populares se convirtieran en un espectáculo y que la decisión de la asamblea resultara fácilmente influenciable por factores emocionales de diversa índole; algunos testimonios de las fuentes acreditan que con frecuencia los procesos se desarrollaban en un ambiente tumultuoso y estaban dominados por las reacciones instintivas de la multitud⁷¹. El escenario resultaba especialmente idóneo para la retórica forense, que se convierte en un medio para adquirir notoriedad en la vida pública.

El mantenimiento de los iudicia populi estaba destinado a resultar inviable a medida que la vida social fuera experimentando mayor complejidad. Sus deficiencias e inconvenientes comienzan a hacerse evidentes a medida que se produce la desestructuración de la antigua sociedad republicana y aparecen las tensiones que propician la utilización de los procesos populares en la lucha política⁷². En lugar de servir como garantía de la libertad individual, el ciudadano acusado venía a encontrarse a merced del cuerpo colectivo cuando se hubiere formado en su seno una opinión desfavorable. La deci-

66 Bleicken, *Das Volkstribunat der Klassischen Republik* (1968).

67 Guarino, *La perduellio e la plebe*, en *Labeo* 21 (1975).

68 Garofalo, *Aediles e iudicia populi*, en *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano* (1988).

69 Fuentes en Santalucia, o. cit., p. 67 n. 7.

70 Fuentes en Santalucia, o. cit., p. 68 n. 8.

71 Santalucia, *Luces y sombras del proceso popular republicano*, en *SCDR, XX-XXI (2007-2008)*, p. 3 ss.

72 Gruen, *Political an the Criminal Courts*, 149-78 B.C. (1968).

sión de la asamblea, adoptada mediante el ejercicio del *ius suffragii*, no aseguraba precisamente la imparcialidad en ese caso, pero tampoco cuando el acusado podía beneficiarse de una opinión social favorable, o era capaz de suscitar la emotividad en la asamblea juzgadora.

Todo parece indicar que, en la práctica, los *iudicia populi* ante la asamblea centuriada tenían lugar tan sólo cuando los acusados gozaban de relevancia social⁷³ o se trataba de delitos con trascendencia política; más activos fueron, en cambio, los *iudicia populi* ante las asambleas plebeyas y en los *comitia tributa* cuando la pena por el delito tenía carácter pecuniario y elevada cuantía. La persecución de la delincuencia común⁷⁴ correspondía a magistrados menores, que disponían de un poder coercitivo que les permitía aplicar ciertas penas aflictivas; el encarcelamiento de duración indeterminada en espera de juicio era también frecuente. Así, al margen de los *iudicia populi* se desarrollaba una amplia actividad punitiva al amparo de la libre cognición de los magistrados, sin suficientes garantías para los ciudadanos comunes, salvo el eventual amparo de los tribunos de la plebe. Tras el debilitamiento de la clientela y la introducción del voto secreto, los *iudicia populi* comenzaron a suscitar desconfianza en la clase dirigente, por lo que se inició una tendencia a su progresiva eliminación.

4.2. A finales del período republicano se produjo un cambio en el modelo de administración de la justicia penal: la función judicial fue sustraída tanto a los magistrados como a las asambleas populares, siendo atribuida a tribunales colegiados permanentes (*quaestiones perpetuae*), cuya presidencia se asigna ordinariamente a un pretor, al que corresponde también elaborar anualmente el *album iudicum* para la composición de los jurados que habrían de intervenir en cada caso. Al igual que ocurre con otros componentes de la constitución romano-republicana, el cambio de modelo judicial fue debido a factores socio-políticos vinculados a la vida histórica.

Desde el plano de la legalidad, la primera *quaestio perpetua* fue instituida en el año 149 a.C. por un plebiscito, la *lex Calpurnia*, para conocer de las reclamaciones de los provinciales por apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por magistrados romanos. La propia denominación del ilícito (*pecuniae repetundae*) eludía la dimensión penal de la conducta del magistrado, y el juicio ante el tribunal se configuraba como un procedimiento de carácter esencialmente privado, destinado a determinar la procedencia de la reclamación de lo indebidamente exigido a los provinciales. El proceso sólo podía ser promovido con la asistencia de patronos romanos extraídos del orden senatorial; la presidencia del tribunal correspondía al pretor peregrino, que debía confeccionar una lista anual de jueces, pertenecientes al orden senatorial.

Se trataba, pues, de un procedimiento que circunscribía la responsabilidad de los magistrados concusionarios al campo patrimonial, y que aseguraba el control del proceso a la oligarquía senatorial. La *quaestio perpetua* instaurada por la *lex Calpurnia* venía, en realidad, a legalizar anteriores respuestas senatoriales a reclamaciones presentadas por legaciones de provinciales a causa de expolios cometidos por los gobernadores, que en algunos casos habían dado lugar a procesos penales promovidos por los

73 En el año 300 a.C. una *lex Valeria* de *provocatione* declaró reprobable (*improbe factum*) el comportamiento de los magistrados con *imperium*, excepto el dictador, cuando hubiesen ejecutado a un ciudadano condenado por un crimen sin atender el derecho del mismo de *provocare ad populum*; ello pone de relieve el funcionamiento discrecional del *ius provocationis* y la muy posible incidencia de factores de discriminación social.

74 Santalucia, *Osservazioni sulla repressione dei delitti comuni in età repubblicana*, en *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano* (1998).

tribunos de la plebe⁷⁵. El plebiscito que instituye la quaestio atribuye al orden senatorial una reserva competencial y un munus iudicandi en detrimento de las instancias hasta ese momento competentes en la justicia penal.

El tratamiento privatístico de los delitos de concusión cometidos por los gobernadores provinciales fue transformado en persecución criminal por la *lex Acilia repetundarum*⁷⁶; este plebiscito, que pertenece al período reformador de C. Graco (123-122 a.C.), otorga a los provinciales el derecho a presentar personalmente la acusación (nominis delatio), configura el delito como crimen y la sentencia tiene carácter penal, y no meramente restitutorio, derivándose, además, de la misma consecuencias políticas.

A pesar de las sustanciales diferencias con la anterior quaestio, lo relevante es el mantenimiento de la estructura del modelo judicial instaurado por la *lex Calpurnia*; la presidencia se confía a un pretor (praetor de repetundis), a quien corresponde confeccionar el *album iudicum*, y la función judicial se atribuye a un tribunal colegiado; su amplia composición pretende resaltar la dimensión pública del proceso, y la extracción de sus integrantes del orden ecuestre es un reflejo de las oscilaciones de la vida política en esos momentos, pero, en todo caso, muestra el interés común de la clase dirigente en asumir el control de la administración de la justicia penal y prescindir del modelo de los *iudicia populi*.

Algunos plebiscitos posteriores instituyen nuevas quaestiones perpetuae para ciertos delitos comunes y políticos, siguiendo el patrón de la quaestio perpetua de repetundis, lo que pone de manifiesto una tendencia favorable al nuevo modelo, que probablemente era percibido como más operativo y con mayores garantías procesales que el constituido por la libre cognición de los magistrados y los *iudicia populi*.

La generalización y consolidación de las quaestiones perpetuae llevada a cabo por Sila, tras su nombramiento (82 a.C.) como *dictator legibus scribundis et rei publicae constituendae*, formaba parte de su programa de restauración oligárquica en detrimento de las asambleas populares, pero se situaba en la dirección de un cambio de modelo que contaba con el apoyo de la clase dirigente y que había sido impulsado por el propio tribunado de la plebe. Ello explica su continuidad: las quaestiones perpetuae instauradas por la reforma judicial silana se convirtieron en los órganos ordinarios competentes en la represión criminal de la última época republicana, tanto para los delitos comunes como políticos, y sirvieron de base para el cuerpo legislativo (*lex Iulia iudiciorum publicorum*) hecho votar por Augusto en el año 17 a.C.; el nuevo procedimiento tuvo también expansión ya en época republicana a los municipios y a los territorios provinciales⁷⁷.

La aceptación del cambio de modelo tiene reflejo en la conversión del control de la composición de los tribunales penales en uno de los objetivos de la contienda política que divide a los *optimates* y los populares. La disputa se sitúa en un primer momento en términos de exclusión recíproca entre el orden senatorial y el ecuestre, lo que dio lugar a una legislación cambiante; durante breve tiempo se estableció⁷⁸ la formación del *album iudicum* mediante elección por los comitia tributa entre ciudadanos sin consideración a su rango, pero prevaleció finalmente el criterio de composición paritaria de senadores y equites⁷⁹. Sin ser formalmente abolidos los *iudicia populi*, las asambleas

75 González Romanillos, Antecedentes de la quaestio de repetundis, en *Iura* 54 (2003), p. 136 ss.

76 Venturini, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana* (1979).

77 Simshäuser, *Juridici und Munizipalgerichtbarkeit in Italien* (1973).

78 *Lex Plautia* (89 a.C.), derogada por la *lex Cornelia iudiciaria* (81 a.C.).

79 Ese criterio figuraba ya en la *lex Livia* (91 a.C.); la *lex Aurelia iudiciaria* (70 a.C.) estableció que los tribunales de jueces debían estar compuestos por un tercio de senadores, un tercio de caballeros y un tercio

populares dieron su conformidad al control de la administración de la justicia penal por parte de los miembros de la clase dirigente.

En el nuevo modelo de iudicia publica rige el principio acusatorio, que otorga a cualquier ciudadano honorable la legitimación para promover el proceso en representación del interés público; el posible ejercicio doloso de la acción penal es sancionado como crimen calumniae⁸⁰, medida probablemente relacionada con la utilización abusiva de la acusación penal en la lucha política.

La legislación que instaura las quaestiones perpetuae no supone tan sólo un cambio de modelo judicial. Las diferentes leyes fijan con exactitud para cada tribunal los tipos delictivos perseguibles y la pena aplicable; regulan también el procedimiento, que en la práctica fue articulándose conforme a reglas comunes⁸¹. La oralidad de las actuaciones sigue resultando un escenario propicio para la oratoria forense y el desarrollo de la profesión de la abogacía. La sentencia se limita a establecer la culpabilidad o inocencia del acusado sobre el hecho criminal legalmente tipificado y cuya comisión le es imputada por la acusación; efectuada la votación secreta por los integrantes del colegio de jueces (consilium), el magistrado que preside y dirige las actuaciones procesales, y que carece de derecho de voto, declara el resultado del escrutinio y la pena establecida por la ley⁸².

En conjunto, se trata de un cambio sustantivo en la cultura del derecho penal público, próximo al moderno sistema de la legalidad en materia punitiva. En la configuración legal y procesal del nuevo modelo operaron, sin duda, como factores de corrección las deficiencias del anterior sistema, y probablemente la influencia de los medios intelectuales tardo-republicanos, entre los que ocupaban los juristas una posición relevante; el tratamiento técnico del ius privatum y el desarrollo de la legalidad procesal al amparo de la jurisdicción pretoria constituían ya una conquista de la cultura jurídica jurisprudencial que no podría dejar de repercutir, al menos indirectamente, en la formulación de la nueva legalidad del derecho y del proceso penal públicos.

5. EL MODELO DEL DERECHO PRIVADO. EL COMPONENTE JURISPRUDENCIAL

5.1. El concepto de ius publicum parece haberse formado en los medios intelectuales del período tardo-republicano⁸³, configurándolo como referido al ámbito organi-

de tribuni aerarii; este régimen fue confirmado por una lex Pompeia del 55 a.C., pero una lex Iulia de César (46 a.C.) excluyó a los tribuni aerarii; Bianchini, Osservazioni sul carattere delle leges iudiciariae repubblicane (1975); Bruhns, Ein politischer Kompromiss im Jahr 70 v. Chr. : die lex Aurelia iudiciaria (1980).

80 García Camiñas, La lex Remmia de calumniatoribus (1984).

81 Barberis, Legislazione sillana e certezza del diritto (1987).

82 Cic. sull. 22, 63: damnatio est iudicium, poena legis.- Como la condena no era expresión del imperium del magistrado, quedaba excluida la provocatio ad populum; ello respondía, sin embargo, al interés político de la nobilitas en prescindir de los iudicia populi, como quedó patente en el fallido intento de T. Graco (133 a.C.) de conceder el ius provocationis contra las sentencias de las quaestiones extraordinariae; en el año 44 a.C. es aprobada una provocatio limitada a propuesta de M. Antonio, que fue derogada al año siguiente; Cic. phil. 13, 3, 5.

83 Valditara, Alle origini del ius publicum, en SCDR XX-XXI (2007-2008), p- 437 ss.; el texto ulpiano conservado en D.1.1.1 2 recogería un esquema (sacra, sacerdotes, magistratus) tributario del de legibus ciceroniano; Aricó, Ius publicum- ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone, en AUPA 37 (1983).

zativo de la res publica (descriptio civitatis). Aunque la mayor parte de la literatura jurídica sobre materias de ius publicum se haya perdido, las menciones a la misma que se conservan⁸⁴ permiten apreciar que era objeto de atención por parte de algunos juristas. Del ius publicum forman parte también los crimina y los iudicia publica por su conexión con las magistraturas⁸⁵. En esos mismos medios intelectuales se formula la contraposición entre ius publicum y ius privatum, entendido éste como un espacio autónomo de relaciones interindividuales⁸⁶. La singularidad de la cultura jurídica romano-republicana se encuentra en que en ese espacio se dieron las condiciones para la aparición de la figura profesional del jurista y la configuración del ius privatum como un conjunto normativo desde el que aquél opera creativamente mediante una actividad intelectual de interpretación.

Los juristas, en efecto, proporcionan al derecho un carácter técnico y lo dotan de una terminología propia, creando con ello un lenguaje jurídico; introducen el razonamiento lógico en el tratamiento de la normatividad, naciendo así un método que venía a proporcionar a la aplicación del derecho una garantía de neutralidad dentro de cualquier sistema jurídico. La actividad intelectual de la Jurisprudencia produce, además, una literatura jurídica que proporciona al derecho una nueva dimensión al convertirse en un producto de alta cultura. Con todo ello, el conocimiento del derecho queda sustraído a quienes no poseen ese saber especializado, que requiere el correspondiente aprendizaje; al mismo tiempo, nace de este conocimiento (iuris scientia) una legitimidad basada en el reconocimiento de ese saber.

Aunque la cultura jurisprudencial se forma en el período tardo-republicano, ello fue posible por la pervivencia de una tradición que nace en los momentos fundacionales de la Civitas⁸⁷. La autonomía que conservaron en la misma los grupos gentilicios y las familias patricias permitió también el mantenimiento del marco de sus relaciones fuera del control normativo del poder político, representado en la magistratura del rex. En la memoria histórica posterior, la expresión ius Quiritium hace referencia a un conjunto normativo originario del ius civile, que regula las relaciones entre los patres familiarum; se trata, pues, de un derecho creado por el patriciado, cuya cultura y sistema de valores informan las concretas instituciones; la vinculación genética del ius Quiritium con los mores maiorum venía a impregnarlo de una cobertura de respetabilidad religiosa y de un carácter de permanencia en el tiempo.

El valor otorgado a las formas, tanto en los actos negociales como procedimentales⁸⁸ y el componente mágico-religioso de las mismas⁸⁹, colocó al ius civile Quiritium bajo la influencia y control del colegio pontifical, al que se reconoce el conocimiento y la autoridad para la iuris interpretatio. Razones culturales parecen encontrarse también en el origen del carácter convencional y privatístico del procedimiento civil; la configuración ritual del mismo y la remisión de la cuestión litigiosa a un árbitro o iudex pri-

84 C. Sempronio Tuditano escribió a finales del siglo II a.C. unos magistratum libri; de G. Gracano se recuerdan unos libri de potestatibus; Q. Elio Tiberón escribió una obra sobre el Senado; Trebacio Testa otra de officio quaestoris; Capiton figura como autor de una obra de officio senatorio y otra de iure pontificio; V. Mesala Rufo es mencionado como autor de unos libri de auspicii; M. Antistio Labeón y C. Ateio Capiton se ocuparon del ius sacrum; Schulz, Storia della Giurisprudenza romana, (tr. it. 1968).

85 Cic. leg. 3, 20-4.

86 D. 1, 1, 1, 2.

87 Kaser, Das altrömische Ius (1949).

88 Goffredo, Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane (1955).

89 Noailles, Du droit sacré au droit civil (1949).

vatus elegido por las partes para la práctica de la prueba y la decisión de la controversia muestran un modelo de proceso en el que la intervención del poder público resulta necesaria para garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos, pero el ejercicio de esa función aparece al mismo tiempo limitada por la legalidad procesal y la sustracción del *munus iudicandi* al titular del *imperium*.

La cultura del *ius Quiritium* no se vio alterada por el cambio constitucional republicano promovido por el patriciado, pero lo verdaderamente significativo fue que la revolución plebeya no hubiese conducido a un cambio sustancial en el modelo de relaciones de derecho privado creadas por aquella cultura, que aportó en forma de preceptos normativos el contenido de la legislación decemviral, así como también el procedimiento ritual civil con su característica bipartición procesal⁹⁰.

La tradición romana presenta el hecho de la publicación del *ius* como una conquista basada en la realización del principio de igualdad (*aequare leges omnibus*) propugnado por el movimiento plebeyo. De la ley decemviral nace, en efecto, un conjunto normativo y procedimental considerado propio de todos los miembros de la comunidad política ciudadana (*ius civium romanorum*) y puede también valorarse positivamente desde el plano de la certeza del derecho; pero lo realmente significativo es la constatación de que el movimiento plebeyo no parece que tuviese la pretensión de sustituir la cultura del patriciado, sino más bien de hacerla propia.

Ello explica que no fuese cuestionada la gestión del *ius civile* por parte del colegio pontifical, que siguió conservando la exclusividad del conocimiento de la *scientia iuris*⁹¹ y que la legislación continuara manteniéndose al margen del *ius civile*, considerado un ámbito reservado a la interpretación de la Jurisprudencia pontifical, que en adelante opera a partir de los preceptos decemvirales⁹². La cláusula de inderogabilidad de los principios fundamentales del *ius civile* (*si ius non esset*) que contienen las leyes comiciales constituye una autolimitación de la *lex publica* en consideración a la sacralización de la cultura de los *mores maiorum* que sólo los pontífices, pertenecientes al patriciado, podían gestionar; los plebiscitos se sitúan también dentro del orden constitucional de las leyes consulares, y la presión política del movimiento plebeyo se dirige, en realidad, a conseguir la admisión en el colegio pontifical para participar en la *iuris interpretatio*.

La transformación de los elementos del modelo de *ius privatum* nacido de la cultura del *ius Quiritium* y convertido en *ius civile* por la ley decemviral, se produce a partir de la creación de la magistratura del pretor urbano (367 a.C.) en el marco de las reformas constitucionales derivadas del compromiso patricio-plebeyo. La jurisdicción pretoria adquiere una posición constitucional autónoma, en un momento en que las relaciones de derecho privado habían comenzado a desbordar el marco del antiguo *ius civile* a causa de los cambios socio-económicos derivados de la política de expansión territorial de la República.

El desarrollo del comercio tuvo una respuesta en la apertura de la tutela jurisdiccional a los no-romanos con la creación de la magistratura del pretor peregrino (242 a.C.), que opera con el nuevo procedimiento formulario en la resolución de controver-

90 Aunque en la tradición jurídica posterior la expresión *legis actio* se relaciona con la legislación (Gai. 4,11; D. 19,5,11), las más antiguas *legis actiones* son anteriores a la legislación decemviral; la expresión *lege agere* se refiere probablemente a una actuación conforme a determinados ritos solemnes; Pugliese, *Il processo civile romano*, I, Le "legis actiones" (1962).

91 ... interpretandi *scientia* et *actiones apud collegium pontificum erant*; Pomponio, en D. 1,2,2,6.

92 Wieacker, *Altrömische Priesterjurisprudenz*, en *Iuris professio*. Festgabe für M. Kaser zum 80 (1986), p. 347 ss.

sias surgidas de relaciones negociales distintas a las del *ius civile*: la base económica de este derecho, su soporte familiar y la prevalencia de los negocios formales resultaban muy distantes de la realidad por la que discurría la vida comercial en un marco de relaciones interindividuales en donde carecía de sentido el formalismo negocial y procesal.

Aunque el ámbito propio de desarrollo del procedimiento formulario fuese la jurisdicción del pretor peregrino⁹³, es muy probable que hubiese tenido su origen en la praxis jurisdiccional del pretor urbano para encauzar procesalmente la resolución de controversias que no encontraban acomodo en el procedimiento de las acciones de la ley por basarse en negocios no reconocidos por el *ius civile*⁹⁴. Al haber surgido en el seno de la comunidad ciudadana, tales negocios fueron considerados civiles, aunque, desde la perspectiva romana, accesibles también a los peregrinos; ello propició una nueva concepción abierta del derecho civil, integrado por el componente común del *ius gentium*⁹⁵ y el particular constituido por el antiguo *ius civile*; se trata de una modificación del modelo de *ius privatum* en coherencia con las nuevas condiciones de la realidad socio-económica. La impronta romana del *ius gentium* se manifiesta en el sistema de valores que le proporcionan fundamentación, en especial, el concepto de la *fides*⁹⁶, signo distintivo de la cultura política y cívica creada por el patriciado.

El procedimiento formulario es asumido, en todo caso, en la praxis procesal del pretor urbano, en coexistencia con el procedimiento de las acciones de la ley; medidas legislativas introducen reformas puntuales en este procedimiento⁹⁷ y alguna innovación⁹⁸, pero la mayor funcionalidad del *agere per formulas* condujo a una expansión del mismo⁹⁹, convirtiéndose en el componente propio de la legalidad procesal del nuevo modelo de derecho privado. Del procedimiento formulario surge un derecho procesal de carácter técnico, derivado del formalismo ritual de las antiguas acciones de la ley, y resulta también acentuada la dimensión pública del proceso civil por el protagonismo que en él adquiere el *imperium* del magistrado, no sólo en la conducción del proceso, sino también en el plano del otorgamiento de tutela jurisdiccional y en la creación de derecho por cauces procesales.

Una modificación igualmente importante se produce en el componente jurisprudencial del antiguo modelo del *ius civile*. En el nuevo escenario que se configura en el siglo III a.C el colegio pontifical tendía necesariamente a quedar desplazado, y habría podido producirse perfectamente la desaparición de la relación entre Jurisprudencia y derecho. La conservación y fortalecimiento de ese elemento de identidad de la cultura jurídica romana en el modelo de derecho privado fue posible merced a la asunción del oficio jurisprudencial por miembros de la *nobilitas* al margen de la vinculación al colegio pontifical.

5.2. La ruptura del carácter reservado de la *interpretandi scientia* es atribuida por Pomponio¹⁰⁰ a T. Coruncanio, primer plebeyo que accedió (254 a.C.) al pontificado

93 Carrelli, *La genesi del procedimento formulare* (1946).

94 Paricio, *Sobre la administración de la justicia en Roma* (1987).

95 G. Lombardi, *Sul concetto di "ius gentium"* (1947).

96 L. Lombardi, *Dalla "fides" alla "bona fides"* (1961); Paricio, *Sobre el origen y naturaleza civil de los "bonae fidei iudicia"*, en *Estudios Reimundo*, II (2000), p. 187 ss.

97 *Lex Vallia* de manu iniectione y *lex Licinia*, de principios y finales, respectivamente, del siglo III a.C.

98 *Lex Silia*, probablemente de fines del siglo III a.C. y *lex Calpurnia*, quizá de mediados del siglo II a.C.

99 Sobre todo a partir de la *lex Aebutia*; Kaser, *Die "lex Aebutia"*, en *Studi Albertario*, I (1953), p. 25 ss.

100 D. 1,2,2,35 y 38.

máximo, y que habría iniciado la práctica de una incipiente enseñanza del derecho al dar carácter público a sus audiencias (*publice profiteri*). Tal información forma parte de la corriente de pensamiento que en la tradición literaria romana tiende a atribuir al movimiento plebeyo un especial protagonismo en el desarrollo de la cultura política republicana. En realidad, en el momento en que se sitúa el inicio del cambio en la antigua concepción del oficio jurisprudencial la tensión patricio-plebeya había perdido su originario carácter reivindicativo y el control de la vida jurídica por parte del colegio pontifical no podía mantenerse en el nuevo marco jurisdiccional y de relaciones negociales.

La desvinculación de la *scientia iuris* y del oficio jurisprudencial del ámbito del colegio pontifical no puede ser desligada de un ambiente propicio para ello en los medios intelectuales de la *nobilitas* y especialmente del patriciado ya desde finales del siglo IV a.C.¹⁰¹; a ese grupo social pertenecen, en efecto, las primeras generaciones de juristas de los siglos III-II a.C., que sustituyen a la Jurisprudencia pontifical. Se trata de una sustitución que se opera dentro del propio grupo del que proceden los pretores y los pontífices¹⁰². No se produce, por ello, ninguna ruptura con la tradición anterior, manteniéndose incluso la relación entre la Jurisprudencia laica y el colegio pontifical¹⁰³.

La continuidad de la relación entre Jurisprudencia y derecho en las nuevas condiciones de la sociedad del siglo III a.C. se debió a la comunicación dentro de la *nobilitas*: se produjo una suerte de transmisión del oficio jurisprudencial, y los magistrados con potestad jurisdiccional aceptaron la mediación de los nuevos juristas porque se trataba de personas que gozaban del prestigio social y reconocimiento derivado de su pertenencia a los grupos familiares que representaban la cultura de servicio cívico ligada al desempeño de las magistraturas, a lo que se venía a sumar también el oficio jurisprudencial. La auctoritas de la Jurisprudencia se basa, ciertamente, en la legitimidad derivada de la *scientia iuris*, pero en este primer momento es inescindible de la posición social que tienen los juristas¹⁰⁴.

Resulta verosímil que los primeros juristas laicos hubiesen recibido su formación de miembros del colegio pontifical, asumiendo aquéllos después también esa función educativa; ese modelo formativo, dentro del círculo interno de los juristas, convierte a la Jurisprudencia republicana en un grupo profesional de élite, que continúa desempeñando la tradicional función consultiva de la Jurisprudencia pontifical, pero añade como actividad intelectual nueva el tratamiento científico del derecho, que da lugar a la literatura jurídica jurisprudencial; en ella se refleja también la continuidad con la tradición del *ius civile* que parte de la legislación decemviral y el tratamiento casuístico del derecho¹⁰⁵. Las respuestas jurisprudenciales no contienen la fundamentación de la interpre-

101 Puede hacerse esa lectura de la narración referente a la publicación de los formularios procesales de las acciones por parte de Gneo Flavio, tal vez por iniciativa encubierta del patricio Appio Claudio, que protagonizó como censor (312 a.C.) medidas favorables a la plebe; Pomponio (D. 1, 2, 2 36) dice de él que *maximam scientiam habuit*, y es posible que formase parte del colegio pontifical; Paricio, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma* (2ª ed. 1999).

102 Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952); Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico* (1987).

103 El prestigio derivado del oficio jurisprudencial opera como mérito determinante para el acceso al colegio pontifical; Lombardi, *Saggio sul diritto giurisdizionale* (1967), p.47.- La comunicación intelectual entre la función sacerdotal y la jurisprudencial pervive en la tradición posterior en la autocalificación de los juristas como *sacerdotes iustitiae* (D. 1, 1,1,1); Nör, “*Iurisperitus sacerdos*”, en *Historiae iuris antiqui*, II (2003), p. 851 ss.

104 Mantovani, “*Iuris scientia*” e “*honores*”. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisdizionale del diritto romano (III-I sec. A.C.) en *Ricerche Gallo*, I (1997), p. 617 ss.; Sini, “*A quibus iura civibus praescribentur*”. *Ricerche sui giuristi del III sec. a. C.* (1995).

105 Mantovani, *Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio* (1966).

tatio, y, además, presuponen una base conceptual con la que operan los juristas, pero que no se encuentra formulada expresamente en la literatura jurídica casuística; la *cognitio iuris* requiere acceder a esos conocimientos, que constituyen el cuerpo doctrinal común de los juristas.

La secularización de la Jurisprudencia y la práctica de la formación en la *scientia iuris* propició un cierto efecto expansivo de la profesión jurídica, a la que comienzan a acceder también desde principios del siglo I a. C miembros de grupos familiares del orden ecuestre, que no siempre aspiran al desempeño de magistraturas; se trata, además, en algunos casos, de personas procedentes de las élites municipales desplazadas a Roma, que adoptan la profesión jurídica como actividad que les facilita su incorporación a la cultura urbana. Al igual que había ocurrido con el movimiento plebeyo, se produce de nuevo un fenómeno de acceso de estos grupos sociales emergentes a la cultura de élite creada por la *nobilitas*; a este momento corresponde también la consolidación de la dimensión puramente técnica de la auctoritas basada exclusivamente en el prestigio derivado de la *scientia iuris*.

Un nuevo cambio en el modelo del antiguo *ius civile* se produce por la presencia de la producción normativa vinculada a la potestad política. Ello tiene expresión, ante todo, en el protagonismo que adquiere el Edicto pretorio en el desarrollo de un derecho privado estructuralmente configurado como un sistema de acciones y otros recursos procesales, tanto de origen civil como de creación pretoria, lo que vino a proporcionar unidad a un sistema jurídico de composición plural. La potestad normativa edictal permitió a la Jurisprudencia conducir la renovación del *ius privatum* y la articulación del derecho procesal en torno al procedimiento formulario. A finales del período republicano el texto del Edicto parece encontrarse ya básicamente consolidado, y comienza a ser objeto de desarrollo interpretativo en la literatura jurisprudencial¹⁰⁶.

En el nuevo modelo de *ius privatum* surgido en torno a la jurisdicción pretoria, el Edicto venía a ocupar funcionalmente la posición que tenía la ley decemviral en el antiguo modelo del *ius civile*; proporciona el contenido normativo-procesal básico del *ius privatum* y la legalidad procesal conforme a la que se tramitan las controversias; con la publicación del Edicto y la vinculación de los magistrados al mismo se da efectividad a la certeza del derecho, que se había planteado como conquista política con la publicación de la ley decemviral¹⁰⁷ y que vuelve a presentarse de nuevo en este momento como problema, lo que parece haber motivado una intervención legislativa a fines del período republicano¹⁰⁸.

Desde el orden constitucional republicano, el derecho pretorio se sitúa en una posición de complementariedad del *ius civile*¹⁰⁹, sobre el que puede operar como mecanismo corrector. En ese plano se colocan también las *leges publicae*, que constituyen un componente del modelo de derecho privado que se configura en el período tardo-republicano; se

106 Esta nueva dirección de la literatura jurisprudencial parece que fue iniciada por Servio Sulpicio Rufo con su obra *libri duo ad Brutum*; la metodología casuística adquiere con ello un planteamiento procesal frente al tradicional de tipo negocial representado por Quinto Mucio Escévola en sus *libri XVIII iuris civilis*; el género de comentarios *ad edictum* fue continuado por Alfeno Varo y Aulo Ofilio, y a comienzos del Principado por Labeón; Bretone, Labeone e l'Editto, en *SCDR* 5 (1993), p. 17 ss.

107 Serrao, Dalle XII Tavole all'Editto del pretore, en *La certeza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (1983).

108 La *lex Cornelia* de iurisdiccione, plebiscito del año 67 a.C., dispuso que los pretores debían publicar el edicto al comienzo de su magistratura y atenerse al mismo en el ejercicio de la jurisdicción; Coma Fort, Sobre los límites de la potestad jurisdiccional de los magistrados, en *An.Fac.D.Univ.Coruña* 5 (2001), p. 269 ss.

109 D. 1,1,7,1.

trata de intervenciones ocasionales y limitadas¹¹⁰, preferentemente plebiscitos, y parecen obedecer a concretas motivaciones político-sociales; la legislación presupone, sin embargo, la existencia de la esfera autónoma del *ius privatum*, por lo que sus disposiciones aparecen como mandatos o prohibiciones, a veces sin establecer sanción alguna en caso de incumplimiento y en otras imponiendo sanciones pecuniarias contra los transgresores.

La primera intervención relevante fue la *lex Poetelia Papiria* de nexis, votada por los comicios centuriados el año 326 a.C. como respuesta a acontecimientos de gran impacto social¹¹¹; esta importante disposición legislativa no deroga el *nexum*, sino que le da una significación patrimonial¹¹². El primer plebiscito significativo fue la *lex Aquilia* de *damno dato*, votado probablemente en el año 286 a.C., y que parece sintetizar anteriores leyes sobre la materia, objeto ya de tratamiento en la ley *decemviral*¹¹³; con la *lex Cincia* de *donis et muneribus*, plebiscito del año 204 a.C. se inicia una tendencia legislativa limitadora de las liberalidades y de preservación de la integridad y destino de los patrimonios dentro del grupo familiar¹¹⁴; la importancia social de la garantía personal de las obligaciones motiva diversas medidas legislativas encaminadas a precisar su régimen jurídico¹¹⁵; se acude también a la legislación para excluir en algunos casos los efectos adquisitivos de la usucapación¹¹⁶.

En todos estos casos, el *ius civile* resulta, de hecho, modificado, aunque sea formalmente respetada su integridad¹¹⁷; la cooperación institucional propia de la cultura política republicana garantiza la eficacia de las disposiciones legislativas mediante la incorporación que de las mismas hace el magistrado a través del Edicto, en cumplimiento del mandato popular; la Jurisprudencia, por su parte, las integra en el tratamiento interpretativo de las correspondientes relaciones jurídicas. Resulta apreciable, por tanto, una intercomunicación entre legislación, Edicto pretorio e *interpretatio* jurisprudencial, pero el protagonismo del Edicto hizo innecesario acudir a la legislación para la renovación y modificación del derecho privado, y ello favoreció también la relevancia del componente jurisprudencial.

A pesar de la importante presencia social de la Jurisprudencia en el período tardo-republicano, desde el punto de vista de su relación con el derecho no se produce ningún cambio en el marco en que se desarrolla la aplicación del derecho: magistrados y jueces siguen siendo operadores jurídicos sin conocimientos técnicos y los juristas mantienen su tradicional función consultiva de los particulares, los magistrados y los jueces. La *scientia iuris* se convierte en un componente de la cultura política romana y los juristas en colaboradores del poder político y de los jueces, a quienes proporcionan criterios normativos, pero no llegó a configurarse un sistema judicial autónomo gestionado por juristas, cuyas sentencias hubiesen podido sustituir a los *responsa* jurisprudenciales¹¹⁸.

110 Rotondi, *Leges publicae populi romani* (1912, reimpr. 1990), p. 100 ss.

111 Liv. 8, 18.

112 *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*; Varr., de ling. lat. 7,105.

113 D. 9,2,1 pr.

114 *Lex Furia* testamentaria, en torno al 200 a.C.; *lex Voconia*, del año 109 a.C.; *lex Falcidia* de legatis, del año 40 a.C.

115 Entre otras, la *lex Furia* de *sponsu*, de principios del siglo II a.C. y la *lex Appuleia*, probablemente del año 103 a.C.

116 *Lex Scribonia*, del año 50 a.C.; *lex Atinia*, de comienzos del siglo II a.C.

117 Pugliese, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile*, en *Atti Verona*, 2 (1948), p. 61 ss.; Bleicken, *Lex publica, Gesetz und Recht in der römischen Republik* (1975).

118 Las sentencias judiciales eran alegables, sin embargo, en la práctica forense, y contribuían a la fijación de criterios normativos cuando se trataba de materias objeto de *ius controversum*; Kaser, *Das Urteil als*

6. DE LA INTERPRETATIO PRUDENTIUM A LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL. EL COMPONENTE CORPORATIVO DE LA CULTURA MEDIEVAL Y SU INFLUENCIA EN LA CONQUISTA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.

6.1. La experiencia política del mundo griego y la romano-republicana en el ámbito del *ius publicum* muestran que los juristas no son imprescindibles para que pueda configurarse una sociedad organizada bajo la soberanía de la ley; ambos modelos de organización política ofrecen, además, sistemas judiciales no gestionados por juristas. Tanto la figura profesional del jurista como la gestión jurisprudencial del derecho son una singularidad de la cultura política latina, en la que nace la tradición jurisprudencial que constituye el signo distintivo del derecho romano. El descubrimiento científico del Digesto justiniano, y su adopción desde principios del siglo XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho¹¹⁹ aportará a la cultura europea el componente jurisprudencial como elemento de identidad¹²⁰.

La difusión europea de la cultura vinculada al derecho jurisprudencial romano supuso, no sólo la recepción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también, y muy especialmente, la incorporación de una determinada técnica propia del razonamiento jurídico y, con ello, de un método para la argumentación lógica, conducente a la formulación de las soluciones jurídicas. En el plano de la posición del jurista en la sociedad, y en su relación con el derecho, se recupera también su función mediadora como profesional técnicamente en condiciones de orientar la aplicación del derecho en la práctica judicial y la formulación general del mismo, tanto en el campo doctrinal como en la legislación. El proceso formativo del derecho común europeo en el Medioevo y su difusión territorial se produjo por influencia de los juristas, que operaban con una básica unidad en cuanto al método y al pensamiento jurídico, como consecuencia de su común formación romanística¹²¹.

El *Ius Commune* vuelve a recuperar la imagen del derecho romano-clásico como producto de alta cultura, generando una literatura jurídica creativa y de orientación práctica. A la influencia de los juristas de formación romanística se debe la introducción de la idea de la presencia necesaria del derecho en la ordenación de las relaciones sociales y la configuración de la administración de justicia como aplicación por el juez de una normatividad que le viene dada; especialmente en el ámbito judicial italiano se difunde la práctica del denominado *consilium sapientis iudiciale*, solicitado al jurista docto por magistrados y jueces de una administración de justicia todavía no profesionalizada¹²².

La dimensión técnica del derecho difundido por la cultura jurídica del *Ius Commune* tiende a dotar de ese carácter a los derechos locales y territoriales concurrentes y en ocasiones a desplazarlos. Por lo que se refiere a la administración de justicia, en el Medioevo se produce una modificación cualitativa de la tradición romana al conseguir progresivamente los juristas ocupar la composición de los órganos judiciales;

Rechtquelle im römischen Rect. (1978); Bona, La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-republicana, en La certezza del diritto nell'esperienza romana (1987), p. 101 ss.; Vincenti, Res iudicatae e diritto giurisprudenziale, en Studi Gallo, II, p. 567 ss.

119 Bellomo, Saggio sull'Università nell'età del diritto comune (1979).

120 Fernández Barreiro, El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea (1998).

121 Berman, La formación de la tradición jurídica de Occidente (tr. esp., 1996).

122 Rossi, *Consilium sapientis iudiciale*. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canónico (secoli XII-XIII), 1958; Lombardi, Saggio, cit., p. 121 ss.

resulta de ello un modelo de justicia técnica, que sustrae la función judicial a quienes carecen de formación jurídica

En la tecnificación de la administración de justicia y de la función judicial tuvo un especial protagonismo el tipo de proceso creado por los canonistas sobre la base del derecho procesal romano-justinianeo¹²³. El proceso romano-canónico adopta la escritura y una rigurosa regulación legal de los actos procesales y la materia probatoria, introduciendo, además, la motivación de las sentencias y la apelación. Adoptado simultáneamente en toda la red de la jurisdicción eclesiástica en Europa, estaba destinado a ser también asumido por los tribunales seculares, convirtiéndose en un cauce para la difusión e introducción en la práctica de la cultura jurídica romanística.

La jurisdicción eclesiástica incorpora progresivamente a la función judicial a personas con formación romano-canónica, con lo que se configura un modelo de administración de justicia profesionalizado y dotado de autonomía funcional. La creación a principios del siglo XIV del Tribunal de la Rota Romana, integrado por juristas, generó en los emergentes Estados europeos un movimiento expansivo de imitación, al que no fueron ajenos los profesionales del derecho, que promovieron igualmente reformas en el procedimiento judicial inspiradas en el proceso romano-canónico. En los Tribunales Superiores de Justicia que se constituyen en los diferentes Estados y entidades políticas del continente europeo los juristas tienden a afirmar progresivamente su presencia, y al asumir esos tribunales la revisión de las sentencias de los jueces inferiores contribuyeron decisivamente a la unificación del derecho en los ámbitos territoriales propios de su jurisdicción.

La vinculación del derecho a un conocimiento específico, resultado del estudio y del aprendizaje de una técnica de razonamiento, no podía dejar de influir en la formación de una cierta conciencia de grupo entre los miembros de la profesión jurídica. Tal conciencia existía ya en el período histórico-cultural romano, pero las condiciones del Medioevo propician por primera vez la organización corporativa de ciertas profesiones relacionadas con el derecho; ello sucede tempranamente con los profesores universitarios, pero también los abogados y notarios adoptan formas asociativas de carácter corporativo, lo que contribuyó a aumentar su prestigio e influencia en la sociedad y ante los poderes públicos¹²⁴.

A medida que los Altos Tribunales de Justicia son ocupados por jueces con formación técnica, adquieren igualmente conciencia corporativa y una autonomía funcional respecto al poder político en nombre del cual ejercen sus funciones jurisdiccionales. La relación es de estrecha colaboración: desde el momento inicial de la recepción boloñesa, los legistas se sirven de la autoridad de la tradición romanística de la *lex de imperio*¹²⁵ para atribuir a la autoridad imperial una legitimación popular¹²⁶; los juristas franceses, por su parte, facilitan al monarca la fundamentación de su independencia frente al emperador romano-germánico con la fórmula jurídica *rex Franciae est imperator in regno suo* en un momento en que la monarquía francesa empezaba a consolidarse.

La autonomía funcional lograda por las Cortes Superiores de Justicia durante el Medioevo propició su progresivo fortalecimiento corporativo y la adquisición de una conciencia de independencia en la gestión del derecho tanto frente a la Corona como a

123 Litewski, *Les textes procéduraux du droit de Justinien dans le Décret de Gratian*, en *Studia Gratiana*, 9 (1966), p. 67 ss.

124 Lombardi, *Saggio*, cit., p. 87 ss.

125 D. 1,4,1 pr.; II, 1,2,6.

126 Calasso, *I Glossatori e la teoria della sovranità popolare*. *Studio di diritto comune pubblico* (1931); Cortesse, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale* (1982).

las Asambleas Estamentales. Este cuadro puede ser generalizado, con diversas variantes, a los diferentes espacios político-territoriales europeos, pero resulta especialmente relevante el análisis del curso de su desarrollo histórico posterior en Inglaterra y Francia, a causa de la incidencia de los acontecimientos en la formalización constitucional de la posición autónoma de la organización judicial dentro de la estructura institucional del modelo de Estado de derecho.

6.2. La agrupación corporativa de los profesionales relacionados con la administración de justicia fue especialmente temprana en Inglaterra, en donde la instauración de una jurisdicción dependiente de la Corona se produjo con una cierta prioridad temporal al desarrollo de ese mismo fenómeno en el continente europeo¹²⁷, y con antelación a la expansión de la doctrina científica del *Ius Commune* y la adopción del nuevo tipo de proceso romano-canónico. En efecto, al menos desde mediados del siglo XII la organización judicial de la Corona se encuentra ya estructurada, y en el siglo XIII tiene su sede en Westminster¹²⁸.

La formación de la profesión jurídica (legal profesión) se encuentra relacionada con la tecnificación del proceso y de la administración de justicia, y esa profesionalización alcanza tanto a quienes desempeñan funciones judiciales como a los que asumen la representación técnica de los particulares en el proceso. A fines del siglo XIII la abogacía se encuentra organizada corporativamente, y se inicia la práctica de designación real de los jueces de entre los profesionales pertenecientes al sector más prestigioso de la abogacía¹²⁹. En el siglo XIV la enseñanza del derecho depende oficialmente de la comunidad formada por el estamento judicial y el de la abogacía, que consiguió mantener así el control de la formación de los aspirantes a la profesión jurídica, excluyendo de esa función a las Universidades.

Aunque los tribunales reales y la profesión jurídica habían nacido al amparo de la Corona, fueron consolidándose de hecho como una organización independiente que gestionaba un derecho que tenía un referente social consuetudinario, lo que proporcionaba legitimidad y autonomía a los jueces para crear mediante sus sentencias criterios normativos utilizables como precedentes¹³⁰, configurando un derecho común para todo el reino. De esta suerte, la función judicial se convierte en la tradición jurídica del *Common Law*, en el centro de imputación del fenómeno jurídico y, en gran medida, en el factor que protagoniza el desarrollo del derecho.

La justicia administrada por los tribunales reales nace con un alto grado de apoyo social debido a que su intervención parte de la iniciativa de los particulares, que preferían sustraer la causa a las jurisdicciones locales y territoriales de origen señorial y feudal. Su aceptación se vio también favorecida por la participación limitada de los miembros de la comunidad a través del jurado, componente típico del proceso del *Common Law*.

La institución nace¹³¹ en los momentos iniciales de implantación de la jurisdicción real y tuvo una primera expresión práctica como medio auxiliar de la justicia penal

127 Este hecho fue una de las causas determinantes de la resistencia a la recepción romanística en Inglaterra; Koschaker, *Europa y el derecho romano* (tr. esp., 1955), p. 309 ss.

128 Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (1966); Van Caenegh, *The Birth of the Common Law* (1973).

129 Jawson, *History of Law Judges* (1960).

130 Montrose, *Precedent in English Law* (1968).

131 Turner, *The Origins of the Medieval English Jury*, en *Journal of British Studies* 7 (1968).

ejercida por los jueces centrales itinerantes: admitida la acusación, el juez ofrecía al imputado la opción de someterse a un jurado constituido por doce miembros de la comunidad, cuyo pronunciamiento (*vere dictum*) servía como prueba para la sentencia judicial. La implantación y difusión del jurado se fundamenta en el principio tradicional consuetudinario a ser juzgado por personas de la propia comunidad y de igual condición, pero responde también a la política de gobierno instaurada por la monarquía normanda, que postulaba el deber de colaboración de los súbditos en los asuntos públicos.

En virtud de una disposición (año 1179) de Enrique II se extendió la función probatoria del jurado a las controversias posesorias sobre las tierras, en alternativa sustitutoria de la primitiva prueba ordálica del duelo. En el siglo XIII se generaliza en la práctica judicial de las Cortes de Justicia de Westminster la convocatoria de jurados para dilucidar discrepancias entre los litigantes sobre cuestiones de hecho de carácter incidental, pero es en el siglo XIV cuando el jurado queda plenamente integrado en el sistema procesal. Los miembros del jurado son convocados por orden real y están obligados a comparecer bajo amenaza de severas penas pecuniarias; les corresponde realizar un pronunciamiento final sobre la cuestión de hecho del asunto litigioso, en tanto que sólo el juez es competente en las cuestiones de derecho y en la conducción del procedimiento.

En concurrencia con los tribunales del Common Law se encuentra la jurisdicción eclesiástica y a lo largo del siglo XIV se desarrolla también una nueva jurisdicción dependiente del Canciller real (Court of Chancery), que opera originariamente como cauce para la renovación del derecho inglés; esta jurisdicción adopta como referente la doctrina romano-canónica, e igualmente el procedimiento escrito que los juristas del derecho común difundían por el continente europeo. Los profesionales del derecho que actúan ante esta jurisdicción, y en la eclesiástica, se forman en la Universidad, en donde se enseña derecho romano y canónico, por lo que la Equity se convirtió en un cauce de penetración de la cultura jurídica del *Ius Commune* en el derecho inglés¹³².

La rivalidad entre los sectores profesionales relacionados con estas dos jurisdicciones llegó a adquirir una gran tensión a causa del apoyo prestado en el siglo XVI por los monarcas a la jurisdicción de la Court of Chancery, en detrimento de los tribunales del Common Law, pero tuvo repercusiones en el plano político en el siglo XVII cuando se desencadenó el conflicto entre la Corona y el Parlamento. En Inglaterra no se trataba de algo nuevo: durante todo el período normando se había manifestado constantemente una oposición de los barones y los obispos frente a los reyes; los enfrentamientos se producían, sobre todo, por las exacciones que el monarca exigía frecuentemente para financiar sus campañas militares; la Iglesia se oponía, además, a las injerencias del rey en los nombramientos eclesiásticos y en su fuero jurisdiccional. Una revuelta de los nobles en 1213 se resolvió con una negociación con Juan I que dio lugar a la Carta Magna (año 1215), en la que se confirmaban los derechos de la Iglesia y de los señores feudales, y se limitaba el poder real.

Los enfrentamientos se reprodujeron en momentos posteriores, lo que contribuyó a mantener la tensión entre la Corona, que trataba de afirmar el poder real, y el Parlamento, que defendía sus prerrogativas, especialmente en la función legislativa y las exacciones fiscales. El debilitamiento de la nobleza feudal permitió a Enrique IV, a partir del año 1471, robustecer el poder real, eludiendo convocar el Parlamento y gobernando sólo con su Consejo privado; esa política fue continuada por los reyes de la dinastía Tudor, iniciada (año 1485) por Enrique VII, pero, a pesar de todo, se mantuvo la

¹³² Van Caenegem, *Réflexions sur la formation du Common Law et la procédure romano-canonique*, en *Études d'histoire de droit canonique dédiés à G. Le Bras*, 2 (1955), p. 1459 ss.; Barton, *Roman Law in England*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, 5 (1971), p. 50 ss.

dualidad monárquico-estamental al no haber conseguido la Corona prescindir por completo del Parlamento; por ello, no llegó tampoco a producirse en Inglaterra el desplazamiento de la potestad legislativa hacia el monarca, manteniéndose el carácter paccionado de la legislación.

Un nuevo período de enfrentamientos se inicia a causa de la política absolutista de los monarcas de la dinastía Estuardo (año 1603), y presenta la novedad de la presencia de las corporaciones de juristas del Common Law en el escenario político. La primera confrontación entre la Corona y los jueces, liderados por E.Cok, se produjo en el reinado de Jacobo I, a causa de la invasión de competencias de los tribunales ordinarios por nuevos órganos judiciales creados por la Corona; aunque Coke fue depuesto (año 1616), la Court of Chancery puso fin a la tendencia expansiva de su jurisdicción y comenzó a operar con su propio sistema de precedentes vinculantes, pero los common lawyers se convirtieron desde entonces en aliados del Parlamento en los posteriores desencuentros con la política absolutista de la Corona.

El posicionamiento de los miembros de la profesión jurídica vinculados a la jurisdicción de la Court of Chancery en apoyo del poder real frente al Parlamento transformó la rivalidad con las corporaciones de juristas del Common Law en un enfrentamiento político entre una concepción de la administración de justicia dependiente del monarca y la tradicional configuración de la autonomía corporativa de los tribunales de la Corona. El debate se situó también en términos ideológicos a favor o en contra del primado del derecho y de la tradición jurídica nacional sobre el Estado y la voluntad del monarca; se convirtió, además, en una batalla en torno a la limitación legal del poder del gobierno, de la que nació la moderna doctrina inglesa, trasladada después al continente europeo, de subordinación del Estado al derecho, y consiguiente control jurisdiccional de los actos de gobierno¹³³.

La causa defendida por los juristas del Common Law se identificaba políticamente con la supremacía de la tradición jurídica nacional, de la que formaba parte la idea de la soberanía limitada del monarca, sujeto él mismo al derecho, y necesitado del concurso del Parlamento para que aquél pudiera ser modificado por vía legislativa. La presencia activa de los juristas en el momento en que se produce en Inglaterra el conflicto entre el Parlamento y la Corona muestra hasta qué punto constituían un grupo profesional políticamente influyente; por otro lado, el empleo del elemento ideológico de la independencia judicial como arma contra el absolutismo y la formulación del principio de supremacía del derecho ponen de manifiesto el profundo arraigo que en el derecho público medieval tenía la diferenciación entre el ámbito autónomo de la iurisdictio, que correspondía a los tribunales, y la esfera de gobierno, propia del monarca. Los jueces y abogados del Common Law se quejaban, precisamente, de las interferencias reales en la esfera de la jurisdicción¹³⁴, al igual que el Parlamento de las pretensiones del monarca de prescindir de su concurso para promulgar disposiciones legislativas

La restauración monárquica (año 1660), tras la dictadura de Cromwell, propició la armonía entre el Parlamento y la Corona; la Iglesia anglicana había quedado fortalecida frente a las demás confesiones religiosas y consiguió el apoyo del Parlamento para imponer la unidad religiosa, lo que provocó tensiones en los grupos católicos y los protestantes disidentes del anglicanismo: a pesar de la política contemporizadora de Carlos II, no pudo evitar el conflicto con el Parlamento. Los acontecimientos que condujeron

133 Hill, *Le origini intellettuali della rivoluzione inglese* (tr. it., 1976).

134 Mc Ilwain, *The English Common Law. Barrier against Absolutism*, en *American Historical Review*, 49 (1943); Ogilvie, *The Kings Government and the Common Law (1471.1641)*, 1958.

a la revolución de 1688 tuvieron como causa inmediata la pretensión de Jacobo II de restablecer el catolicismo en Inglaterra y su política absolutista para tal objetivo: tras la disolución del Parlamento (año 1687) gobierna y legisla sin su concurso; asegura la colaboración de la Court of Chancery y destituye a jueces de los tribunales del Common Law contrarios a su política, lo que acabó provocando una rebelión generalizada.

La revolución concluyó con un compromiso entre whigs y tories en una convencción de ex parlamentarios (año 1689) que estableció el programa bajo el que se instauró en el trono a María II y Guillermo III: el Bill of Rights del año 1689 confirmaba los antiguos derechos y libertades del pueblo inglés, establecía la prerrogativa del Parlamento en las funciones legislativas y límites al poder de la Corona; fue garantizada la inamovilidad de los jueces (decreto de 1689) y la independencia de la organización judicial (Act of Settlement, año 1701). Se configuraban, así, ámbitos competenciales autónomos, pero dentro de un marco general de cooperación entre ellos. La nueva monarquía parlamentaria recibió fundamentación teórica con la obra de J.Locke *Two Treatises in Government* (año 1689), que influyó también en el pensamiento político continental europeo, especialmente en Francia, y en el constitucionalismo americano¹³⁵.

El modelo constitucional que nace de la revolución de 1688 dotó de estabilidad a las instituciones inglesas en continuidad con las antiguas tradiciones del derecho público que la concentración del poder absolutista de la Corona venía a perturbar; el orden social no experimentó por ello ninguna transformación y la vida política continuó bajo el control de la nobleza terrateniente y de la jerarquía de la iglesia anglicana, pero la clase dirigente supo conducir la evolución del sistema institucional sin rupturas en el mismo; desde 1782 el gobierno debe contar con la confianza del Parlamento y es responsable ante él; la reforma electoral de 1832 (Reform Act), con el acuerdo de whigs y tories, abrió la representación política a la burguesía e inició la transformación democrática del régimen parlamentario.

Desde el punto de vista de la relación del ciudadano con el derecho, la revolución de 1688 supuso el fortalecimiento del Common Law al haberse situado las corporaciones de juristas en pugna con el absolutismo y en apoyo del Parlamento; ello imprimió a la función judicial y a la gestión del derecho por las corporaciones de juristas un sentido de baluarte defensivo del ciudadano frente a los abusos de los poderes públicos, contribuyendo así a reforzar la necesidad de la independencia de la magistratura.

Por lo demás, la proclamación de la supremacía de la ley parlamentaria no desvirtuó el carácter judicial del derecho inglés, en cuya tradición no se produjo la ruptura que provocó en el continente europeo el positivismo legal y las corrientes de opinión de signo anti-jurisprudencial. La respuesta del derecho inglés en el siglo XIX al problema de la unificación del ordenamiento jurídico y a la certeza del derecho se produjo dentro de la propia estructura jurisdiccional y del sistema de precedentes judiciales, en continuidad con la tradición jurídica del Common Law¹³⁶.

6.3. La agrupación corporativa de los profesionales del derecho relacionados con la administración de justicia siguió un curso distinto en Francia. Conforme al

135 Aparici, *La revolución americana. Aproximación a sus orígenes intelectuales* (1995).

136 *Judicature Acts* (1873-75).

137 Gouron, *Enseignement du droit, légistes et canonistes dans le Midi de la France à la fin du XIV siècle*, en *Recueil Mémoires et Travaux Montpellier*, 5 (1966), p. 1 ss; Id., *La science juridique française au XII et XIII siècles: diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, 1 (1978).

modelo continental, la formación jurídica se recibe en los centros universitarios que se establecen en distintas ciudades del reino¹³⁷, por lo que los juristas franceses y los profesionales del derecho tienen todos una común formación romanista; se convierten, además, en aliados de la política de la monarquía¹³⁸, y a esa relación se debió también la instauración de una jurisdicción central en la capital del reino: desde el siglo XIII el Parlamento de París funciona como Tribunal Superior de Justicia, y en el siglo XIV aparece en una posición institucional autónoma en relación con la Corona, dotándose de su propia organización; en ese momento está ya integrado por juristas profesionales que gozan de estabilidad en el ejercicio de su cargo, que se convierte en inamovible hacia fines del siglo. A imitación del Parlamento de París, se crean desde el siglo XIV Tribunales Superiores de Justicia en otras ciudades, convirtiéndose éstas en sedes de la jurisdicción territorial autónoma de las diferentes regiones de Francia.

Al igual que en Inglaterra, también en Francia la autonomía y profesionalización de los órganos judiciales superiores tuvo su manifestación originaria en la práctica de intervención de éstos en la propuesta al rey de los candidatos que habían de ser designados jueces: la selección de los candidatos se efectuaba de entre los miembros de la abogacía (*barreau*), que desde el siglo XIV se agrupa corporativamente. Pero la inamovilidad no fue una conquista institucional lograda en nombre de la idea de la independencia judicial, sino una consecuencia de la práctica del acceso a la función judicial mediante la compra del oficio, de modo que una función pública se convirtió en objeto de comercio y de propiedad privada; la patrimonialización del cargo lo hizo igualmente transmisible por herencia, y la designación formal del rey no tuvo otra limitación que la de la concurrencia en el peticionario de las necesarias condiciones de su formación técnica como jurista¹³⁹.

Las particulares condiciones de la vida histórica francesa propiciaron la conversión de los Parlamentos judiciales en reductos cerrados de la nobleza y de la burguesía; el acceso de ésta a las funciones judiciales se vio precisamente favorecido por el sistema de venalidad de estos cargos¹⁴⁰, adquiriendo con ello un espacio propio dentro de la organización político-social. A pesar de la formal derivación de la autoridad de los Parlamentos judiciales de la del monarca, se constituyeron en un contrapoder frente al mismo al proclamarse *Cours souverains*: la aplicación de las disposiciones reales (*ordonnances*) requerían su expresa aceptación (*enregistrement*), y podían ser vetadas (*rémontrance*). Esta mediatización de la potestad normativa del monarca, que excedía de la esfera propia de la interpretación judicial, podía ser un obstáculo para una política del derecho de signo reformista, y así comenzó a ponerse de relieve¹⁴¹, en efecto, desde mediados del siglo XVI.

A partir de Luis XI (año 1461) la monarquía francesa había conseguido afirmar la autoridad real sobre la nobleza feudal; la Asamblea de los Estados Generales tuvo

138 Pegues, *The Lawyers of the Last Capetians* (1962).

139 Schill, *Die Stellung des Richters in Frankreich. Eine Rechtshistorische Darstellung unter Einbeziehung der Gerichtsverfassung* (1961).

140 Nousnier, *La vénalité des offices sous Henry IV et Louis XIII* (1945); Mastellene, *Venality e machiavellismo in Francia (1572-1610). Alle origini della mentalità politica borghese* (1970).

141 La Corona intentó sin éxito limitar las facultades de oposición de los Parlamentos (*Ordonnances de Moulin*, de 1546), que en ocasiones afectaban a medidas de gran relevancia política; así ocurrió, en efecto, con el Edicto de Nantes (año 1598) de Enrique IV, que garantizaba a los protestantes los derechos civiles, y que varios Parlamentos se negaron a registrar; en realidad, hasta el final del Antiguo Régimen la política reformista de la monarquía se vio obstaculizada por los Parlamentos judiciales; Cheyette, *La justice et le pouvoir royal à la fin du Moyen Age*, en *RH*, 40 (1962), p. 373 ss.

cierta actividad durante los siglos XV y XVI, pero la Corona tendió a prescindir de su concurso a medida que se fue afianzando la política absolutista, que contó con el apoyo de los medios intelectuales vinculados al movimiento humanista y posteriormente recibió también el del pensamiento ilustrado. Frente a la tendencia de la vida histórica y política inglesa al mantenimiento de las tradiciones del derecho público nacidas en el Medioevo, en Francia prevalecen las corrientes que impulsan la ruptura con el orden medieval, del que formaban parte los Parlamentos judiciales.

Un primer desencuentro con la Corona se produjo con ocasión del impulso dado por ésta desde mediados del siglo XV a la redacción del *droit coutumier*¹⁴², atendiendo a reiterados requerimientos de la Asamblea de los Estados Generales. En continuidad con la tradición colaboradora de los juristas con la Corona, la dirección técnica del proyecto fue confiada a comisarios regios pertenecientes a la magistratura. Aunque los trabajos quedan prácticamente concluidos a finales del siglo XVI, lo cierto es que los medios profesionales relacionados con la práctica del derecho y, en concreto, los Parlamentos judiciales adoptaron una actitud pasiva e incluso obstruccionista¹⁴³; tan sólo fue posible una unificación del *droit coutumier* en los ámbitos territoriales de las jurisdicciones de los diferentes Parlamentos, en un momento en que en los medios intelectuales y políticos se postulaba la necesidad de un texto único de *ordonnances*, *coutumes* y decisiones judiciales para todo el reino¹⁴⁴.

Desde los medios intelectuales vinculados al humanismo renacentista comienzan a aparecer las primeras críticas contra el sector profesional de los juristas prácticos en cuanto gestores del derecho en el ámbito forense. Su actitud conservadora era percibida como interesada en el mantenimiento de un orden jurídico complejo, cuyo control ejercían. Las resistencias a las reformas provenían también de sectores sociales partidarios de preservar el particularismo jurídico, e igualmente de los ámbitos de la nobleza y el clero locales. Los Parlamentos judiciales, por su parte, veían en el fortalecimiento de la potestad normativa de la Corona una invasión de su propia competencia en relación con la gestión autónoma de la normatividad; la subordinación de la interpretación judicial a la primacía de la legislación real como expresión de la soberanía normativa del monarca comienza, en efecto, a plantearse como problema político en el siglo XVI y continuará durante todo el Antiguo Régimen como cuestión conflictiva hasta que se resuelve desde la legalidad revolucionaria.

Al haber prescindido la Corona del concurso de los Estados Generales, los Parlamentos judiciales vinieron a ocupar una posición institucional que presentaba el riesgo de que la defensa del derecho y de la independencia judicial que justificaba su agrupación corporativa fuese utilizada políticamente contra la acción de gobierno de la Corona. Así ocurrió, en efecto, en el primer grave enfrentamiento que tuvo lugar durante la minoría de edad de Luis XIV a causa de la oposición suscitada por las medidas tributarias de Mazarino: animados por los sucesos revolucionarios de Inglaterra contra Carlos I, los Parlamentos judiciales franceses se posicionan frente a la política de la monarquía, en alianza con sectores descontentos de la nobleza y el alto clero¹⁴⁵, y reclaman el derecho a ratificar los impuestos.

142 Filhol, *La rédaction des coutumes en France au XV e XVI siècles*, en *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent* (1962), p. 63 ss.

143 Caillemet, *Des résistances que les Parlements opposèrent à la fin du XVI siècle à quelques essais d'unification du droit civil*, en *Livre du Centenaire du Code civil*, II (1904), p. 1082 ss.

144 Gaudemet, *Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI-XVII)*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I (1977), p. 160 ss.

145 Moote, *The Revolt of the Judges. The Parliament of Paris and the Fronde, 1643-1652* (1977).

Las fuerzas militares de la nobleza y los Parlamentos son derrotadas (1650-1653), con el consiguiente triunfo del absolutismo, que no logró, sin embargo, doblegar a las corporaciones de juristas. Luis XIV evitó el conflicto con los Parlamentos judiciales mediante un compromiso con los mismos en la elaboración y aprobación de la reforma y unificación del procedimiento civil y criminal, pero bajo Luis XV los Parlamentos intentan abiertamente asumir una función política, proclamándose defensores de los intereses de la nación y de los derechos individuales de los ciudadanos; reivindican, en definitiva, una participación en el ámbito del poder real, lo que motivó frecuentes intromisiones en el ejercicio de las competencias de los representantes de la administración en los territorios del reino.

La determinación de la Corona a afirmar su autoridad sobre los Parlamentos judiciales condujo a un conflicto político (año 1770) del todo singular: las corporaciones de juristas decidieron paralizar la administración de justicia; el gobierno aprovechó la ocasión para acometer una reorganización judicial con nuevo personal; el pueblo y los sectores intelectuales permanecieron indiferentes ante la rebelión de los Parlamentos, lo que venía a mostrar su distanciamiento de la realidad social¹⁴⁶.

La actitud crítica que desde los medios intelectuales del humanismo se había dirigido contra los juristas de los Parlamentos judiciales¹⁴⁷ fue retomada por la ideología política de la Ilustración, que convirtió en uno de sus principales objetivos la reforma del conjunto del orden jurídico, su enseñanza y aplicación práctica, responsabilizando directamente a las corporaciones de juristas de las múltiples deficiencias y vicios que presentaba la situación del derecho en la época¹⁴⁸. Se afianza, en consecuencia, una corriente de pensamiento anti-jurisprudencial que denuncia el despotismo de las corporaciones profesionales de juristas, a las que se niega legitimidad en su pretensión de representar al cuerpo social; Voltaire y su obra *Histoire du Parlement de Paris* (año 1751) constituyen la expresión más significativa de esa corriente intelectual que se sitúa en alianza con el absolutismo monárquico en su política reformista y de control del poder de los Parlamentos judiciales¹⁴⁹.

Se había generado también un malestar en los medios sociales, reflejada en los cahiers de doléances del período pre-revolucionario contra los representantes de la administración de justicia: la venalidad de los oficios, la dilación de los procesos y la falta de publicidad del procedimiento, los constantes conflictos entre jurisdicciones, la cuantía de las costas procesales, la arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho. Estos y otros vicios que arrastraba la administración de justicia en Francia fueron generando una profunda separación entre la sociedad civil y las corporaciones de juristas, y explican la postura de los representantes de la Ilustración y su apoyo a la política de reformas de la Corona

A pesar de todo ello, los Parlamentos judiciales consiguieron sumarse a la corriente de oposición al absolutismo de la Corona cuando comienza a prevalecer en la vida política francesa el movimiento revolucionario; desde el plano de su legitimación político-intelectual reciben un inestimable apoyo de la favorable acogida dispensada a la obra de Montesquieu *L'esprit des lois* (año 1748), que propugnaba la adaptación de

146 Olivier Martin, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII siècle* (1954).

147 Fernández Barreiro, *La dimensión político-cultural del humanismo jurídico*, en *SCDR XII* (2000), p. 69 ss.

148 Sobre la ideología del iluminismo jurídico francés y sus diferencias con el alemán, F. Díaz, *Filosofía e política nel settecento europeo* (1962).

149 Tarello, *Storia della cultura giuridica europea* (1976), p. 259 ss.

la monarquía francesa al modelo inglés, conservando la estructura nobiliaria y los poderes que reclamaban para sí los Parlamentos judiciales.

Aprovechando la situación de debilidad en la que se encontraba el gobierno de la monarquía en la época de Luis XVI, los antiguos Parlamentos logran su restablecimiento (año 1780) y pronto vuelven a asumir una actitud obstruccionista contra las reformas políticas y financieras de Turgot y Nécker. La oposición parlamentaria contribuía a debilitar institucionalmente a la Corona y, por ello, encontró un apoyo táctico en las fuerzas revolucionarias; animados por su aparente popularidad, los Parlamentos judiciales cambian de táctica y pretenden dirigir la política reformista, a cuyo efecto reclaman (año 1777) la convocatoria de los Estados Generales, lo que desencadena el proceso revolucionario, que suprime los privilegios y la venalidad de los oficios (año 1789), los Parlamentos (año 1790) y, finalmente, las Facultades de derecho (año 1793).

El cercano recuerdo del obstruccionismo de los Parlamentos judiciales a la política de reformas de la administración real pesó decisivamente en la Asamblea Constituyente, que quiso evitar el riesgo de que los jueces pudieran entorpecer de igual modo la acción del gobierno revolucionario, que pretendía llevar a cabo la transformación de la sociedad; por ello, no sólo son suprimidos los Parlamentos judiciales¹⁵⁰, sino que se establece la exención de control jurisdiccional para los actos de gobierno¹⁵¹, tipificándose incluso como delito la inmisión de los jueces en la acción administrativa¹⁵².

De la corrección de esa desviación del modelo constitucional inglés de Estado de derecho nació la singularidad francesa de la jurisdicción especializada administrativa en la nueva organización del Estado impulsada por Bonaparte, que introducía como elemento relevante una administración civil centralizada al servicio del poder ejecutivo nacido del impulso revolucionario¹⁵³. El nuevo modelo requería la implantación de un sistema judicial funcional y jerarquizado, que aparecía en una relación de correspondencia con la estructuración unitaria de la administración del territorio¹⁵⁴; el cuerpo judicial adquirió inevitablemente una configuración burocrática y, a pesar de la inamovilidad, el sistema no podía dejar de generar una situación de dependencia de los jueces respecto a los centros internos de poder de la administración¹⁵⁵. Desde el plano de la relación con la sociedad, sin embargo, la función judicial se vio potenciada en su dimensión de servicio público, y se hizo efectiva la democratización del acceso a la carrera judicial por efecto de los procedimientos de carácter técnico aplicados para la selección de sus miembros, en igual medida que los demás cuerpos de la administración.

El modelo unitario de ordenamiento jurídico formalizado por las codificaciones napoleónicas respondía a un objetivo revolucionario que la política de unificación del derecho promovida por la Corona no había logrado, en gran medida por la oposición de los Parlamentos judiciales. La ideología anti-jurisprudencial de los sectores intelectuales vinculados a la Ilustración y el factor político revolucionario de evitar las interferencias de los jueces en la acción de gobierno se encuentran entre las causas determinantes de la ruptura con la tradición jurídica que situaba a la *interpretatio iuris* en un espacio autónomo dentro del desarrollo del derecho en concurrencia con la legislación. En Inglaterra se produjo una constitucionalización de esa tradición, que la independencia del poder judi-

150 Carrè, *La fin des Parlements* (1912).

151 Ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790.

152 Código penal y Constitución de 1791 (Tit. III, cap. V, art. 3º).

153 García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea* (1984).

154 Ponteil, *Napoleón I et l'organisation autoritaire de la France* (1956).

155 Royer, *La société judiciaire depuis le XVIII siècle* (1971).

cial venía simplemente a preservar, pero la posición de preponderancia de la Jurisprudencia judicial era por entonces común al conjunto de los territorios europeos.

En efecto, durante los siglos XVII y XVIII se habían consolidado las Cortes Superiores de Justicia en todos los espacios político-territoriales europeos. La autonomía funcional de que gozaban y su composición por juristas de prestigio e influencia política condujeron a proporcionar a las decisiones de esos tribunales una posición preeminente en el sistema de fuentes del derecho, debido a que en la práctica los operadores jurídicos acudían a las sentencias judiciales para conocer el derecho aplicable; prevalece, así, en la cultura jurídica europea un modelo de derecho judicial semejante al que desde un primer momento caracteriza al derecho inglés.

La propia Jurisprudencia de las diferentes Cortes Superiores de Justicia fue estableciendo un sistema de precedentes que creaban una normatividad vinculante en los respectivos ámbitos jurisdiccionales y que tendía también a ser seguida por los tribunales inferiores. La interpretatio judicial realizaba, así, una función unificadora del derecho en el ámbito territorial al que alcanzaba su jurisdicción; la normatividad resultante era de naturaleza jurisprudencial debido a la amplia discrecionalidad con la que podían operar los jueces en un modelo que les permitía encontrar fundamentos para la decisión del caso concreto en el conjunto de los componentes de la cultura jurídica en la que operaban.

En esa amplia discrecionalidad se encuentra el fundamento de la primacía que en la práctica adquirió la Jurisprudencia judicial, que se manifiesta en el desarrollo de una literatura jurídica constituida por colecciones de sentencias¹⁵⁶. La posición dominante de la Jurisprudencia judicial en la gestión del derecho provoca en algunos medios intelectuales una corriente anti-jurisprudencial y a veces el enfrentamiento con la política del derecho de las monarquías; Francia fue el principal escenario en el que tuvo lugar esa confrontación, de un signo bien distinto a la que se produjo en Inglaterra. Las particulares condiciones que concurren en la vida histórica francesa y en su movimiento revolucionario, determinaron la configuración de la relación meramente pasiva del juez en relación con el derecho, entendido éste como reducido a su expresión legal, sin reconocimiento alguno a la creatividad vinculada a la interpretatio iuris propia de la tradición jurídico-cultural europea.

Muy pronto, sin embargo, el modelo resultó rectificado en la práctica por la recuperación progresiva por parte de la Jurisprudencia judicial de su anterior protagonismo, y ello ocurrió, no sólo en relación con el derecho codificado, sino también, y muy especialmente, con el nuevo derecho administrativo; en efecto, al haber nacido éste como una derogación global del derecho privado, se desarrolló al margen del derecho codificado, y sus normas más importantes fueron enunciadas en forma de decisiones judiciales, merced a la labor de interpretación creadora del Consejo de Estado¹⁵⁷.

La confrontación política entre las Cortes Superiores de Justicia y la acción de gobierno no se produjo en igual medida en los demás espacios político-territoriales europeos, en donde la filosofía de la Ilustración inspiró políticas reformistas que encontraron acogida en las élites dirigentes de las monarquías autoritarias en los siglos XVII y XVIII. La tendencia hacia la unificación del ordenamiento jurídico encontró una general acogida en la forma de codificaciones según el modelo francés, del que se tomó también el componente de la administración centralizada y su organización judicial.

156 Gorla, L'origine e l'autorità delle raccolte di Giurisprudenza, en Anuario di diritto comparato e di studi legislativi, 44 (1970), p. 4 ss.; Lombardi, Saggio, cit., p. 164 ss.

157 Durand, Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien (1949).

El cambio en la relación del juez con la ley no impidió a la Jurisprudencia judicial desarrollar su propio espacio creativo en el ámbito de la interpretación de la normatividad, pero la integración del modelo judicial funcionarial en la organización democrática del Estado generó progresivamente la necesidad de dotar de una expresión institucional a la organización autónoma del sistema judicial como exigencia de la exteriorización de la independencia de la magistratura y de la interna de los jueces.