

RECTE ET RITE. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO ROMANO

María Jesús Casado Candelas

Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Valladolid

RESUMEN:

El artículo presenta un recorrido a través de los diferentes tipos de Derecho (jurisprudencial, edictal, judicial, etc.) en donde la costumbre no solamente estaba cobijada, sino que jugó un importante papel en el mayor reconocimiento de éstos.

Palabras clave: Derecho; costumbre; rito; *auctoritas*; uso; jurisconsultos; *responsa*; edictos; jueces.

ABSTRACT:

This paper goes through some different types of law (juristic law, edict law, judicial law, etc.) where custom not only was embraced, but also played an important role as to grant them a wider recognition.

Key words: Law; custom; rite; *auctoritas*; use; jurists; *responsa*; edicts; judges.

Recte et rite. Reflexiones sobre el Derecho consuetudinario romano

SUMARIO: I. Introducción.- II. “*Ius...*”.- III. “*...oritur...*”.- IV. “*...ex facto*”.- V. “*Recte...*”.- VI. “*... et rite*”.- VII. *Ex usu, auctoritas*.- VIII. *Ex more, ius – ex iure, mos*.- IX. *Scripserunt prudentes*.- X. *More responsorum*.- XI. *More edictorum*.- XII. *More iudiciorum*.- XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Recorrido a través de los diversos tipos de derecho (jurisprudencial, edital, judicial...), en donde la costumbre no solamente estaba cobijada, sino que jugó un importante papel en mayor reconocimiento de éstos.

El presente trabajo trata del derecho, de lo que sea justo y recto, y de la costumbre, que consiste en conductas, actos reiterados, en resumen lo hecho *recte et rite*¹, y que ensamblados, dan lugar al derecho consuetudinario, un derecho que lo fue todo en los inicios de la sociedad y que hoy no lo tiene fácil, pues en la vida moderna no hay casi espacio para la costumbre que requiere tiempo para formarse² y, en el caso de que llegue a ser reconocida como una fuente del derecho, hasta llega a ser considerada como fuente seca³. Pero no por ello se puede hablar de una desaparición del derecho consuetudinario; establézcase un paralelismo con el Derecho Romano, véase lo que ocurrió en Roma con la costumbre como fuente del derecho y se hará la luz en muchos puntos. Una vez más el Derecho Romano viene en ayuda del derecho moderno: el *agere* que lleva al *usus fori* y a las decisiones de los *iudices*, el *cavere* sobre los usos normativos negociales, el *respondere* que genera una *communis opinio*, tienen sin duda su reflejo en el derecho actual; pues bien, en estas esferas de actuación de los juristas romanos la costumbre desempeñó un importante papel, así como en otras instituciones.

Hay que preguntarse cómo tendrá que ser una costumbre -de momento es una actuación natural- para que se la pueda calificar de jurídica⁴ y así quedar “marcada” pasando a engrosar las filas del repertorio terminológico del derecho, donde cada pieza tiene su lugar, olvidada aquella naturalidad que la hizo surgir pero que recuperará en su desaparición, a diferencia de la ley, la cual, aunque no se aplique no desaparece, sin embargo la costumbre que no se aplica se esfuma; la costumbre tendrá, por tanto, que reunir determinados requi-

1 Expresión frecuente y que a mi juicio sintetiza perfectamente el tema objeto de este estudio; me llamó la atención al releer una vez más la obra de De Francisci “*Primordia Civitatis*”, Roma 1954 p.269.

2 v. Guarino “La consuetudine e la legge alla hora dell’esperienza romana” *Pagine di Diritto Romano I Napoli* 1993 p.220 ss. (= *Diritto e Giurisprudenza* 71, 1956,413 ss.).

3 Así Gordillo Cañas “La costumbre ¿fuente autónoma del derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del derecho en el Código Civil Español” *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 1992, 21, p.522: “La Costumbre de nacimiento y normatividad independiente no tiene hoy cabida en Derecho. Nuestro Código, en ocasionalidad coyuntural muy dependiente de la “cuestión foral” le hizo sitio entre las fuentes en 1889 en su art.6º. Frustrada previsión: el Derecho Foral labró legislativamente su propio cauce, y la realidad y la experiencia del sistema jurídico se encargan hoy de evidenciar que el cauce consuetudinario es hoy un cauce abandonado y seco”.

4 Lo que ya no es tan natural. Cfr. Royo Arpón “Ciudad abierta –ciudad de ciudadanos-“ 2001, p.66 ss. quien estudia el término *ius* como artificio en oposición por tanto a *natura*.

sitos internos, como la utilidad y la convicción sobre lo justo, para poder convertirse en un “como” o manera del derecho, en “una forma de la vida del derecho”⁵.

La costumbre ha sido siempre considerada posible fuente de derecho, *ius oritur ex facto*, *ius est implicitum factu* decía Baldo⁶, y como la costumbre son actos, conductas, se podría decir *ius oritur ex more*, *ius est implicitum more*; pero no cualquier costumbre generará derecho; si la costumbre quiere “dar” derecho, muchas veces -que no siempre- se habrá tenido que inspirar en él, y en ese caso ¿se trata de un mismo derecho? porque se da igual nombre al derecho que inspiró a la costumbre que al derecho producido por ésta ¿no tendrá entonces razón Baldo cuando habla de un derecho causal o generador y de un derecho formal o generado?⁷ Volviendo la vista a la antigua Roma ¿acaso no vendría constituido el primero por el *fas* y el segundo por el *ius* del Derecho Romano? Pero ¿qué entendían los romanos por *fas*, por *ius*, para que se pueda hablar de costumbre jurídica, de derecho consuetudinario?

Y dado que en los textos de Derecho Romano se alude a las fuentes del derecho,⁸ se plantea la cuestión de por qué se silencia en ellos a la costumbre como tal, de por qué los jurisconsultos romanos no quisieron, o no pudieron, mencionarla; probablemente debido a que en una enumeración de fuentes concretas no podían incluir la fuente en abstracto, la fuente por excelencia: los *mores maiorum*, los cuales además, cuando la época clásica esté bien avanzada, sólo serán un recuerdo... Para ese tiempo ya habían cumplido su misión.

Nadie duda de que la costumbre ha sido, es y será, claro que con diferente dosificación, por mucho que los legisladores hayan tratado o traten en lo sucesivo de acallarla, fuente de derecho positivo; además el más positivo de los derechos, pues una costumbre que no se aplica deja de ser costumbre.

En dónde se podrá encontrar presente, pues, el derecho consuetudinario en Roma cuando haya dejado de ser el único derecho existente, cuando venga desplazado por las leyes escritas, es de lo que se va a tratar concretamente a lo largo de este trabajo, haciendo un recorrido por aquellas instituciones y otras fuentes del derecho en donde la costumbre se habría diluido, no siendo preciso por ello su mención a la hora de enumerar las fuentes del derecho.

Que el derecho consuetudinario fue el más primitivo de los derechos, eso ha sido así en todas las civilizaciones. Si el derecho es exigencia de la sociabilidad humana, derecho siempre habrá habido; hasta el hombre de las cavernas tendría su particular idea del derecho, lo que ocurre es que al hombre le puede llegar el derecho por distintos cauces⁹; hasta que la humanidad ideó el cauce legal, el único derecho sería el derecho consuetudinario. No podrá por tanto ser una excepción la civilización romana; y hasta podría llegarse a la conclusión de que en Roma la mayor parte del derecho consistió en derecho consuetudinario porque reconocieron multitud de veces un *ius quod moribus introductum est*¹⁰.

5 Así J.Costa “La vida del derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario” Zaragoza 2ª ed. 1982 (1ª ed.1876) p.56.

6 v. “*In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*” Venetiis 1599. Sobre D.9,2,52 (53),2, aunque como reconoce Vallet en “Esquema Introductivo para una Metodología de la Ciencia Expositiva y Explicativa del Derecho” Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid 1999 p.9 la captación del derecho en los hechos sea difícil y complicada, por lo que se requerirá la colaboración de la ciencia del derecho y de los expertos como los prudentes y los jueces.

7 *Commentaria. cit. De iustitia et iure, lex 1º n.9*: “...duplex est ius ... causale et formale...”. Como dice Royo en “Ciudad.” cit.p.72, *ius* además de hacer referencia al ideal de Justicia también da nombre a la mecánica de aplicación del derecho.

8 v. infra VIII. *Scripserunt prudentes*, Gayo 1,2; D.1,2,2,12; D.1,1,7 pr.

9 v. Ihering “El Espíritu del Derecho Romano” II, trad. Príncipe y Satorres, 1892-1895, p.35 ss.

10 D.1,3,36; D.1,6,8 pr.; D.28,6,2,pr.; Tit.Ulp.11,2-11,3-11,24.

Para lograr una aproximación al concepto de derecho consuetudinario primero habrá que definir “derecho” y luego “costumbre”. Dependiendo de lo que se entienda por cada uno de estos términos, así será el resultado.

Excede de este estudio una explicación del concepto global de derecho (¿adónde iríamos a parar?) por lo que se llevará a cabo la reflexión precisa para poder abordar el tema de “lo jurídico”. Y ello es así porque en tema de derecho consuetudinario la primera cuestión que se plantea siempre es la de si los ordenamientos jurídicos tienen en cuenta a la costumbre porque ya es jurídica (y lo era sobre todo en los tiempos más remotos, cuando el único derecho que existía era el consuetudinario; los otros tipos de derecho se formaron paulatinamente desgajándose de aquél) o si la costumbre se hace jurídica porque la recoge el ordenamiento jurídico. ¿Por cuál de los dos extremos se encenderá la vela?¹¹ se encienda por donde se encienda, la verdad es que se llega al mismo punto, el de la contribución de la costumbre a la realización de la Justicia.

Sin ir más lejos, la misma naturaleza hace que los días respondan a repeticiones de leyes físicas las cuales influyen en los comportamientos humanos, reflejándose en reglas y usos de todo tipo, por lo que los hombres, instalados en determinados hábitos, se encuentran de tal manera acomodados a ellos que la alteración del ritmo, de la cadencia de los hechos, se ha considerado siempre un perjuicio y hasta un peligro incluso para el grupo social. El equilibrio que la sociedad demanda se conseguirá a través de reglas, de normas que armonicen las acciones y las fuerzas de cada individuo en particular con las de los demás; sin esta armonía no habrá equilibrio y sin equilibrio no habrá sociedad¹². No hay que perder de vista que, si desde antiguo, derecho y costumbre estuvieron totalmente fundidos, no puede pretenderse de pronto una separación radical; eso sólo es posible en el plano conceptual, en el plano de la dogmática¹³.

Si se admite comúnmente que la costumbre es por lo menos substrato del derecho, la escisión supondría la extirpación de las raíces de toda una cultura. Y el derecho consuetudinario fue el primer Derecho Romano, el más antiguo Derecho Romano.

Los modernos conceptos sobre las diferentes clases de derecho en virtud de sus fuentes de producción -legal, judicial, jurisprudencial, notarial, consuetudinario...- parecen tan claros que se llegan a olvidar las tensiones previas a su cristalización. Además, no se podrá determinar qué es la costumbre si no se tiene presente la distinción entre ley y derecho, ya que la costumbre será sólo un momento, y no el único, del derecho no legal¹⁴, pues a fin de cuentas costumbre y ley constituyen diferentes maneras de manifestarse la voluntad de los pueblos.

Derecho consuetudinario, costumbre... términos tan manidos a estas alturas que a primera vista no parece que puedan plantear cuestiones, problemas, dudas; pero es evidente que éstas surgen cuando se intenta explicar por separado lo que probablemente tiene un origen común.

11 Utiliza esta gráfica y conocida expresión, como volveremos a ver en breve, Puchta, “Das Gewohnheitsrecht” I Darmstadt 1965 (Erlangen 1828-1837) Zweiter Teil p.6 n.2.

12 Así Westrup “Sur la notion du droit et sur le mode primitif de formation du droit positif, c’est à dire du droit coutumier” Revue d’Histoire du Droit XI, 1932, p.2 ss. v. también Royo “Ciudad.” cit. p.76-76, quien al estudiar la etimología de *ius* se detiene en *iugum* en sentido material, yugo que al uncir los bueyes está tratando de equilibrar sus fuerzas.

13 Y como está en los libros, parecerá que es verdad (y esto es uno de los peligros de la dogmática, por eso siempre recuerdo a mis alumnos lo que decía Léon Noel, que de clavos pintados en la pared sólo pueden colgarse cosas pintadas en la pared!)

14 Cfr. Crifó en Conclusiones sobre “La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo” a cura de Tedeschi, Rubbettino 1998, p.168.

Otra cuestión fundamental es la de si la costumbre es en sí misma una norma o una fuente de normas, y, de ser fuente, si actuó la costumbre como fundamento del derecho o como signo externo para reconocerlo allá donde estuviere. Y además ¿tenían los romanos un concepto de fuente del derecho? Y, de tenerlo, ¿coincidiría con el concepto actual?

Convendría también conocer cómo y cuándo se operó -se opera y se operará, porque las conductas de los hombres continúan produciendo usos y maneras de actuar constantemente, aunque el margen libre de derecho legal sea cada día más estrecho- el salto cualitativo de uso social a norma jurídica; pero entonces habrá que saber qué es “lo jurídico”, y se da la circunstancia de que además el adjetivo *iuridicus*, siendo posterior a Augusto¹⁵, no pudo emplearse en época antigua, por lo que “jurídico” en Roma se tenía que expresar con otro término, evidentemente, y no será otro que el término *ius*.

Así que *ius* durante mucho tiempo significaría lo justo, lo que se acomoda al ideal de Justicia, y también significaría “lo jurídico”, es decir, aquello que se acomoda al derecho; el hecho de que tuvieran una sola voz para las dos acepciones es la prueba de que justo y jurídico son dos conceptos que deberían darse simultáneamente, pero esto ya se sabe que no ocurre siempre, pues no todo lo justo es jurídico ni todo lo jurídico es justo, hay leyes injustas (y malas costumbres...).

Al admitirse comúnmente la idea de que para crear costumbre es necesaria la convicción sobre lo conveniente y recto de una actuación ¿no lleva ello a pensar que dicha actuación no es justa porque la recogió la costumbre, sino que la costumbre la recogió porque era justa? Así que tiene razón Paulo cuando dice en D. 50,17,1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*; Y Modestino en D.1,3,40: *Ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*, cuando reconoce que la costumbre confirma el derecho, afirma el derecho (“que hay”, se podría decir también aquí¹⁶)... luego no se está tan desencaminado si se piensa que el derecho puede ser fuente de costumbre¹⁷ en lugar de lo que comúnmente se afirma, que la costumbre es fuente del derecho.

Y, en consecuencia, insistiendo sobre la misma idea ¿la costumbre es jurídica porque la aplica el juez o el juez la aplica porque es jurídica? ¿la costumbre se hace jurídica cuando la recoge el *responsum* del jurisconsulto o éste la recoge en su *responsum* porque es jurídica? Si se entiende por jurídico lo que ha sido organizado técnicamente para el logro de lo bueno y de lo justo... si esto es así, dicha organización técnica necesitará del ideal de Justicia para valer como justa, o sea que no habría nada jurídico si antes no es justo. El aparato de protección se va a calificar de jurídico porque tutela precisamente lo justo. Lo jurídico, para serlo, necesita de lo justo, y a su vez lo justo necesita de lo jurídico para imponerse en la sociedad y ésta considerarse protegida. Por eso dice Puchta¹⁸ que se puede “atribuir autoridad a la costumbre sólo en la medida en que está en relación con un principio de Justicia, y en el fondo ese principio de Justicia es el que tiene autoridad /para el juez/ y la comunica a la *consuetudo*, porque la mera costumbre como hecho no le obliga, el juez tiene que aplicar derecho a hechos, no hechos a hechos”; considera este autor que la relación de la costumbre con el principio de Justicia en cuyo ejercicio ella consiste se puede establecer de dos maneras: o “la cos-

15 v. voz *iuridicus* Latin Dictionary Lewis and Short, reimp. Oxford 1989.

16 O sea, un derecho preexistente; por lo que, incluso ante las sentencias a las que los procesalistas llaman constitutivas de derecho, pienso que se podría oponer el argumento iusnaturalista de que preexiste el derecho a la modificación jurídica.

17 V.Puchta o.cit.p.5 ss.

18 O. cit. p. 4 ss.

tumbre origina el principio de Justicia... o el principio de Justicia origina a aquella; en el primer caso la costumbre es fuente creadora de derecho y en el segundo la costumbre será sólo la consecuencia y manifestación de un derecho nacido en otra parte o antes que ella". Y no ve clara Puchta una "tercera vía por la cual se podrían evitar los dos extremos, /a saber: que ni/ la costumbre es consecuencia del derecho ni el derecho es simplemente consecuencia de la costumbre, sino que ambos se formaron de manera homogénea, existiendo entre ambos una interacción... /será que/ el uno genera al otro de forma proporcionada, /por lo que habrá que pensar que/ cada uno es la causa del otro". Esa tercera vía, inadmisibles en su opinión, piensa Puchta que es para los que "tienen miedo de la unilateralidad en sus teorías... /por lo que prefieren /...encender la vela por los dos lados" al mismo tiempo; y saca la conclusión de que la permanente aplicación de un principio de Justicia suministrará la certeza de su existencia, por eso es tan natural que el hombre de la calle alegue "wie es immer gehalten worden, so solle es auch jetzt gehalten werden"¹⁹.

Se debe aspirar a que el derecho consiga la realización de la Justicia entre los hombres, pero puede haber leyes injustas, y se aplican porque son jurídicas, porque coaccionan. También puede haber, es cierto, malas costumbres, pero se podrán abandonar, y como si no hay reiteración no se puede hablar de costumbre, esa mala costumbre desaparecerá.

La costumbre es reiteración de algo pero ese algo no es la costumbre, ya que ésta se limita a ser una imagen externa, un espejo donde se refleja su contenido, el *ius*; pero es que hay muchas acepciones de *ius*, se dirá; para hablar de derecho consuetudinario aquí bastará el sentido jurídico de los hombres, no será preciso que sea tomado como norma, como precepto legal.

Y está la cuestión antes apuntada -ya casi vieja polémica que más parece resultante del empeño en la absurda aplicación de una dogmática retrospectiva- sobre si el hecho de que no venga mencionada la costumbre en determinados textos jurídicos romanos junto a otras fuentes del derecho es indicio de que los juristas clásicos no la reconocieron como tal²⁰; y se les reprocha no dar a la costumbre el extenso tratamiento que se merece, pero alguna razón tendrían: ¿no será que la considerarían diluida en otras fuentes del derecho?²¹ Por eso se podría admitir que para los juristas de la época clásica el *ius moribus introductum* fuera del mismo rango que el introducido *legibus*; por el contrario, cuando los juristas postclásicos empiecen a mencionar a la costumbre como fuente de derecho, será para rebajarla de rango, viéndola inferior a la ley.

Y en cuanto a las características que se deben apreciar en la costumbre para que sea reconocida como tal, es decir: la aceptación general, la seguridad que proporciona, la obligatoriedad, la coacción (entendida en la costumbre como la violencia moral que

19 O.cit. p.10. (tomada la expresión principio de Justicia como norma jurídica en sentido material, como hipótesis sobre lo que es justo).

20 Cfr. Schulz "Storia della Giurisprudenza Romana" 1968; Schmiedel "Consuetudo im klassischen und nachklassischen Römischen Recht 1966; Gaudemet IURA XVIII 1967; Bove "La consuetudine in Diritto Romano. Dalla Republica all' età dei Severi 1971; Flume "Gewohnheitsrecht und Römisches Recht" Rheinisch-Westphälische Akademie der Wissenschaften Vorträge G 201; Waldstein "Gewohnheitsrecht und Juristen Recht in Rom." Fg. Für Von Lübtow, Berlin, 1980; Kaser "Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode" 1986; Wieacker "Römische Rechtsgeschichte" 1988, p. 449 n.43; Watson "The Spirit of Roman Law, 1995 p.58 ss.

21 En este sentido ya Savigny en "Sistema del Derecho Romano actual" I, trad. Mesía y Poley 2ª ed. Madrid (s.a.) p.106 reconocía que el derecho consuetudinario dejó de existir bajo su forma primitiva porque otras fuentes se lo apropiaron. Y aunque no se refiera precisamente al Derecho Romano cfr. Alland "Les moeurs sont elles solubles dans le droit?" Rev.Droits 19, 1994, p.3 ss.

supondría el ser mal visto por los restantes miembros del grupo, etc.) ¿es que no son acaso las características que luego se exigirán a la ley? Y como la costumbre fue primero en el tiempo ¿no parece entonces la ley una imitación de la costumbre? Y además ¿qué se entendería por ley en los tiempos más remotos?

Así, se ha distinguido entre requisitos esenciales de la costumbre externos (repetición, sanción social) e internos (utilidad, bien de la colectividad, Justicia) y habrá que reparar muy especialmente en el primero de todos ellos, el relativo a la reiteración, a la repetición, requisito tan destacado, tan necesario —si no hay repetición no hay costumbre— que parece ofuscar, haciendo que se minusvalore, el primer acto, el primer uso, porque siempre habrá un primer acto, un primer uso... y ese primer acto será ya expresión de algo, probablemente de una convicción común sobre lo que es justo²². Y si tal primer acto fue preferido a otros, ¿no sería porque gracias a él el derecho se había evidenciado, se había encontrado? Entonces ¿qué es el derecho para que la costumbre pueda toparse con él? Si es el testimonio de una conciencia moral²³, entonces no es simplemente un instrumento para lograr lo justo, es lo justo también, entendido como lo recto, lo adecuado, lo correcto. Si se piensa por un instante en todo lo que bajo la bandera del derecho ha progresado la humanidad desde sus orígenes, no es de extrañar la metonimia²⁴.

Todo el mundo está de acuerdo en que al principio sólo habría reglas, usos consuetudinarios, eso sería el derecho; cuando más tarde aparezcan las leyes, lo que va a cambiar es el cauce por el que va a discurrir el derecho, pero éste en sí no cambia²⁵, el derecho pasa del estado de costumbre al de ley²⁶, paso que supone un grandísimo progreso, pues lo suyo es hallar las soluciones más justas posibles, por una vía o por otra; esta finalidad es la que justifica que la costumbre sea estudiada como fuente de derecho, destacando sus elementos externos e internos, porque si no hay costumbre que valga. La finalidad o elemento interno, que puede ser muy variada pero siempre presidida por la búsqueda de lo conveniente, de lo bueno, de lo justo, *RECTE*, da lugar al arranque del primer acto al que seguirán los demás, *RITE*. De esta manera la costumbre jurídica consistirá en el justo comportamiento, la “justa manera” de actuar²⁷.

II. “*IUS...*”

Si el derecho es un orden de medios para lograr la Justicia, esa organización técnica, como ya se ha dicho, es una respuesta al ideal que de la Justicia previamente se tenga; y todo el mundo reconoce que se ha llamado derecho tanto al ideal de Justicia (se oye frecuentemente la exclamación “no hay derecho...”) como algo universal que brota de lo más

22 Cfr. Puchta o.cit.p.89 ss.

23 Así J.J.De los Mozos “La Conscience du Juge dans la Tradition Juridique Européenne” en *Droit et Justice* 1999 p.51.

24 Cfr.J.Costa “La vida del derecho” cit.p.44 ss.

25 v. en este sentido Bobbio, en *Enciclopedia del Diritto* IX voz “consuetudine” p.442.

26 V. Ihering, o.cit.II, p.35 ss.

27 Así Varon *De lingua latina* trad. Inglesa por G.Kent, Harvard University Press 1967, v. *rectus casus* 5,4; 7,33; 8,1; ...; v.rite 7,88 “...quod enim fit rite, id ratum ac rectum est...”. También Festo *De Verborum significatu quae supersunt cum Pauli Epitome* Ed. Lindsay 1965 p.337 voz *ritus: mos vel consuetudo. Rite autem significat bene ac recte*; p.364 *ritus est mos comprobatus in administrandis sacrificiis. v. Vocabularium Iuris Utriusque ...ex Scoti, Brissoni et Heinecii accessionibus, opera et studio Philip.Vicat. 1759* voz. *recte: etiam sine vitio, id est, non vi, non clam, non precario...*; *rite: alias rite et recte sic differunt, rite solemnia et ritus respicit, recte aequitatem seu caussam; ritus id est mores*. En C.7,45,13 *rite* se toma en el sentido de legal, de derecho.

profundo de los hombres²⁸) como al medio para lograrla (negocios jurídicos, procesos...) y como al resultado final (propiedad, *status* ...). Se podrá hablar entonces de un derecho fundamental o verdadero y de un derecho instrumental o simulado, al igual que Ulpiano hablaba de una filosofía verdadera y de una filosofía instrumental o simulada²⁹, puesto que el derecho se conecta con la filosofía a través de la ética y de la moral, distinción ésta que encuentro ofrece un precedente de la dicotomía derecho causal y derecho formal de Baldo en sus Comentarios citados³⁰. Lo que Baldo entiende por derecho causal coincide con la concepción que del derecho tienen los iusnaturalistas quienes consideran que cada individuo lleva el derecho en su conciencia; el hombre no crea el derecho, lo encuentra en su interior, por eso hay un criterio común sobre todas las escuelas, ese criterio universal al que históricamente se le designa con el nombre de derecho y cuya fuerza radica en la conciencia que se tiene de que es tomado por los demás en la misma acepción³¹, lo cual facilita la aparición de la conciencia jurídica, a saber, la conciencia en el hombre de que los demás también están obligados igualmente al cumplimiento de las normas, como venía representado en el concepto de *libertas* que tenían los antiguos ciudadanos romanos.

Cuando se quiere abordar la naturaleza del derecho primitivo supone un origen de confusiones el no distinguir entre el hecho de formación del derecho en sus inicios y la representación que de él daban los antiguos, de ahí que la doctrina moderna proponga argumentos que son a la vez verdaderos y falsos³². La existencia de la costumbre no se discute, pero el problema se plantea cuando se le quiere atribuir eficacia normativa, y en qué momento ello empezó a ocurrir, cuándo empezaron a actuar los poderes a los que se les habría confiado el mecanismo de la sanción, ofreciendo ya de paso a dichos poderes criterios para el enjuiciamiento de futuros conflictos de intereses³³. Habría reglas de vida impuestas por las necesidades sociales y de las que nadie conocería el origen, pero ante las cuales, por esta misma razón, todos se inclinaban espontáneamente³⁴; el paso de regla de vida a norma jurídica vendrá con la afirmación social de su necesidad, la *opinio necessitatis*, la convicción jurídica³⁵, la convicción de la obligatoriedad de la norma en respuesta al peligro que supondría su contravención por parte de algún miembro del grupo; sin tal sanción social la existencia de la regla jurídica sería inconcebible³⁶. Pero es lamentable que para poder hablar de juridicidad siempre tenga que salir a relucir la coacción, la sanción reservada al que infringe la norma jurídica... Los hombres deberían ser *bonos non solum metu poenarum* como dice Ulpiano en D.1,1,1,1³⁷; porque entonces cuando las

28 Así J.Costa "La vida del derecho" cit. p.73.

29 D.1,1,1,1: *...veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.*

30 Al comienzo de la Introducción de este trabajo, sobre el fragmento de Ulpiano *Lex prima n.3: ius a iustitia ortum habuisse dicitur ... ius descendit, nascitur a iustitia, sic iustitia fuit primus, n.7: scire est res per causas cognoscere ... iustitia est causa intrinseca iuris, n.9: ius quotuplex sit ... duplex est ius ... causale et formale: ius causale finis est iustitiae, sed ius formale nascitur ex iustitia, i. Statuto, vel nascit ex bono et aequo ... nihil aliud est ... iustitia pura ... vel in abstracto ... et in concreto ... est applicativa ... legislatore a certis casus. Primo casu est causa iuris, secundo vero casu iustitia est ius et ius sunt unum et idem.* Cfr. Vallet "El Derecho como Ciencia Moral y como Moderador de la Política y de la Economía" An.R.Ac. Jurisp.Legisl. Madrid.1999 p.544 y 576.

31 J.Costa "La vida del derecho". cit.p.75 ss.

32 V.Orestano "Dal Ius al Fas" BIDR 46, p.252.

33 Que serían los dos modos de hacerse la norma jurídica, en opinión de Bobbio Enciclopedia. cit. voz "consuetudine" p.436.

34 Así Westrup o. cit. p.8.

35 Ihering, o.cit.II, p.36.

36 Westrup o.cit. 9 ss.

37 v. también Cicerón *De Legibus 1,14: tum autem qui non ipso honesto movemur ut boni viri simus, sed utilitate aliqua atque fructu, callidi sumus, non boni* (si lo que nos mueve a ser honrados no

conductas de los miembros del grupo son acordes con las normas, no violan las normas ¿eso no es jurídico? ¿acaso eso no es derecho? ... Es sabido que sin protección procesal los derechos subjetivos se esfumarán, pero el hecho de que sea necesaria dicha protección en casos excepcionales no quiere decir que los hombres sólo respeten las normas jurídicas por miedo a la sanción; hay algo más, está la ética que no necesita teñirse de matiz punitivo para un vivir honestamente, un no dañar a los otros y un dar a cada uno lo suyo... Esto es lo que manda el derecho (al que Baldo llamaba derecho causal) por lo que se puede sacar la conclusión de que, si se cumplieran los *tria iuris praecepta*, la sanción judicial no se daría nunca... o sea que, no dándose, sin embargo se estará actuando el derecho, habrá derecho. Se dirá, justificadamente, que no es preciso que los mecanismos de protección actúen, que lo importante es que estén ahí, que exista la posibilidad de reclamar, lo cual ya significa protección. Pero sería triste que al hombre únicamente le moviera la coacción; es la conclusión de los que sólo ven el derecho a través de la judicabilidad. Incluso hasta en los casos de jurisdicción voluntaria el juez trata de establecer un orden jurídico determinado ... porque se ha intuido un desorden (el incapaz que necesita de un tutor... etc.)³⁸.

Se dirá también que el Derecho Romano es precisamente un derecho de acciones, instrumental, pero es que un pilar en su construcción vino constituido por la idea de *fides*, a través de la cual se lograban metas a las que no se podía llegar únicamente a base de formalismos (y a su vez, ese derecho así constituido frenaría la perfidia); desde antiguo la buena fe, la lealtad, la importancia de la palabra dada inspiraron las fórmulas, pues ¿qué hay más natural que el que los hombres hagan lo que dicen? “¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”³⁹.

Teniendo en cuenta el carácter conservador del pueblo romano, el respeto de los juristas por la tradición les llevaría a admitir sin dificultad a la costumbre como fundamento del derecho, como fuente originaria del mismo, pues verían al derecho también como una mera formulación de conductas sedimentadas, un ropaje de seguridad, un rito.

El derecho es un fenómeno social complejo, como orden de medios jurídicos que se han ideado por el hombre para colmar, precisamente, exigencias extrajurídicas (nadie celebra un negocio jurídico por el mero hecho de celebrarlo). Si se pretende lo justo, se buscará un medio correcto, recto, el más adecuado, el óptimo, o por lo menos el más prudente, para lograrlo. Entonces se está diferenciando lo justo -lo que es pretendido- del camino recto -el medio para obtenerlo-⁴⁰; para los romanos antiguos todo sería *ius*, tanto lo justo como el medio correcto para alcanzarlo -que después se calificaría de *iuridicialis* y por fin de *iuridicus*-.

Aunque para su estudio sea necesario el aislamiento, el derecho no es algo separado de la sociedad; es uno de tantos aspectos del comportamiento humano; aspecto que precisamente por sus variadísimas facetas (judicial, legal, jurisprudencial...) ha ido conformando todo un ordenamiento jurídico ¿por qué no iba entonces a encontrar acomodo en él la regla consuetudinaria? Desde siempre ha sucedido que, habiendo una situación social que exige una solución..., habiendo una idea de Justicia distributiva..., allá

es la honradez misma, sino la utilidad o el interés, entonces no somos buenos sino astutos) y en 1,18 viene a decir que quien obra con vistas al resultado y no con vistas al deber “... *minime est vir bonus*”.

38 V. Royo “Ciudad.” cit. p.26, para quien no siempre, ni necesariamente, violación y derecho están en relación causa-efecto.

39 Como dirá mucho más adelante precisamente sobre los pactos Ulpiano, D.2,14,1 pr: *...quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*

40 De *directum*, nuestro “derecho”, término que reemplazó a *ius*. Royo en “Ciudad.” cit. p.236 n.4 propone *ius* como creación del ciudadano, y *directum* como creación del poder político, del Estado.

ha ido el derecho para lograr la adecuación, el acoplamiento; después las doctrinas ofrecerán muchos conceptos de derecho, aunque el concepto de derecho debería ser sólo uno, pues cada una de ellas define el derecho según su interés, hasta que el culto al positivismo lleve a ver al derecho como un instrumento nada más, perdiendo la dimensión ética de éste⁴¹.

III. “...ORITUR...”

Si difícil es dar un concepto unitario de derecho, tampoco es sencillo establecer el de fuente (para luego complicarse en su combinación “fuentes del derecho”) por lo que las fórmulas, aunque variadísimas siempre, reflejan la idea de que la costumbre es la forma espontánea y popular de creación del derecho, la norma nacida de los propios hechos de la vida jurídica, *rebus ipsis et factis*⁴², ya que no será lo mismo denominar fuente al origen de la norma que al medio por el que se manifiesta, fuentes de producción y fuentes de conocimiento; pero aun no siendo lo mismo, a veces pueden coincidir, como en el caso de las sentencias de los jueces, por anticipar un ejemplo, que son fuente de producción para el caso singular y sucesivos cuando rige la doctrina del precedente, y que son fuente de conocimiento para los juicios sucesivos no vinculados por el precedente⁴³, con lo que se podrá concluir que los romanos no lo tendrían fácil ni claro; ahora tampoco lo es.

A menudo se identifica el derecho consuetudinario con la costumbre lo cual, según Puchta⁴⁴, oculta la esencia del asunto tras su apariencia exterior porque, en realidad, como reconoce este autor, la primera fuente de conocimiento del derecho consuetudinario es su práctica, es decir, la costumbre misma.

No cabe duda de que los escritores romanos utilizaron el término *fons*⁴⁵, pero ¿tuvieron el concepto general de fuente del derecho o más bien el de fuente singular? Pues cada vez que manifiestan el *ius* viene de..., se establece por.. se están refiriendo a los modos de creación del derecho⁴⁶. Todo aquello que cree derecho, conocimiento de derecho, todo aquello que *legis vicem optinet*, eso sería fuente de derecho para ellos; lo cual es suficiente para saber que poseían dicho concepto⁴⁷. Sostiene Lombardi⁴⁸ que ver a la costumbre como fuente de derecho en abstracto, válida tanto para la República como para el Principado e Imperio, solamente hubiera sido posible de haberse dado un ambiente unificado, pero ello no fue así, ya que la costumbre unitaria se dio, sí, en los orígenes de la ciudad –los *mores maiorum*, y de ahí arrancó el Derecho Romano– pero al alargarse la *civitas* con la concesión de la ciudadanía a toda la península faltaron las bases para la elaboración de una *consuetudo*; las costumbres se contarían por miles, serían variadísimas, sobre todo en el Principado, y este autor ve ahí el motivo, ante la

41 v. Federico de Castro “Derecho Civil de España” 1984 (reedición que reúne en un solo volumen los dos publicados por el Instituto de de Estudios Políticos en 1949 y 1952), p.11.

42 Juliano D.1,3,32,1: *...nam quod interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?*... v. Castán “Derecho Civil Español Común y Foral” I 1, 1984,p.451 ss.

43 v. Bobbio en Enciclopedia. cit. p.427.

44 O.cit.p.189.

45 Pomponio D.1,2,2,6,etc.; Cicerón *De leg.*1,6,20; Livio 3,34,6.

46 Kaser “Röm. Rechtsquellen.” cit.p.12 ss.

47 Así Waldstein “Gewohn. und Jurist.” cit.p.115 ss.

48 “Sul titulo quae sit longa consuetudo nel Codice Giustiniano” SDHI 18, 1952 p.61 ss. También Guarino “La consuetudine e la legge” cit. p.221.

incertidumbre del derecho, de recurrir los gobernadores y los mismos particulares al emperador frecuentemente, y pone de ejemplo la conocida correspondencia entre Plinio y Trajano⁴⁹ en la que, ante las dudas de aquél, el emperador considera que era mejor no tocar las costumbres locales. Después del 212 cambiaría la situación iniciándose el desarrollo del Derecho Romano vulgar que, como dice Lombardi con toda la razón, serían varios derechos vulgares.

Y aún se podrá llegar más allá si se admite que los romanos fueron conscientes de que había diferentes fuentes del derecho, pues mientras en el derecho antiguo se veía a la ley, a las sentencias y los actos jurídicos muy próximos en cuanto a efectos vinculantes, la jurisprudencia fue distinguiéndolos al estudiar el derecho, distinción que alerta de un reconocimiento por parte de los juristas de diversas clases de fuentes de derecho⁵⁰.

En la teoría de las fuentes del derecho siempre hay un hueco para la costumbre, pero con trato muy desigual porque, al no consistir la mayoría de las veces en una elaboración por parte de técnicos, de “iniciados”, se la ha llegado a llamar “fuente en bruto” capaz de ir “revoloteando” en torno a las demás fuentes, diluyéndose en ellas⁵¹.

IV. “...EX FACTO”

Así pues el derecho puede nacer del acto que, reiterado, no es otra cosa que la costumbre.

Dos términos ofrecen los diccionarios de latín para traducir a esta lengua la palabra costumbre: *mos* y *consuetudo*. Considero que en esta doble denominación está la clave para resolver las cuestiones que se plantean en este trabajo sobre si la costumbre fue considerada fuente de derecho en Roma, y cómo y cuándo.

Siendo milenaria la historia del Derecho Romano, no es de extrañar que se ofrezcan dos términos para expresar “costumbre”, *mos* y *consuetudo*, de las cuales sólo la segunda noción sobrevive en el mundo moderno, como dice Guarino⁵², para quien no hay que confundir la costumbre primaria, constitucional, de valor igual o superior a la ley, con la costumbre secundaria, limitada, local. No se pretenda, pues, que los *mores maiorum* de la primera noción tengan algo que ver con el concepto actual de derecho consuetudinario. Los *mores maiorum*, por su envergadura, representaron algo muy diferente de lo que hoy se considera una fuente concreta de normas jurídicas, por eso no fueron mencionados en los textos en que se detallaron las fuentes del derecho. Qué pequeña se vé una sentencia, una ley determinada, un instrumento público... si se comparan con la inmensidad del ordenamiento jurídico, pues no otra cosa eran los *mores maiorum*; eran el ordenamiento jurídico primitivo.

Mos es el término más antiguo utilizado por los romanos para designar a la costumbre, tanto en la literatura jurídica como no jurídica, fundamento de las instituciones nacionales, substrato sobre el que se erigió el *ius*⁵³ frente a las instituciones extranjeras, en tanto que *consuetudo* es término más raramente empleado, observándose en el lenguaje de los juristas especialmente en épocas avanzadas. La prueba de que *mos* es un

49 Ep.X 114-115; Aulo Gelio N.A.XII 13,5.

50 Kaser “Röm. Rechtsquellen.” cit.p.40.

51 Son expresiones de Gordillo Cañas en Quaderni Fiorentini cit. p.387 ss.

52 “La consuetudine e la legge.” cit.p.221.

53 v. Guarino “L’Ordinamento Giuridico Romano” 1980 p.715.

concepto amplio se advierte en que se utilice muchas veces en plural: *mores*, *mores maiorum*⁵⁴, por eso es complicado dar su concepto al ser un nombre colectivo, ya que engloba diferentes materias, así el derecho no escrito, los usos inveterados, los principios generales, las normas morales... un *totum revolutum* si se quiere, pero un *totum verum*. Y además *mos* se usa para referirse a la colectividad en general, no a cada familia en particular; el recuerdo de los antepasados ofrecía seguridad, generando una confianza que era necesario proteger.

Los *mores* representan la memoria jurídica y no jurídica de los romanos⁵⁵. Para Royo⁵⁶ los *mores maiorum* eran la forma idealizada de comportamiento de los antiguos romanos, “manera socorrida de asegurar el funcionamiento de las instituciones ciudadanas principalmente durante la Monarquía y la Republica, como si hubiera habido en los orígenes un arquetipo de seguridad”; hasta la *auctoritas* del *pater* (en defensa, producción...) se concretaba, según este autor, en la idea de *mos maiorum*, por lo que seguir rigurosamente la experiencia de los antepasados era garantía de seguridad para el grupo familiar; así los *mores maiorum* al respaldar el poder del paterfamilias, lo justificaban, lo hacían *ius*; y de igual modo cuando el pueblo se reunía en los comicios sabía por lo *mos maiorum* que estaba atado al magistrado que impulsaba la reunión comicial, por lo que el *mos maiorum* cohesionaba la comunidad ciudadana; y acertadamente destaca Royo la importancia de los *mores* en la ascendencia de la expresión utilizada para una institución crucial en el Derecho Romano, el *dominium ex iure Quiritium*, que permitía ser señor de la *domus* según “las formas de ejercer esa señoría como la ejercían los antiguos Quirites”⁵⁷. Este *ius Quiritium*, que pasará con el tiempo a formar parte de un ordenamiento más amplio representado por el *ius civile*, estaba constituido en sus orígenes por los *mores maiorum*, único ordenamiento jurídico entonces. Por eso cuando con el tiempo derecho y religión se separen, junto al ordenamiento del derecho -y por tanto incluido allí el derecho consuetudinario- quedará otro ordenamiento, “el ordenamiento de la costumbre y de la moral, aquel recinto de obligaciones extrajurídicas que precisamente en el mundo romano /tuvo/ tanta importancia para la vida del derecho y que /formó/ parte del contenido predominante de la palabra *officium*”⁵⁸.

Gayo, cuando en sus Inst. 1,1 dice: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur ...* se está refiriendo a los *mores maiorum* en sentido general, como fuentes de derecho en abstracto que son ¿qué más se puede pedir?⁵⁹ Incluso ahí Gayo está distinguiendo entre el derecho nacido de disposiciones formales y el espontáneo, ya que la costumbre es algo inhe-

54 v.Ernout Meillet, Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine, 4^a ed. Paris 1967 voz *mos*: manera de comportarse ... no determinada por la ley sino por el uso. Designa también la costumbre: *mos est institutum patrium, i.e. memoria veterum pertinens maxime ad religiones caerimoniasque antiquorum*. Voz *suesco*, de la que deriva *consuetudo*, “acostumbrarse a”, vocablo raro y sin embargo sus derivados y compuestos son frecuentes.

55 Cfr.Ducos “Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine á la fin de la République” Paris 1984, p.429 al examinar los *mores maiorum* como “comportamiento colectivo de los romanos” los cuales servían para subrayar “su grandeza ... o ... su baja”.

56 “Palabras con Poder” ed. Univ.Barcelona (Marcial Pons) Madrid 1997 p.27 ss.

57 Sobre las ancestralidades diversas (pues diversos fueron los pueblos que dieron origen al pueblo romano) y que por tanto contribuyeron a la formación de los *mores maiorum* romanos v. del mismo autor “Ciudad.” cit.p.68.

58 Son palabras de Schulz en “Principios del Derecho Romano” trad. Abellán Velasco, Civitas 1990 p.40.

59 Aunque para Flume o. cit. p.18 dicha expresión de Gayo no tenga nada que ver con la aceptación de un derecho consuetudinario en el sentido de una doctrina especial, de una teoría del derecho consuetudinario v. infra VIII. *Scriptserunt prudentes*.

rente a las actuaciones de los hombres, producto de su reiteración, mientras que las leyes son consecuencia de una actividad de técnicos, un artificio; y además, si se tiene en cuenta⁶⁰ el dato de que en Roma los juristas podían crear derecho sin ninguna limitación..., ello hace suponer que la creación del derecho por el mismo pueblo a través de sus costumbres y usos no sería visto como algo extraño. De todos modos, el origen directo de los diferentes *mores* es difícil de precisar, por lo que no todos los autores lo llevan al *tacitus consensus populi*, sino también a “precedenti” resultado de la reflexión de expertos⁶¹, los primitivos juristas que reconocían lo que verdaderamente tenía valor para la sociedad; dichos “hallazgos”, al ser “señalados” por los juristas acabarían por convertirse en un derecho consuetudinario. Son numerosos los textos en que se refleja la recepción del derecho *moribus* y en que *mos* se equipara a *lex*⁶².

Los *mores* se reflejaron también en la institución del senado, ya que no es de extrañar⁶³ que éste no dispusiera de un reglamento escrito, al no haber una constitución escrita; un reglamento le fue proporcionado por Augusto, pues sólo antes Varrón había redactado un escrito para Pompeyo, su amigo, como guía del presidente del senado⁶⁴; por tanto los *mores maiorum* fueron el fundamento durante la época arcaica y hasta finales de la República, del poder del senado, órgano moderador y negociador entre magistraturas cambiantes, tantas veces en conflicto unas con otras⁶⁵.

Hay que tener en cuenta que existiría una tendencia progresiva a aglutinar las diferentes costumbres, pues cuando hubo que imponer el Derecho Romano los diferentes *mores* supondrían un impedimento⁶⁶, por eso los juristas rehuirían el hablar de *mos* como fuente de derecho⁶⁷. Desde luego la formación del derecho civil era percibida sin discriminar si provenía de la ley o *moribus*⁶⁸. Sólo con el tiempo se dejará de decir *ius moribus receptum* para decir *consuetudo*. “La recepción *moribus* habría sido un modo normal de producción del *ius*, mientras que la *lex* sería el instrumento a que se recurriría en circunstancias especiales para operar saltos cualitativos y que muchas veces no crearía nada nuevo sino que se limitaría a formular lo ya existente”⁶⁹. Así que al invocar a los *mores maiorum* los juristas clásicos no sólo estarían informando sobre el origen del derecho sino sobre todo reconociendo el fundamento de su vigencia presente, como garantía de estabilidad en tantas instituciones conservadas y transmitidas por la tradición.

Es un dato pacífico⁷⁰ el que todas las estructuras públicas y privadas del Derecho Romano arcaico, como en todos los demás pueblos, se debieron formar como fruto de

60 Cfr. Bove “La consuetudine in Diritto Romano...” cit. P.122.

61 Así De Francisci “Sintesi Storica del Diritto Romano” Roma 1948 p.140.

62 D.1,3,36; D.1,6,8 pr.; D.28,6,2 pr.; Tit.Ulp.11,2-11, 3-11, 24; Sent.Pauli 5,4,6-8.

63 Como observa Mispoulet en “La vie parlementaire à Rome sous la République” 1899 p.49 ss.

64 En Aulo Gelio XIV,7: ... *ut in iis senatusconsulta more maiorum iusta fieri possent...*

65 Así Royo “Palabras con Poder” cit. p.53, quien recalca la necesidad de un órgano estable, aunque no tuviera *imperium* ante “una selva de magistraturas con funciones genéricas (sin diseño previo) pero con calidades de poder global que se fundamentaban en costumbres y usos anteriores”.

66 Sobre todo después del 212 d.C. ya que los nuevos ciudadanos seguirían apegados a sus antiguos *mores* muy naturalmente, dice Cuenca en “La Prueba de la costumbre: del Derecho Romano al Derecho Indiano de los indígenas” Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, Madrid 2000, p.173-184, quienes pretenderían que se tuvieran en cuenta, con lo que la costumbre recibió en esa época un impulso decisivo como fuente del derecho complementaria o subsidiaria.

67 En este sentido Lombardi “Sul titolo Quae sit...” cit. p.63.

68 Así F.Gallo “Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di Diritto Romano” Turín 1993 p.39, quien pone como ejemplo Gayo 3,32 y 4,26-28.

69 Son palabras de Gallo o.cit.p.67.

70 Cfr. Orestano “I fatti di nomazione nell’esperienza romana arcaica” Turín 1967, 134 ss.

una sedimentación y estratificación de comportamientos milenarios, sin embargo menos pacífico es cómo se llevaron a cabo esas formaciones; porque además habría costumbres jurídicas y no jurídicas, la prueba está en cómo las XII Tablas recogieron, además de instituciones jurídicas preexistentes que nadie discutía -como la *patria potestas*, por ej.- sin preocuparse de si provenían *lege o moribus*, algunos dictados de la conciencia social antigua -religiosa o lo que fuere- y los transformaron en jurídicos, como el *usus fori* de los viejos modos de litigar, como la *possessio*..., dejando fuera de su marco multitud de costumbres y usos sociales, como la celebración del matrimonio...; también es probable que ocurriera lo contrario, que las XII Tablas degradaran a meros usos auténticas instituciones jurídicas al no acogerlas en su seno y no revestirlas, por tanto, de la autoridad y prestigio que a partir de entonces iba a alcanzar aquel derecho arcaico codificado. *Mos* designa moralidad y tradición, como dice Kaser⁷¹ tanto si se consolidó en institución jurídica como si no.

La importancia de los *mores maiorum* se refleja en la existencia del “*dépôt des moeurs*” representado por la censura⁷², ese reducto de saberes ancestrales al que se va a acudir para llenar aquellos vacíos que los legisladores no llegan a colmar, no porque éstos no quieran, sino porque es imposible un derecho donde esté todo atado y bien atado; de existir una maquinaria tan perfecta, tan implacable, podría ponerse en peligro precisamente aquello que se intenta proteger. Muchos *exempla maiorum*, paradigmas del *bonus vir*, del *paterfamilias*... estarían en el punto de mira del *regimen morum* censorial⁷³. Para controlar la conducta de los ciudadanos los censores no debieron estar sometidos a una serie de supuestos preestablecidos más que los derivados de una larga tradición⁷⁴.

71 “Röm.Rechtsquellen.” cit. p.29.

72 En expresión de Larère, *Droits* 19, 1994, p.18, quien opina que las democracias requieren el ejercicio público del juicio moral, siendo pues la censura la forma de existencia de la opinión pública en las democracias antiguas, ya que así como las leyes castigan los crímenes, las costumbres corrigen las negligencias y desvarios, convirtiéndose la costumbre en un control colectivo de decencia, dice la autora, y más que reprimir, previene la corrupción, la tibieza en el amor a la patria, porque hay que reconocer, recuerda, que aunque ello no viole la ley, la debilita. La censura moral no sabe nombrar lo que prohíbe, pues se dice “lo que va en contra de las buenas costumbres” ... y para violar las costumbres hay que tenerlas.

73 Cfr. Wieacker o.cit. p.505 n.10. La tarea del censor al enjuiciar las conductas de los ciudadanos llegó a ser considerada *res parva*, Tito Livio IV,8,2: *Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae*... aunque a pesar de ello fuera reservada a los patricios; eran magistrados sin *imperium* -ya lo tuvieron, cuando sirvieron a la patria desde lo alto de una cabalgadura, ahora, con la edad, siguen sirviendo a la patria pero desde tareas más sosegadas, teñidas de matices sacros-. De Martino en “Storia della Costituzione Romana” I, 1972, p.329, explica la falta de *imperium* del censor destacando el aspecto religioso del *lustrum*. De todos modos lo que el censor hacía era como provisional, sus *notae* no tenían autoridad de cosa juzgada, v. Mommsen “Le Droit Public Romain” IV trad. Girard, Paris 1984 p.53 ss. Los que tenían que decidir no eran ellos sino otros magistrados con *imperium* quienes no tenían por qué respetar las notas censorias, sin embargo éstas quedaban archivadas y los nuevos censores podían tenerlas en cuenta en censos sucesivos, operando a manera de memoria traslaticia que consolidara la costumbre de censurar un comportamiento determinado, así De Francisci “Storia del Diritto Romano” II 1944 p.236. Las decisiones del censor no eran un juicio, sino una “*animadversio*”, v. Ducos “Les Romains et la loi” cit.p.385, por tanto un *arbitrium de fama ac moribus* discrecional que permitía hacer valer como obligaciones normas y principios que no eran jurídicos, y se plasmaban en la nota para la que se necesitaba el consenso de los dos censores; cfr. Livio XXIX 37, XLV 15; Cicerón en *Pro Cluentio* XLIII 122 quita importancia a la nota censoria porque evidentemente le estorbaba para ganar la causa de su cliente. Y Aulo Gellio en *No.Att.* VI,20,3-6 refiere que se hacía burla de la fórmula ritual censoria. Actuaban los censores *causa cognita*, rodeándose de garantías para fundamentar su declaración de infamia, así Varrón *De lingua latina* cit. VI,71, porque el *notatus*, a partir de la nota censoria sería tan infame como antes, pero ahora, infame oficial.

74 Cfr. Pieri “L’Histoire du Cens jusqu’à la fin de la République romaine” 1968 p.99 ss. Supuestos con los que se puede hacer un inventario bastante extenso, como el cumplimiento defectuoso de los deberes militares, el mal ejercicio de la magistratura por abuso o corrupción, la falta de respeto a los magistrados, la negligencia en los deberes de piedad para con los más próximos, el abuso en el poder doméstico, la educación defectuosa de los hijos, el abuso en el divorcio, la falta a la palabra dada en las relaciones privadas, lujo y vida desordenada ...etc. Todas ellas “acciones en las que el *diligens pater familias* romano tenía la costumbre de abstenerse”, como dice Ihering o.cit.II p.58.

El que se ideara una magistratura que se encargara de vigilar las costumbres venía del antiguo control que de éstas se llevaba a cabo por el *iudicium domesticum* a través del cual se frenaban los abusos que se pudieran cometer en el ejercicio de la *patria potestas*; el *régimen morum* de los censores según Ihering⁷⁵ no era más que la reproducción de lo que había ocurrido en el interior de las *gentes*, cuando los actos no sancionados por la ley sin embargo eran reprehensibles por la moralidad ya que afectaban a la fama de muchas familias, a través de la nota gentilicia⁷⁶. Pero los plebeyos no teniendo *gentes*... ¿no tendrían un control?⁷⁷ Seguramente algún mecanismo existiría, desde luego no el utilizado por los patricios, pero ya se sabe que la Historia se sustenta sobre los pilares más sobresalientes, y la clase patricia y el *ius sacrum* lo eran. De todos modos a partir de la *lex Canuleia* la vigilancia de los censores recaería sobre todos, pues se borraría la diferencia entre familias patricias y plebeyas⁷⁸.

La idea de una protección de las costumbres fue, pues, preexistente a la creación de la censura, pero sólo con esta magistratura el control pasará a manos del Estado⁷⁹. Ir en contra de las buenas costumbres en las épocas más antiguas sería considerado *nefas*, por lo que se puede pensar que la sanción sería de carácter sacro; de donde se puede extraer la conclusión de que, cuando el *ius civile* se desgaje del *ius sacrum*, alguien tuvo que encargarse de la sanción, y se encomendó esta tarea al censor, magistrado que en principio sólo había sido creado para la confección del censo. No choca, efectivamente, que a la labor de realización del censo se le acoplara la nueva tarea de vigilancia sobre los *mores maiorum*, pues el censo no era solo la valoración material o económica de un individuo, sino también de la conducta que podía ir en contra de las reglas de la comunidad, y no sólo se puede poner en peligro al Estado por motivos económicos, sino también morales. Además, sobre todo en épocas muy antiguas, la idea de que fortuna y dignidad sean conceptos muy próximos estaba muy arraigada⁸⁰. El caso es que la existencia de la censura nos está demostrando que los romanos distinguieron claramente entre moral y derecho, y no por dedicarse al desarrollo de éste abandonaron la tutela de aquella.

Los *mores maiorum* serían para el pueblo romano durante mucho tiempo el contenido de lo que hoy entendemos por ordenamiento jurídico; serían su ordenamiento, el cual como condensación de conocimientos y de experiencias era lógico que no excluyera de su acervo lo relativo al derecho, que a fin de cuentas era un aspecto de la vida social y (este dato hay que tenerlo bien en cuenta) aspecto “no aislado”, pues no se había producido aún la especialización jurídica, por ello, cuando ésta se opere, conceptos éticos y morales como los referentes al *officium* no se desarraigarán y serán algo que acompañe siempre al derecho. Que el único derecho fuera el representado por los *mores maiorum* es cierto para épocas muy antiguas, pero dicha identidad no duró ni hubiera podido durar

75 O.cit.II p.59.

76 Tito Livio IV 20 habla de *gentilicia nota adjecta*. Cfr. Reigadas Lavandero “Censura y res publica, aportación constitucional y protagonismo político” Univ.Pontificia de Comillas, Madrid 2000 p.36, donde reconoce el autor que “el censor contribuyó a la creación y mantenimiento de una determinada moralidad o conciencia colectiva, auténtica base moral de la constitución republicana”.

77 Cfr. Pieri o.cit.p.103.

78 V. Ihering o.cit.I p.227.

79 Quizás ahí radique la cuestión de la falta de fuerza, de *coercitio*, que aqueja a la nota censoria; “las penas que el censor podía aplicar revestían el mismo carácter que las que la *gens* podía producir, especialmente la exclusión de la tribu, del senado ... descansando las unas y las otras en la idea de que la comunidad no tiene el derecho de castigar al individuo, sino el de repudiarlo ... Ese poder del censor sólo pudo arraigarse porque fué recogido como antigua tradición y costumbre de la *gens*, y debió formarse y desenvolverse sobre el terreno de la gentilidad para poder subsistir fuera de ésta”, son las palabras de Ihering o.cit.I, p.227.

80 Cfr. Gaudemet “Les Communautés Familiales” Paris 1963, p.162, quien se refiere a la relación “ménage-lignage”.

a lo largo del tiempo⁸¹. Hay que tener presente que los romanos no estaban ansiosos de colmar el vacío que produce la falta de un derecho legislado; por ello, si tuvieron un espacio grande de libre voluntad jurídica, tanto más se les ofrecía la ocasión para las relaciones jurídicas consuetudinarias, y es por lo que en el Principado al aumentar el ámbito regulado por el derecho positivo aquel espacio se reduciría⁸². Durante mucho tiempo les debió bastar con los *mores*, los cuales, por estar inspirados por los dioses, se tuvieron por inmodificables – y momificables-⁸³. Hay que recordar, con Schulz⁸⁴, que los romanos confiaban en la tenacidad de los vínculos extrajurídicos, por lo que no querían que el derecho –con la publicidad que acarrea- regulara todo, regulara su intimidad, y además la opinión pública podría llegar a presionar más que una sentencia. Así las cosas, si los vínculos extrajurídicos eran poderosos ¿cómo extrañarse de que las conductas, los comportamientos repetidos, llevaran al derecho, fueran fuentes del derecho? Si los romanos no tenían la expresión “ordenamiento jurídico” sería que no lo necesitaron, pues los *mores maiorum*, aunque difusos, colmaban esa necesidad de unidad y seguridad que parece garantizar el ordenamiento, y más adelante, siguiendo el hilo conductor de la historia del Derecho Romano, habrá diversidad de ordenamientos jurídicos estratificados, o mejor dicho, diferentes estratos dentro de un mismo ordenamiento⁸⁵.

Si el Derecho Romano consiguió una sólida consistencia que acabó plasmándose en la Compilación de Justiniano; si gracias al edicto del pretor *ius civile* y *ius honorarium* habían estado ensamblados y tal ensamblamiento representó la parte colosal de su ordenamiento... piénsese por un momento que de todo ello fue parte inicial la costumbre, para después quedar eclipsada por el derecho legal⁸⁶.

Agazapados en los *mores maiorum* se encontrarían también lo que más adelante se denominará principios generales del derecho, esos conceptos éticos y morales integrantes de los ordenamientos jurídicos y que debieron tenerse presentes en el Derecho Romano como fundamento de la eficacia de las leyes y de las costumbres a través de la *aequitas*, de la *fides*, del *officium amicitiae, pietatis*... para cuando el caso concreto y la norma no lograban acoplarse. Parece que los juristas romanos por su manera de razonar creyeron siempre “en un orden ideal para la naturaleza y del que formaran parte las reglas de una conducta justa” siendo en consecuencia el derecho civil para ellos “una concreción del derecho natural”⁸⁷, una manera de exteriorizar las valoraciones internas sobre lo que es o no justo.

81 En este sentido Guarino “La consuetudine e la legge” cit.p.223.

82 Así Zoltan Vegh “Ex Pacto Ius” ZSS, 1993, p.292 ss.

83 Tomando la expresión de Guarino en “La consuetudine e la legge” cit.p.222, quien considera acertado el pensamiento de Kaser sobre la existencia de un “*urrömisches Naturrecht*”, pero sólo para los romanos de épocas más evolucionadas, no para los primitivos quienes en su opinión “avevano bisogno di materializzare in indicazioni concrete, in imperativi specifici le regole della vita cui si attenevano. È della mentalità primitiva, semplice, elementare, richiamarsi agli antenati, non della mentalità avanzata, evoluta, moderna, la quale, tutt’al più giustificare la obbligatorietà di un suo uso sul fatto della diffusione universale, o per lo meno generale”. Los juristas romanos cuando, con el tiempo, se refieran al derecho natural lo harán solamente para reforzar el valor de las normas romanas *sub specie aeternitatis*, considerándolo como último fundamento de las instituciones y de los usos, cfr. Lauria “Ius, visione Romane e moderne” Lezioni, Nápoles 1956, p.80; lo verán como aquello que por naturaleza, permanentemente, servía de referente para valorar lo que los hombres convienen entre sí, y por lo tanto puede variar, como *physis* y como *nomos*.

84 “Principios.” cit. p.41 ss. V. también Wieacker o.cit.p.502 ss.

85 Circunstancia que se ha alegado como obstáculo para poder considerar al Derecho Romano como un sistema jurídico unitario y coherente en el sentido moderno. V.Cuena “Sistema y Derecho Romano” 1998, p.145 ss.

86 Cfr. Pavone Larosa Enciclopedia del Diritto IV voz “consuetudine”.

87 Así J.J. De los Mozos “La Conscience du Juge.” cit. p.54. Hoy en día los principios generales del derecho se siguen teniendo en cuenta por ser comunes a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados

Y diferentes de los principios generales del derecho, aunque a veces se las identifique con ellos, son las reglas y máximas jurídicas, que sin duda fueron expresión de un saber sedimentado de generación en generación y que, cuando decaiga la cultura en la época postclásica, experimentará su empleo un gran auge, lo cual es lógico, pues una jurisprudencia de reglas es algo propio tanto de etapas iniciales –son los resultados, los logros de las primeras reflexiones - como de etapas finales, de decadencia –el bajón cultural hace inabarcable la profundidad del saber de los clásicos y se conforman con las reglas que, a modo de resumen, facilitan la tarea... empobreciendo el derecho-. Justiniano las condensa⁸⁸ pero empezando por recordar, como se ha visto, que el derecho no sale de la regla, sino la regla del derecho que hay. Las reglas o máximas jurídicas vendrán a ser la traducción al lenguaje jurídico de los principios generales del derecho a través de los cuales se insertan en el ordenamiento jurídico⁸⁹, por lo que hay que considerarlas desgajadas, con toda lógica, de los viejos *mores maiorum*. Considero que el lenguaje en general es otra manifestación de la costumbre y no digamos ya si nos ceñimos al pensamiento de los juristas sobre el *usus communis* de las palabras⁹⁰, por eso también, aunque en otro plano -la docencia, por ej.- “la literatura de máximas implica una especial concepción del uso del lenguaje . Estos ajustados consejos no “dialogan” ya con su posible interlocutor; no le preguntan, sino que responden indistintamente a un impreciso interlocutor, que parece reclamar en esa máxima la ayuda a determinadas necesidades personales... /vienen a ser/ resúmenes... asimilados... y convertidos... en guías de conducta, en módulos de comportamiento”⁹¹. Así, aplicando esta reflexión al tema de la costumbre, tendríamos que un primer individuo decidió, por las razones que fueren, actuar de una manera determinada, es lo que constituirá el elemento interno de la costumbre; luego los demás, los que le siguieron... ya no se preguntaron el porqué... “porque siempre fue así” y, como iba bien hacerlo así, repitieron la conducta, que es lo que externamente se aprecia en la costumbre, la reiteración. Con lo que el hecho anterior “da ley” a los que le siguen⁹².

Llegará un momento en que será vano, como dice Guarino⁹³, el intento de resucitar la costumbre (entendida como *mores maiorum*) como fuente de derecho. Los romanos no lo hicieron porque comprendieron que los antiguos *mores* cumplieron tal función en unas circunstancias que no se volvieron a repetir, que no se volvieron a dar gracias precisamente al desarrollo del viejo *ius civile*, el cual, si en un principio su núcleo consuetudinario estaba constituido por el *ius Quiritium*, luego evolucionaría a través de las leyes y de la *interpretatio prudentium*.

Por último no se puede dejar de ver otro reflejo de los *mores maiorum* en el amplísimo espectro del mundo jurídico romano, y es el proyectado por la “enigmática” *sanctio* sobre la institución jurídica más relevante, de más trascendencia, en fin, sobre la ley. Se trata de aquella cláusula extraña al contenido normativo de la ley, como dice Arangio⁹⁴ y que podía contener una conminación contra cualquier exégesis que pusiese la ley en

miembros de la Unión Europea, y están sirviendo por tanto para forjar la parte general del Derecho Comunitario.

88 en D.50,17; son 211 reglas. De igual modo la Partida VII,34 reúne 37 reglas de derecho.

89 V.R.Domingo “Reglas Jurídicas y Aforismos” Aranzadi 2000.

90 D.33,10,7,2 (Cels.19 dig.) Cfr. sobre la *consuetudo loquendi* en los juristas Guzmán Brito “Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano” Ed.Biblioteca Juan de Solórzano, Santiago de Chile 2000, p.73 ss. Así mismo mi trabajo “El concepto de *supellex* en el Derecho Romano” en Estudios Homenaje Prof. Santa Cruz Teijeiro, Valencia 1974.

91 Emilio Lledó “Epicureísmo” Barcelona 1999 p.57.

92 Con expresión de J.Costa “Teoría del hecho jurídico individual y social” Zaragoza 1984, p.340.

93 “La consuetudine e la legge.” cit. p.225 en que se está refiriendo también al mundo moderno.

94 “Historia del Derecho Romano” 4ª ed. 1980 p.115 ss.

pugna con las reglas de la antigua costumbre cuya subsistencia no podía ser excluida por la intervención legislativa. Es como si la *sanctio* de las leyes rogadas romanas se hubiera erigido en cancerbero de los *mores maiorum*⁹⁵. ¿No venía a ser esta cláusula una manifestación de la positivización necesaria para la existencia de un derecho consuetudinario romano? La *sanctio* al consistir en un conjunto de disposiciones translativas operaba a modo de costumbre, aunque no se encontrara siempre en cada texto legislativo, pero cuando aparecía era para fundamentar la posición futura del *ius*, por lo que se repetirá en las leyes republicanas según Wieacker⁹⁶. Destaca Kaser⁹⁷ que la *sanctio* estaba para demostrar la supremacía del derecho sobre la ley, para que inadmisibles disposiciones no fueran en contra de los derechos sagrados, constatando que las más antiguas leyes no tenían sanción –*leges imperfectae* como se las denominaría después, pero ¿es que la necesitaban? Seguramente no, ya que nadie pondría en duda el valor de los *mores maiorum*.

Que la cláusula de la *sanctio* no sería más que una fórmula piadosa, una barrera moral, desprovista de eficacia real lo reconoce Cicerón⁹⁸ pues, si no, con esa cláusula no se podría abrogar casi ninguna ley. La ley se rodeaba a sí misma de una barrera protectora, pero cuando se abrogaba una ley se derribaba de paso la barrera. Lo que está claro es que las leyes pretendían ellas mismas defenderse frente a futuros legisladores⁹⁹; la mera existencia de esta posibilidad –aunque luego no resultara tan efectiva– es indicio suficiente para calibrar por lo menos el respeto hacia los *mores maiorum*¹⁰⁰. Puede ser también que aquella idea de preservación del ordenamiento jurídico antiguo fuera tomada por los patricios como un arma más contra las posibles leyes que lograran votar los plebeyos, por ello, cuando se igualen patricios y plebeyos, aquellas cláusulas conservadoras perderían su importancia, con un contenido demasiado genérico y ya sin influencia. De lo que no cabe duda es de su razonable existencia.

V. “RECTE ...”

El binomio *ius-fas* es una prueba más de que el derecho es una “experiencia indefinible”¹⁰¹, en donde se engloban tanto actos, relaciones humanas –*mores*–, como pre-

95 Con expresión de Cancelli “Postilla sul potere dei censori” LABEO 1960 p.225.

96 Cfr. en lo que sigue su obra “Römische Rechtsgeschichte” cit.p.285 ss. Era la cláusula *si quid ius non esset rogari; eius ea lege nihil rogatur*, y desde Rotondi, dice Wieacker, esta cláusula explicaría una primitiva resistencia del *ius* existente frente a las leyes modificadoras; la ley sólo a través de sí misma impedía la derogación del más antiguo *ius*. Pero ¿era una cláusula constante? Cicerón en *Caec.* 33,95 dice *in omnibus legibus*, aunque sólo aparece esta cláusula en las leyes posteriores a las XII Tablas que recaen sobre derecho privado; con la creciente actividad legislativa de los comicios pronto se debilitó la resistencia del superior *ius* y así la cláusula *nisi ius esset rogari* se convirtió en un *caput mortuum* para Wieacker.

97 “Römische Rechtsgeschichte” 1950 p.55.

98 *Att.*III,23,2: ... *alterum caput est traslaticium de impunitate, si quid contra alias leges eius legis ergo factum sit* Cfr. Ducos “Les Romains et la Loi.” cit.p.143.

99 Según un temor compartido con el derecho griego, en opinión de Magdelain “La Loi a Rome. Histoire d’un concept” 1978 p.60. Este autor coincide con Ducos en la idea de que si los romanos respetaban el derecho sacrosanto poniéndolo fuera del alcance del legislador ... no lo hacían más que a través de una barrera moral bajo la fórmula de cláusula de estilo; la cláusula *si quid ius non esset rogari* no era más que un obstáculo frágil, pues la ley antigua era abolida al mismo tiempo que la vana *sanctio* de salvaguarda.

100 Cfr. Cicerón *Caec.* 33,95-96; *Pro Domo* 40,106; *Balb.*14,13. V. Serrao “Classi, Partiti e Legge nella Repubblica Romana” Pisa 1975 p.81 ss. Rotondi “Problemi di Diritto Pubbico Romano” Scritti I. p.370. Como prueba de su antigüedad *rogari* es una forma arcaica, así Grosso “Premesse Generali al Corso di Diritto Romano Turin 1946 p.68 (y en p.77 *ius* concebido como lo innato, *lex* como lo establecido, por lo que el primero no se puede cambiar).

101 Con palabras de Guarino en “L’Ordinam. Giur.” cit. p.714.

ceptos¹⁰² -leges-, (*aut lege, aut more, aut mixto iure* dice Paulo¹⁰³ equiparando *mos* y *ius*), con lo que se estará ante un fenómeno jurídico complejo.

Del *ius*¹⁰⁴ se dice que en sus orígenes no debía estar desvinculado de la *vis*. La fuerza bruta, la violencia, harían prevalecer las pretensiones desde la época más remota a la que imaginariamente sea posible remontarse. El *ius* vendría a ser la solución para evitar el empleo de aquella fuerza, favoreciendo el orden y la convivencia pacífica; un cometido totalmente instrumental, por tanto, el del *ius*, pero con un sentido dictado por otra fuerza, no humana esta vez, sino divina, el impulso del *fas*. El *fas* representaría los valores, sería lo estable, lo duradero, el *ius* en cambio lo progresivo, lo que se innovaba a golpe de exigencias prácticas¹⁰⁵. O sea, fue como si el *ius* hubiera surgido dentro del *fas* para hacerlo respetar. Y no es que *ius* y *fas* fueran dos cosas distintas desde el principio -norma jurídica, norma religiosa como tantas veces se ha repetido- sino que serían diferentes aspectos de una experiencia única¹⁰⁶ y que dejará huella, pues en época muy avanzada, cuando es de todos reconocido que el Derecho Romano ha llegado a su máximo esplendor, uno de los más representativos jurisconsultos romanos en su definición de Jurisprudencia como conocimiento de las cosas divinas y humanas, ¿acaso no está resucitando, otra vez juntos, el *fas* y el *ius*? Es que siempre lo espiritual, lo ético, debe acompañar al derecho, que si no quedaría reducido a pura técnica.

Esa idea de instrumentalidad que se reconoce al *ius* encaja perfectamente en el derecho arcaico con la idea de rito¹⁰⁷, piénsese en el proceso civil más antiguo, en el escenario donde se desarrollaba un simulacro de lucha... *Fas* sería el contenido del derecho, la substancia del derecho, lo lícito, y *ius* el mecanismo de realización de ese contenido, el pronunciamiento de las palabras solemnes, los gestos rituales que, precisamente por su despliegue reiterado durante generaciones y generaciones ofrecían unas garantías de seguridad, de seriedad, difícilmente sustituibles. ¿Y no era esa reiteración de solemnidades legadas por la tradición algo que infundía respeto, que tenía un vigor, en fin, que cumplía el papel de lo que hoy nos representamos como derecho?

El origen del *ius* por tanto, según Biondi¹⁰⁸, se pierde en la noche de los tiempos, y antes de ser escrito el *ius* sería la costumbre, de la que se derivará el derecho que *venit compositum a prudentibus*, el cual durante un tiempo se calificó de *ius*, y más tarde de *ius civile*; *ius* se utiliza en singular y en plural para designar los juristas, cuando no tenían ni el término ni el concepto modernos, lo que hoy se entiende por ordenamiento jurídico, por fuente de derecho; el *ius* no tiene un creador individualizado -como las leyes-, no es imposición sino tradición derivada de los antiguos *mores* con fundamento religioso; el *ius* no será necesariamente un producto del Estado organizado porque en primer lugar no se alcanzó tal

102 Cfr. Gioffredi "Ius-Lex-Praetor" SDHI 13-14 1947-48 p.51 ss.

103 Sent.5,4,6-8.

104 V. Ernout-Meillet voz *ius*: originariamente fórmula religiosa con fuerza de ley ... viejo término jurídico y religioso que se corresponde en indo-iraní ... con la vieja fórmula ... que purifica, que ritualmente convierte en puro"; en este sentido cfr. Noailles "Du Droit Sacré au Droit Civil" 1949, p. 23 ss., para quien en latín el término *ius* perdió su significado religioso, como todo el mundo sabe, para significar derecho civil, pero entiende este autor que se conservó el matiz religioso en el derivado de *iuro* y en el compuesto *iusiurandum* o invocación de testimonio sagrado, palabra de consagración, palabra potente como dice De Francisci en "Primordia Civitatis" cit. p.316, que al ser encerrada en fórmulas rituales actuaba "automáticamente dejando al que jura a merced de una potencia en el caso en que su declaración no se corresponda con los hechos".

105 Es la idea de Ihering o.cit.I, p. 311.

106 Cfr. Orestano "I fatti di normazione ..." cit. p.102.

107 v. infra V "...Et Rite".

108 "Lex et Ius" RIDA 12 1965 p.170 ss.

situación en época arcaica, y luego está el hecho de que hasta los mismos particulares lo pueden crear: *uti lingua nuncupassit... ita ius esto*, no *ita lex esto*, insiste Biondi; y si no se imponía el *ius* es porque convenía por sí mismo, porque convenía... y aquí aparece la idea de necesidad, la *opinio necessitatis*, de que se tratará más adelante.

Así las cosas, acerca de la cuestión sobre la escasa referencia a la costumbre entre las fuentes del derecho en Roma por parte de los jurisconsultos, ¿no sería también que no la mencionaban porque estaba comprendida en el *ius*? Y la costumbre que no lo llegó a estar, como ya había aparecido la escritura, se quedó en *ius non scriptum*, pero *ius* al fin y al cabo, aunque la falta de escritura no sea algo esencial a la costumbre¹⁰⁹. Que todo derecho empezó siendo derecho consuetudinario, nadie lo duda, por eso cuando aparezca la escritura algún menoscabo experimentaría la norma consuetudinaria, como por ejemplo la sospecha de su falta de autoridad, de su juridicidad; pero sin embargo numerosos textos reconocen la existencia de *ius non scriptum*¹¹⁰, un derecho consuetudinario que será necesario conocer, pues quien sólo contempla las normas escritas tendrá una visión muy incompleta del derecho¹¹¹.

Precisamente cuando se trata de justificar la ausencia de la costumbre en la enumeración de las fuentes del derecho que hicieron los juristas clásicos se alega que aquellos trataban del *ius scriptum*, y ello no es del todo cierto porque entonces siguiendo a Pomponio en D.1,2,2,5: *...hoc ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus...* habría que atribuir el derecho de juristas al no escrito¹¹². Para Savigny¹¹³ la clasificación de *ius scriptum* y *non scriptum*, como tantas otras clasificaciones, era una exposición de formas exteriores del derecho, sin referencia a su esencia ni a su origen, sólo con miras prácticas para indicar a los jueces dónde encontrar el derecho. Clasificación pues, más con finalidad docente que otra cosa, tampoco hay que darle demasiada importancia, no hay que tomarla al pie de la letra, simplemente está queriendo indicar que una norma nace de una fuente autoritaria o no¹¹⁴.

En época arcaica la única referencia del *ius* serían los *mores maiorum*, como destaca Royo¹¹⁵, para quien solamente por la abstracción que exige el derecho, éste se despojará de los hábitos culturales de los antepasados, perdiendo el *ius* “su valor de referente al *mos maiorum* para ponerse en el camino de referir la idea de valoración social ideal, esto es, trama o conjunto funcional de usos... aglutinados por el criterio de... la /utilitas/ general”.

La dicotomía *ius-fas* es una de las piezas claves en el estudio del Derecho Romano; abordarlo es de lo más gratificante por su fecundidad y es tarea inevitable si se quiere penetrar en la concepción primitiva de lo jurídico¹¹⁶. Se ha dicho simplifica-

109 v.Jolowicz en “Roman Foundations of Modern Law” 1957 p.21.

110 D.1,1,6: *...ius nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto...*; D.1,3,32: *...quae sine ullo scripto populus provabit...*; I.1,2,3: *ex non scripto ius venit, quod usus comprobabit...*

111 Así Bobbio Enciclopedia.cit.p.426.

112 v. Flume o.cit.p.15.

113 “Sist.” I cit.p.122.

114 v. Scherillo “Novissimo Digesto Italiano” IV voz “consuetudine” “Dir.Rom.” p.302. Lo que importaba no era la forma sino el método de creación, y las normas consuetudinarias no perdían este carácter por el hecho de que se escribieran, ni siquiera cuando esto se hacía desde la autoridad, como ocurrirá más adelante, en casos, pone por ej. Jolowicz o.cit. p.21, de los estatutos de las ciudades-estado italianas o de las “coûtumes” francesas.

115 “Palabras con Poder” cit.p.58 y 92.

116 Como dice Arias Bonet en su recensión a Guarino “L’Ordinamento Giuridico Romano” Nápoles 1980, en AHDE 51, 1981 p.76 ss.

damente que el *fas* representa lo lícito, y el *ius* lo bueno, lo justo, lo “que se manifiesta a través de un juicio recto y por tanto correcto”¹¹⁷; pero *fas* tiene un significado discutido¹¹⁸, es establecimiento de la ley divina, es aparición, habla, manifestación de la voluntad de los dioses. Sería “lo decible” -*fari*, hablar- por lo que se puede sacar la conclusión de que si una fórmula podía ser pronunciada, ello equivaldría a reconocer la licitud de sus efectos¹¹⁹, y convertiría los días aptos para el pronunciamiento de determinadas palabras en *dies fasti*. El hecho de que *fas* sea una palabra indeclinable, ¿hará sospechar una petrificación del término? Fue un predicado nominal en las fórmulas *fas est*, *fas non est*; como lo fue *ius*, en *ius est*, *ius non est*, evolucionando hasta convertirse en sustantivos: norma religiosa, norma jurídica. Para llegar al concepto de norma -desde la antiquísima convicción de lo que debe o no debe ser hecho, pues todos los pueblos desde siempre habrán tenido una idea de lo que se debe o no hacer- tuvo que evolucionar psicológicamente el hombre, y ello requiere largo tiempo.

Desde la perspectiva actual, al *fas* se le ve como un cajón de sastre donde se amontonan todas las suposiciones sobre el derecho primitivo, y por aquello de su contenido religioso se le concede gran fuerza, gran prestigio, incluso más que al *ius*, que, como he dicho, sólo tendría valor instrumental, al servicio del *fas*. Los oráculos divinos colmarían el contenido del *fas*, pero la labor de trasladarlos al pueblo a través de formulaciones rituales, del *ius*, correspondería al rey, al monarca, quien establecía si un comportamiento dado era *iustus* o no¹²⁰. El *ius* de la época regia no es aún el derecho en el sentido abstracto en que se entenderá después, como lo permitido, lo lícito, cuando ya no se hable de *fas*.¹²¹

Habría tantos *iura* como soluciones dadas por el rey, soluciones que responderían a principios consagrados por los *mores maiorum*. Cuando el *ius* vaya despojándose de elementos religiosos, entonces el campo del *fas* se verá paulatinamente reducido, pues muchas normas jurídicas provenientes del ordenamiento religioso se convertirán en normas laicas y otras perderán hasta su carácter jurídico, ejemplos son del primer caso el derecho penal en que la pena pierde su carácter de sacrificio, y del segundo las normas relativas a la familia, según Voci¹²², para quien así como el legalismo religioso continuaría en la esfera de lo público, claro que bastante atenuado pero apreciable en las ceremonias de toma de auspicios, augurios, en la esfera de lo privado desapareció, no se conservó como un fósil, y se refiere, como prueba de ello, a los *sacra familiaria*. A este arrinconamiento del *fas* contribuiría la progresiva expansión territorial romana, pues muchos pueblos extranjeros con divinidades diferentes a las que se rendía culto en el Lacio, construirían sus *foedera* con Roma más sobre un derecho humano que sobre un derecho divino¹²³. Además también contribuiría a la postergación del *fas* el hecho de que para los romanos la voluntad de los dioses era cambiante, lo cual alimentaba su espíritu práctico por lo que sólo se preocupaban del momento... al día siguiente las fuerzas divinas podí-

117 Así Kaser en “Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas” 1998,p.97.

118 v. Ernout Meillet, *voz fas*.

119 Como dice Orestano BIDR 46 cit. p.261.

120 Coli en “Regnum” en SDHI 17, 1951, p.117 ss., quien no cree en el carácter divino del *ius* afirmado por Orestano y De Francisci, pues piensa que el carácter religioso del *ius* primitivo es propio de las instituciones arcaicas y sobre todo de la realeza de la que según él el *ius* emana, pero eso no implica origen divino en su opinión, pues el sacerdote es un mortal al servicio de los dioses.

121 V. Royo “Ciudad.” cit. p.69 ss., para quien el *ius* originariamente sería algo real, sería la toma de decisiones en el ámbito de la ciudad y que implicaba al resto de ciudadanos, quienes, al reconocerlas, se comprometían a protegerlas; luego vendría la abstracción.

122 “Diritto Sacro Romano in Etá Arcaica” SDHI 19,1953 p.99 y 101.

123 V. De Francisci “Storia.” cit. p.344 ss.

an ser diferentes, con lo cual cada acto importante necesitaba de un ceremonial constante que sirviera para atraer la voluntad favorable de los dioses, por eso eran necesarios los ritos, por eso había ritos para cada situación... era como un *do ut des*, según Orestano¹²⁴, siendo así que en estas formas rituales se asomaban milenios de experiencia.

Aunque religión y derecho nacieran de un mismo pensamiento, de una misma necesidad¹²⁵, el *fas* no debía de consistir en un conjunto de reglas positivas de derecho, para ello tenían el *ius sacrum*, el *ius pontificum*, por eso el *fas* tenía que ser otra cosa, sería el contenido, la materia del derecho y, en consecuencia, el *ius* sería su forma¹²⁶.

La parte de legalismo religioso que no se trasvasó al *ius* se quedó en una mera sanción de conciencia, no jurídica¹²⁷. Sin embargo la liturgia de corte religioso se trasladó tal cual, incluso con la misma terminología, al ámbito del derecho, del *fas* al *ius*, como dice Royo¹²⁸, para quien el *fas* serían las relaciones de las personas con las deidades, y el *ius* los usos formales entre personas entre sí o con cosas, por lo que el colegio de pontífices y más tarde las escuelas de juristas entenderán por *ius* “los mecanismos de solución de conflictos acordes a los usos asimilados de los ancestros”.

Los dioses sugieren el *fas* a los hombres y éstos lo cumplen por temor a la cólera divina; pero más adelante se rechazará esta experiencia religiosa, y como la necesidad, la práctica, exige que haya reglas, quedará el *ius*, como derecho positivo nacido de una opinión que se fragua en el medio social y que echa raíces porque logra lo bueno, lo conveniente, lo justo¹²⁹.

Con lo que se podría escenificar plásticamente la siguiente representación: en un plano elevado y nebuloso estarían los pontífices evidenciando el *fas*, aquello que era agradable a los dioses; en un plano inferior estarían situados los sacerdotes, los primeros juristas, construyendo el *ius*, dando soluciones a los casos que se les planteaban, sirviéndose de actos rituales; y entre ambos, *fas* y *ius*, como amortiguador, como freno a las soluciones arbitrarias se encontrarían los *mores maiorum*.

VI. “... ET RITE”

Si ha sido dicho que *mos est ius*¹³⁰, se puede decir también que *mos est ritus*¹³¹, lo cual es de interés en este trabajo pues sólo la repetición hará nacer la costumbre, y el rito consiste precisamente en repeticiones (ello no quiere decir que todas las costumbres se plasmen en ritos, pero sí que todos los ritos son fruto de la costumbre).

124 “I Fatti di Normazione.” cit. p.115 ss.

125 Cfr. Noailles “Du Droit Sacré.” cit. p.17 ss.

126 V. Varrón *De Lingua Latina* cit. VI 29: *...dies fasti per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari...* y 30: *Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem do, dico, addico; itaque non potest agi: necesse est aliquo (eorum) uti verbo, cum lege quid peragitur...*

127 Voci o.cit. p.101.

128 “Palabras.” cit. p.78 ss.

129 Es la opinión de Westrup o.cit. p.6 ss. quien recuerda que en el antiguo derecho germánico los “judgements” –dom- del pueblo se llamaban “derecho encontrado”. Al fin y al cabo el juez viene a dar fuerza al hallazgo del jurista. Se ha dicho tantas veces que el derecho existe, la solución justa –o menos injusta- existe, pero hay que encontrarla, y es el buen jurista quien la evidencia, quien la saca a la luz. No se olvide que objeto del proceso también lo es la intuición del derecho.

130 v. supra III “... ex facto”. En base a *Pauli Sent.* 5,4,6-8; cfr. Waldstein o.cit. p.117.

131 Festus *De Verborum significatu*.cit.p.364,34.

Que el Derecho Romano arcaico era un derecho rígido, presidido por la solemnidad, es indicio de ese afán de seguridad que ha reclamado siempre el ser humano (gregario, a quien horroriza la soledad, pero que, aun necesitado de los demás, no por eso confía ingenuamente en sus congéneres, les tiene miedo y hace todo lo posible para ser aceptado en el grupo ...) y esa seguridad solamente se la va a proporcionar la publicidad, el hecho de que a través de los formalismos de una ceremonia los componentes de la tribu van a darse por enterados de la celebración de tal o cual acto. Y como si se desean unos resultados conviene (de ahí los convencionalismos) celebrar determinada ceremonia, determinado rito, pues se repiten y repiten los mismos gestos, las mismas frases; es una manera de conservar la tradición, por eso dirá Festo *ritus est mos comprobatus*¹³²... con lo que esencialmente el derecho será formulación¹³³, un mero pronunciamiento de palabras estudiadas, medidas, a través de las cuales se logran los efectos queridos por la colectividad y los miembros de la sociedad lo tienen por obligatorio so pena de atraer las iras del cielo. Luego la ley y también otras fuentes del derecho tendrán estas mismas aspiraciones, como una reflejo de las costumbres, aunque a riesgo de ser un reflejo sobre agua turbia¹³⁴...

Para Noailles¹³⁵ el rito tuvo verdaderamente un efecto creador pues construyó el derecho; no son los ritos mimetismos en recuerdo de los antepasados, dice, sino que son realmente creadores de derecho; los ritos poseen una fuerza que se pone al servicio del derecho, y las fuerzas divinas que actúan sobre los hombres ofrecen su ayuda para lograr la justicia a aquellos que creen en su eficacia, y es el rito el que permite alcanzarlas, consistiendo los ritos en palabras y gestos; aquellas serán llamadas *verba certa*, es decir, frases preestablecidas y que deben ser pronunciadas rigurosamente tal y como aparecen en los formularios; el término técnico que califica el acto de pronunciarlas es *nuncupatio –capere nomen*¹³⁶. El rito por tanto será la amalgama de gestos¹³⁷, de movimientos, de signos, que conservan y evitan el deterioro de la tradición; son el *ius*, como molde protector de algo, y ese algo es lo justo, lo sagrado, lo bueno, lo equitativo... en fin, lo querido por los dioses, el *fas*¹³⁸. Al fin y al cabo ¿qué está haciendo el magistra-

132 O.cit., también reproducido por Ernout Meillet voz *ritus: ritus est mos; ritus, mos vel consuetudo*; Cicerón *De Legibus* 2,8,19: *...ritus familiae patrumque servanto*; y 2,9,22: *...ex patris ritus ritibus optima colunto*.

133 Así Lenoir “Moeurs, Morale et Droit chez Durkheim” *Rev.Droits* p.29.

134 Con expresión de Alland “Les moeurs.” cit. p.8 cuando constata que intentar poner en armonía leyes y costumbres trae problemas pues el ajustar el derecho al hecho llevaría a contaminar el derecho, normativo por naturaleza, por el hecho social, no normativo (se refiere en la actualidad por ej. al matrimonio de homosexuales... y que quieren adoptar, a la legalización de la droga...; todo ello difícil de solucionar) pero recuerda que las exigencias formales del derecho –su neutralidad- deben impedir la disolución de la normalidad en la normalidad.

135 o.cit. p.84 ss. y p.300.

136 *Nuncupare*, denominativo de *nomn-cep-s*: el que toma nombre, v. Monteil “Elementos de fonética y morfología del latín” (trad. esp. de Fernández Martínez), Sevilla 1992, p.342.

137 v. Ernout Meillet voz *numen*: procede de *nuo*, hacer un signo /gesto/ con la cabeza. *Numen* como potencia, cuyas manifestaciones y modos de actuar consisten en movimientos, en este sentido De Francisci “Primordia.” cit. p.222 ss., quien destaca el valor que los romanos atribuyeron a la palabra pronunciada, cuando dice: “nadie discutirá que la potencia de las palabras se aumenta cuando se reúnen en una fórmula como *certa verba*, fijas e inmutables, que hay que recitar con un acento y un tono determinado ... sin titubear, todo error es un vicio ... todo cumplido *recte et rite*”; y recuerda la eficacia mágica de la música y de la danza, en las procesiones, por ej.; música y danza que excitan las potencias con su cadencia, su repetición, su ritmo. Según Voci, o.cit. p.50, a través de los ritos se mantenía la *pax deorum*, la cual, si era alterada por ofensas, se recobraba a través del *piaculum* o sacrificio expiatorio, en que se solía sacrificar un animal, pero como no todas las impurezas eran expiables, donde no había *piaculum* el culpable era ofrecido él mismo en sacrificio por la comunidad; la magia en esta época arcaica suponía una fuerza impersonal susceptible de ser dirigida por el hombre a través del rito.

138 En este sentido Orestano “I fatti di normazione.” cit. p.101.

do romano cuando preside el procedimiento primitivo sino vigilar que se cumplan las formas, que se cumpla el *ius*? No en vano están en la fase *in iure*, especie de teatro en el que, nunca mejor dicho, los *actores* llevaban a cabo un simulacro de lucha, reminiscencia de cuando, antes de existir el proceso como serie de trámites que encauzan la actividad jurisdiccional del Estado, la lucha era real, de cuando el que luego será llamado *actor*, empujaba físicamente ante los jefes de la tribu al que algún día se llamará reo¹³⁹; los ritos procesales van a ser utilizados luego también para otros fines, como los que se perseguían en la *in iure cessio*¹⁴⁰, e igual desviación ocurrirá en los ritos negociales, especialmente la *mancipatio*.

Con el término rito pretende De Francisci¹⁴¹ indicar todos los conjuntos de actos mediante los cuales el hombre primitivo trataba de ponerse en relación con las potencias ... y porque el hombre está siempre rodeado de potencias, sobre todo en los momentos más importantes de su vida –nacimiento, mayoría de edad, matrimonio, testamento...- así toda la vida del hombre primitivo estaba constituida por una sucesión de ritos.

VII. EX USU, AUCTORITAS

De los actos reiterados de los hombres, los ritos serían los actos ceremoniosos, revestidos de solemnidades, pero habría también actos “nudos”, en el sentido literal de la palabra, actos no arropados por formalidades, simples usos y que, sin embargo, al ser reiterados cobrarán también muchas veces fuerza de derecho.

¿Y es que uso y costumbre son sinónimos? Pues un uso puede llegar a convertirse en costumbre si tal comportamiento viene sentido como obligatorio por el grupo social, en el sentido de que un comportamiento contrario al uso se considere sancionable¹⁴². O sea que se podría decir que el uso es fuente de costumbres y la costumbre fuente de derecho. Por ello, para que el uso cree costumbre deberá reunir los requisitos de ser general, uniforme, frecuente, constante, con cierta duración en el tiempo –piénsese en la prescripción, aunque luego haya que reconocer que el tiempo no ha de ser “medido”¹⁴³, ya que valdrá con que sea suficiente en los casos en que, como en el comercio, se exige agilidad, por aquello de que “el tiempo es oro”-. Y ¿cuántos actos son necesarios para hablar de frecuencia, de constancia? Eso sí que casi nunca vendrá determinado¹⁴⁴.

139 Está hoy desacreditada la interpretación derivada del pensamiento de Ihering sobre los orígenes del proceso, v. Noailles o.cit. p.81, 227 y 286, y De los Mozos “La Conscience du Juge.” cit. p.56 n.28, pero encuentro que palpita en la etimología de *actio*: “forcejeo teatral” dice Royo en “Ciudad.” cit. p.84.

140 Buscando una sanción pública, un reconocimiento oficial, al igual que en la Edad Media ocurrirá con los *iudices chartularii* –los notarios como jueces “fingidos” para que así la eficacia del instrumento público fuera equiparable a la de la sentencia-.

141 “Primordia.”cit. p.278.

142 V. Gilissen, John, en Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione Civile III voz “consuetudine” p.493 ss. según quien, en el siglo XVIII, en Francia, costumbres serán las escritas y usos las no escritas, por eso los revolucionarios arremetieron contra la costumbre, porque les “sonaba” a Ancien Régime, y el derecho del Ancien Régime reconocía el feudalismo, admitía la esclavitud... así que en el Código de 1804 nunca se utilizará el término *consuetudo*, sino el de *usus*, observando este autor que la distinción entre ambos conceptos sin embargo reaparecerá a lo largo de todo el siglo XIX para reconocer a la costumbre como fuente del derecho, y al uso como los hechos de los que pueden nacer costumbres. Véase el Código Civil Español arts. 1,1 y 1,3.

143 La Partida 1,2,5 exige 10-20 años para el uso, pero este requisito de prescripción fue atacado por los civilistas (el pueblo siempre está presente!); los canonistas también lo abandonaron.

144 Cfr. Partida I tit.2 “Del uso e de la costumbre e del fuero: “... assi nasce del tiempo uso, y del uso costumbre, e de la costumbre fuero...”; Ley 1ª “Que cosa es uso”; Ley 2ª “En que manera ha de ser fecho el

El primer acto tiene ya un valor, pero hasta que no se reitere no estaremos ante el hábito, ante el uso¹⁴⁵.

Es verdad que las costumbres y los usos recaen sobre materias de las que también hablan las leyes escritas, pero son lenguajes muy diferentes; los mercaderes, los pequeños burgueses, lo saben y por eso se fian casi más de sus tratos, que tanta fuerza tienen para ellos y que son llevados a cabo con tanta reverencia o más que la observancia de las propias leyes requeriría; ante lo cual Puchta propone preguntar cuántos campesinos se sirven de las colecciones de leyes alemanas (y eso que ahora están más preparados, dice, refiriéndose a los hombres de su tiempo)¹⁴⁶, dando a entender que prefieren seguir con sus usos y costumbres .

Los usos sólo atañen a la exteriorización de las conductas e ingresan en la costumbre -es típico el ejemplo del comercio ya aludido- haciendo a ésta más civilizada, más cortés¹⁴⁷, pero claro, no es que vayan a tener relevancia jurídica los usos de cortesía, sociales, sino solamente aquellos usos productores de *ius*, aquellos que, señalados *ratione materiae*, su objeto sea susceptible de ser regulado por el derecho; lo que ocurre es que hay materias que son reguladas por el derecho en unas sociedades sí y en otras no, y en las materias reguladas por el derecho a veces confluyen también reglas no jurídicas y viceversa¹⁴⁸.

Parece que los usos son una subespecie de la costumbre, pero nadie niega el valor de los usos normativos judiciales, ni de los negociales (contractuales, de interpretación, cláusulas de estilo...); de estos últimos, los usos negociales, hay que admirar su función integradora del contenido contractual, que llevará ni más ni menos que al desarrollo de la jurisprudencia cautelar. La voluntad individual va a crear la relación, la vinculación, luego la voluntad estatal la transformará en norma.

Así determinados comportamientos humanos se van acumulando insensiblemente de la manera más espontánea, siempre acuciados por la necesidad; la autonomía privada plantea la exigencia del negocio jurídico, y la seriedad, seguridad y publicidad exigen formalismos en su celebración... que limitan otra vez la libertad, la autonomía¹⁴⁹, es

uso; Ley 3ª “Por quales razones el uso gana tiempo e por quales lo pierde; Ley 4ª “Que cosa es costumbre e quantas maneras son della” –costumbre es derecho o fuero que non es escrito...- Ley 5ª “Quien puede poner costumbre e en que manera” ... “DOS JUICIOS DE OMES SABIDORES E ENTENDIDOS DE JUZGAR”; es interesante la glosa a esta Ley 5ª: ...*Sed quaero an sufficiant duo actus, dicit quod glossatores dicunt quod sufficit binus actus ... de consuetudini probabili, quae habeat vigorem legis: et ideo dicunt doctores secundum eum quod de numero actuum non potest dari certa regula ... sufficiunt duae sententiae*. En la Edad Media los usos tendrán una gran importancia para el derecho feudal, son la base de los derechos forales, pues las leyes romanas no debían de ser tan importantes como para vencer al uso o a las costumbres, cfr. *Balzaranus, Interpretationes ad Libros Feudorum* Venecia 1596 fol.278 sobre las acepciones de *consuetudo*, y fol.223 sobre los *mores* como *assidui actus hominum*”; idem *Commentaria ad Lib. De Feudis Tit.26,1:mores id est assidui actus hominum. Matthaeus de Afflictis In Tres Libros Feudorum Lugdunij 1569 1,16: consuetudo actum legitimum facit; 1,18:actuum pluralitas in consuetudine requiritur; 1,28:quo tempore possit induci consuetudo*.

145 El hábito no es el motor, dice J.Costa en “Teoría cit.” p.386, sino el volante de la máquina que, girando, almacena fuerza y adquiere una predisposición a seguir girando en el mismo sentido; y en p.367 describe muy gráficamente el primer hecho como “el primer cristal que fija el tipo a que ha de sujetarse la cristalización del todo”.

146 O.cit. p.10 n.4.

147 v. Larrère “Droits et Moeurs.” cit. p. 11 ss.

148 Así Bobbio Enciclopedia.cit. p.433, quien propone la distinción entre “reglas esenciales a la constitución y a la conservación del grupo, y reglas inesenciales”, las primeras serán jurídicas, las segundas lo serán de la costumbre, de los usos.

149 Así Gioffredi o.cit.p.56 ss.

el precio que hay que pagar por la seguridad. Y si no hay seguridad no hay mercado, y sin mercado no hay progreso.

La convicción entre los hombres de que una solución es justa llevará probablemente a su reiteración y, desde el uso, se operará el salto cualitativo a la norma consuetudinaria, o sea que se podría sacar la conclusión de que esa solución no es justa porque sea costumbre sino que se hace costumbre porque es justa. La reiteración sólo aportará, pues, juridicidad, y ello me lleva a pensar en las XII Tablas cuando dicen: *usus auctoritas fundi biennium est...*; el *usus* como hecho continuado, como disponibilidad; la *auctoritas* como reconocimiento de la juridicidad¹⁵⁰, como garantía, como seguridad en la adquisición.

Y si un acto se reitera será porque dicha conducta merecerá ser repetida. Puchta¹⁵¹ ya pensaba que el primer acto de esa cadena de actos uniformes era expresión de una convicción jurídica común; luego, el *usus* y la *opinio iuris* la confirmarían.

Las prácticas de los tribunales, los usos, dieron fijeza a los diferentes tipos de procedimientos y al comercio¹⁵², a éste mediante contratos verbales en un principio y mucho más adelante escritos, casi siempre sin la debida sanción del derecho civil, que además en Roma estaba en formación, y sin otra fuerza que la que daban las buenas relaciones y la confianza que reinaba entre los mercaderes; esas condiciones al principio las pactarían unos pocos, luego fueron imitados por los demás¹⁵³. Ante los naufragios en la antigüedad algún mercader calcularía las naves que salían y las que regresaban, calculando las pérdidas si todos los armadores se hicieran solidarios; es el principio que inspira el *foenus nauticum*¹⁵⁴.

Los usos del tráfico tienen que estar en armonía con la buena fé, no son derecho consuetudinario ni por tanto norma jurídica, tampoco intervienen en la formación de las relaciones jurídicas sino en la declaración de voluntad que puede excluirlos libremente... pero es frecuente que los usos del tráfico sean precursores de la norma jurídica si se los completa con la *opinio necessitatis* o si su contenido es recogido en una ley¹⁵⁵.

En la Roma antigua los usos sociales y convencionales no podrían diferenciarse de la costumbre¹⁵⁶, puesto que como se ha visto, la gestación de lo que llegaría a ser

150 v. Royo "Palabras." cit. p.72-77, y "Ciudad." cit. p.116

151 o.cit. p.79 ss.

152 Es muy ilustrativo J.Costa en "Teoría del hecho jurídico." cit. p. 359 ss. para quien con el desarrollo del comercio el comerciante deja de ir personalmente a los asuntos, nombrando por ello un porteador, el porteador se trueca en factor, el factor en comisionista; al lado del simple mercader nace la sociedad mercantil, y al lado del factor el corredor, y al lado del comisionista el banquero, y más tarde el banco de depósito ... todas estas instituciones antes de ser ley han sido costumbre, hechos.

153 A veces la práctica de una postura cortés, como por ejemplo el aplazamiento de un pago, en un primer caso, luego influye en los siguientes, con lo que se podría llegar, como explica Puchta o.cit.p.7, a algo incomprensible: la opinión según la cual tendría que ser obligatorio esperar se basa en el hecho de que algunos, sin tener esa obligación, han esperado; la condescendencia empezó a hacer efecto en la opinión general, dando por resultado lo menos natural del mundo: porque dos personas han esperado por consideraciones particulares, otros, sin consideraciones particulares, llegan a pensar que hay que esperar!

154 También acertado ejemplo de J.Costa en "Teoría." cit. P.360. Cfr. A.Castresana "El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana" Salamanca 1982 p.89.

155 v. Ennecerus "Derecho Civil" I revisado por Nipperday, trad. Pérez González y Alguer, Barcelona 1934, p.161 ss.

156 Pues incluso hoy en día ello es dificultoso, según Castán o.cit. p.491, para quien los usos sociales por sí solos no constituyen norma jurídica; los convencionales son los que se observan en los negocios jurídicos, especialmente en los contratos, y se les llama usos jurídicos, y aunque no tengan la fuerza interna de la costumbre porque les falta el elemento interno o jurídico de ésta, cuya concurrencia los convertiría en usos

norma jurídica diferente de la simple norma consuetudinaria fue lenta. Para ello sería necesario que el derecho dejara de ser exclusivamente consuetudinario.

Si el derecho concede eficacia normativa al uso constante no es por rutina, únicamente, sino para proteger la confianza que a su alrededor ha ido consolidándose; ésta es la luz de la costumbre... la sombra está en que puede llegar a defender malos hábitos impuestos por los más fuertes para oprimir a los más débiles¹⁵⁷.

VIII. *EX MORE, IUS - EX IURE, MOS*

El fundamento de la costumbre (que no es exactamente el arranque de un acto, pues si otros actos no le siguen no habrá costumbre y sí habrá acto) estará en el elemento interno, el cual provocará a su vez la reiteración o elemento externo, y el fundamento de aquél puede ser muy variado. Para Cicerón¹⁵⁸ tal fundamento estará en la utilidad que reporta el comportamiento de que se trata, y habla el orador de un derecho natural que no nace de una opinión razonada, sino de la misma naturaleza, como el *ius gentium* para los romanos; para Juliano¹⁵⁹ la costumbre se fundamenta en la voluntad democrática, en el *consensus populi*. Cuando con el tiempo los canonistas asimilen la costumbre a la prescripción adquisitiva, destacarán el requisito del *animus*, es decir, se actúa como creyendo tener derecho, como creyendo usar de su derecho; sin embargo la Escuela Histórica dejó de ver el *animus* como requisito de la usucapión, para ver en él una convicción u *opinio iuris* del pueblo, y a través de tal deformación del *animus* se originó la teoría de la *opinio iuris* la cual, si ha persistido, es porque ha sido reducida a *opinio necessitatis* (en el sentido de que el acto contrario es reprochable). De aquí que en los estudios sobre la costumbre no falte el desarrollo de esta teoría que no lo es, como se ve, ni mucho menos de todos los tiempos, y que por otra parte es controvertida y hasta abandonada por algunos autores que no consideran necesario el requisito de la *opinio* debido al papel incuestionable del Estado para el reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho¹⁶⁰. Ni siquiera los autores están de acuerdo sobre el significado de la expresión *opinio iuris*. Para unos es la convicción sobre lo correcto, como sostenía la Escuela Histórica a través de su visión romántica del derecho como nacido del espíritu del pueblo (pero, cuidado, no eran tan románticos como para no darse cuenta de que el “espíritu del pueblo” debía de ser plasmado en costumbre culta a través de la labor de los juristas). La Escuela Histórica trató al derecho consuetudinario realmente como a un “niño mimado, como si creyera deber indemnizarle con su afecto del olvido y abandono en que antes había estado”¹⁶¹, y concibió la *opinio* como convicción sobre lo correcto, como la conciencia de que ya es derecho lo que se observa, un derecho anterior a la repetición. Savigny¹⁶² se percató de

normativos –expresión de verdadero derecho consuetudinario- les corresponde la función interpretativa y supletoria de la voluntad de las partes; el art. 1287 CC. los tiene en cuenta para interpretar las ambigüedades en los contratos, supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario se suelen establecer.

157 Es el pensamiento de F. De Castro en “Derecho Civil de España” cit. p.401 ss. La sinonimia legal costumbre-uso, en opinión de este autor, está en que la costumbre ya no logra valor jurídico sin la intervención del Estado, o sea que la costumbre ya no es fuente autónoma de derecho. En nuestro Código la costumbre ha dejado de actuar como fuente de derecho y ha quedado reducida a uso, v. Gordillo o.cit.p. 435 ss.

158 De inventione 2,22,65.

159 D.1,3,32.

160 Cfr.Gordillo o.cit. p.460 ss.

161 Son palabras de Ihering, o.cit.II, p.33.

162 “Sist.” I cit.p.162.

la idea comúnmente admitida de que la costumbre como fuente de derecho debía ser matizada en el sentido de que la regla de derecho no es engendrada, sino manifestada, por la costumbre, por lo que la *opinio* podía y debía darse en el primer acto. Según esta concepción, lo justo, para serlo, no necesita de la costumbre, pero la costumbre sí necesita de lo justo para nacer y de lo jurídico para aplicarse, no siendo la costumbre, pues, un elemento constitutivo, sino probatorio, del derecho. El derecho estaba antes, la repetición vendrá después. Así se puede llegar a la conclusión con Puchta de que, además de tomar a la costumbre como fuente del derecho, el derecho pueda ser tomado como fuente de costumbre¹⁶³. El problema de esta atractiva reflexión está en no distinguir entre las dos acepciones de derecho, causal y formal (aunque es verdad que no siempre el primero se traduce en el segundo, ni el segundo deriva siempre forzosamente de aquél) pero se disculpa porque, al fin y al cabo, ambos son “derecho” válido para todos, conformes y disconformes¹⁶⁴.

Para otros autores la *opinio iuris* es la persuasión de que una cosa debe valer como derecho¹⁶⁵, es la intención de hacer derecho (contemporáneo o sucesivo a la repetición¹⁶⁶); es la teoría de la voluntad de validez jurídica defendida por Ennecerus¹⁶⁷, pero voluntad, según este autor, no del Estado, pues la costumbre estuvo antes que los Estados, sino de la colectividad, manifestada *rebus ipsis et factis*¹⁶⁸, es decir, por los usos, los cuales prueban la costumbre a la vez que son requisito de su nacimiento; en su opinión, la teoría que se apoya en la convicción y la que resalta la voluntad se aproximan en cuanto conciben en “la convicción con fuerza de voluntad de que una cosa sea derecho” por eso considera estéril la confrontación de teorías.

Si se alega el argumento de la *opinio iuris seu necessitatis* es para diferenciar la costumbre del uso. Y además que la tan pregonada convicción no debe de ser tan general lo demuestra el hecho de la exigencia de prueba para la costumbre¹⁶⁹.

El elemento espiritual de la *opinio iuris* en la formación del derecho consuetudinario viene conectado frecuentemente con la cuestión del error, como sería el caso de creer que se está actuando según una ley considerada, erróneamente, en vigor. Lo determinante será aquella voluntad jurídica de validez general, siendo indiferente que su origen descansa o no en un error; el primer hombre que llevó a cabo el primer acto que luego se convertiría en costumbre debió de haber actuado en el error, puesto que la regla no existía todavía; y para la Escuela Histórica ese primer hombre no debía de estar confundido del todo, porque pensaría que estaba actuando en consonancia con la idea de lo recto, ínsita en la conciencia popular, ya que para esta Escuela los actos en que consiste la costumbre son evidencia de un derecho preexistente. Además, muchas veces la nueva regla consuetudinaria se ha formado precisamente gracias a la improcedente invocación de una ley; piénsese en la recepción del Derecho Romano en Europa: ¡qué no se habrá hecho decir al prestigioso Derecho Romano a lo largo de tantos y tantos siglos!

163 O.cit. p.5 ss.

164 v.F. De Castro o.cit. p.390 para quien los tribunales aplicarán la regla así creada por los nobles o grandes comerciantes, venciendo la resistencia de vasallos y pequeños comerciantes. El requisito de la *opinio iuris* dice, no se compagina bien más que con las líneas más puras de la Escuela Histórica.

165 Persuasión que vino representada por la *auctoritas* ya desde el Derecho Romano arcaico.

166 V. Sandro Gherro “L’animus inducendi iuris della consuetudo canonica”, “La consuetudine...” a cura de Tedeschi cit. p.100, quien contrapone convicción popular a *opinio iuris*.

167 o.cit. p.120 ss.

168 D.1,3,32,1.

169 V.infra XI. *More iudiciorum*.

O se admite que la regla consuetudinaria puede tener su origen en el error o se desecha la exigencia del requisito espiritual de la *opinio*, porque si no se llegaría al círculo vicioso de que habla Bobbio¹⁷⁰: la norma jurídica consuetudinaria no se constituye si no existe la *opinio*, y por otro lado la *opinio* presupone que la norma jurídica se haya constituido ya; con lo que se traduciría la idea de la *opinio* en la del error, en el sentido de que la creencia en la obligatoriedad de un comportamiento se haría derivar de la falsa creencia de que existiera un norma jurídica que en realidad no existe, por lo que se pregunta Sandro Gherro si no se estará entonces ante una *fic-tio iuris*¹⁷¹.

Requisito obscuro éste de la *opinio* que, ni puede exigirse para la validez del derecho consuetudinario, pues el reconocimiento de la norma puede fundarse en motivos diferentes de la convicción sobre lo correcto, tales como el temor a las consecuencias de la transgresión, la comodidad, y hasta la rutina..., ni puede fundarse tampoco en la intención de crear derecho, que no se dá casi nunca en la práctica; baste por ello una voluntad general de validez jurídica¹⁷². Además, no es comparable la fuerza del primer acto con la de los actos siguientes; los posteriores viven de la fuerza producida por aquél, y que no tiene forzosamente que ser la misma fuerza que a él lo inspiró; porque otras veces la conciencia colectiva habla y es su opinión la que adquiere una existencia de derecho por la sanción social y no porque se creyera en un principio obligatoria, más bien hay que pensar que se hace obligatoria porque la sociedad la ha sancionado, la ha admitido como buena¹⁷³.

La actual necesidad de que la costumbre reciba el respaldo del Estado hace innecesaria la exigencia del requisito de la *opinio iuris*, por lo que en consecuencia, sin *opinio iuris* la costumbre queda hoy rebajada a la categoría de uso; la enojosa cuestión de la *opinio iuris* ha perdido ya interés¹⁷⁴.

IX. *SCRIPSERUNT PRUDENTES*.

Ha sido motivo de reflexión el que en textos jurídicos romanos no se tenga en cuenta a la costumbre a la hora de enumerar las fuentes del derecho, pero ya se vio que era problemático el concepto de fuente, pues, como observa Guarino¹⁷⁵, no es lo mismo la fuente de derecho en abstracto, los *mores maiorum*, el ordenamiento jurídico romano, el bloque impresionante de principios que inspiraron los comportamientos del pueblo romano en los primeros siglos de su existencia, que las singulares fuentes en concreto, los senadoconsultos, los rescriptos... Gayo, Pomponio y Papiniano, cuando escriben sus textos, están tan lejos de la época en que los *mores* eran el único Derecho Romano que no se les ocurre mencionarlo. Aquél ordenamiento cumplió su función cuando ello fue preciso porque no había otro tipo de derecho. Por eso, cuando aparezcan otros cauces para la producción del derecho, será de éstos de los que se ocupen, así como de las localizadas costumbres vulgares, pero no de los grandes *mores* que ya llevaron a cabo su cometido inspirando sus principios a los restantes modos de creación de derecho que vinieron a reemplazarlos.

170 Enciclopedia cit.p.432 ss.

171 o.cit. p.104.

172 v. Castán o.cit. p 472.

173 Es mi idea pero mucho mejor expresada por Westrup, o.cit. p.138.

174 Son palabras de Gordillo o.cit. p.500-517.

175 "La consuetudine e la legge." cit.p.223 ss. V.supra III. "...ex facto".

Los textos son:

Gayo 1,2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* En este texto Gayo detalla específicamente las fuentes del derecho silenciando la costumbre, y ello porque las enfoca como órgano material productor del derecho y no puede por tanto comparar dichas concreciones con los reverenciados *mores maiorum*, a los cuales sin embargo alude, como se ha visto, en el primer párrafo de su manual. Los plebiscitos, los edictos de los magistrados y, hasta un cierto punto, los senadoconsultos, son, en la época en que escribe Gayo, una mera sombra de lo que fueron en tiempos anteriores. Ahora es el momento en que empieza a imponerse el derecho legal representado en la voluntad del príncipe.

D.1,2,2,12 Pomponio (*libro singulari Enchiridii*): *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege constituitur; aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit; aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent; aut plebiscitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum; aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur; aut senatusconsultum, quod solum senato constituyente inducitur sine lege; aut est principalis constitutio, id est, ut quod ipse princeps constituit, pro lege servetur.* Pomponio también habla de cosas pasadas, recalando la importancia de la *interpretatio prudentium*.

D. 1,1,7 pr. Papiniano (*libro II definitionum*): *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.* Y aquí tenemos a Papiniano, escribiendo además en una época todavía más imbuída del espíritu legalista que la época de Gayo y Pomponio, pues ya no estaba el derecho honorario como contrapeso de la balanza; ya no habría equilibrio posible.

Haber tenido en cuenta en estos textos a la costumbre en abstracto, a los *mores maiorum*, citar a esa “masa informe” de derecho, ¿no sería demasiado pedir a una doctrina de las fuentes del derecho todavía rudimentaria?¹⁷⁶ En cuanto al pasaje de Gayo citado, efectivamente, no se menciona la costumbre como fuente del derecho, pero está claro que previamente ha reconocido que todos los pueblos *legibus et moribus reguntur*, poniendo en el mismo plano la costumbre y la ley. No es comprensible la preocupación doctrinal despertada por el hecho de que en esos textos concretamente no aparezca la costumbre; y claro, hasta hay intentos, en consecuencia, de disculpar a Gayo por el pecado de no haber puesto a la costumbre en el párrafo 2, diciendo que la omisión voluntariamente porque daba distinta importancia al derecho consuetudinario que al derecho declarado por el Estado o por los prudentes¹⁷⁷. Y además hay que preguntarse sobre la intención de Gayo, Pomponio y Papiniano y los tan traídos y llevados textos... ¿era verdaderamente su pretensión exponer de forma exhaustiva las fuentes del derecho?, ¿emprendieron realmente los juristas una tarea clasificadora? Porque si ello no fue así, sobran todas las críticas. A ver si se va a hacer decir al Derecho Romano cosas que no quiso decir o que ni siquiera se planteó. Seguramente los juristas tenían una mentalidad menos cuadrículada que la moderna y no discutían de cosas inútiles o evidentes. Las verdaderas fuentes del derecho para Gayo en sus Instituciones 1,1, serán la *voluntas populi* para el derecho civil (...*quod quisque populus ipse sibi ius cons-*

176 Es lo que se plantea Kaser, “Römische Rechtsquellen.” cit.p.41.

177 V. Schulz “Principios del Derecho Romano” cit.p.36.

tituit...vocaturque ius civile...) y la *naturalis ratio* para el *ius gentium* (...*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit... vocaturque ius gentium...*), la costumbre diluida en ambas, como ya ha sido dicho, convirtiéndose en consecuencia el derecho consuetudinario en un componente del derecho positivo; y cuando la costumbre no conseguía diluirse en otros tipos de derecho, no por ello dejaba de ser reconocida como derecho positivo, ya que el uso reiterado y la convicción de su validez servían de “acto de positivización” equiparable a la promulgación de la ley¹⁷⁸; ya se dijo en la introducción de este trabajo que el derecho consuetudinario es el más positivo de los derechos: sin positividad, no tiene razón de ser¹⁷⁹.

También se ha intentado dar una explicación acerca de esta ausencia de la costumbre en los textos citados a través de la distinción retórica de *divisio* y *partitio*¹⁸⁰ ya que si se trata de *partitio*, como el *ius* es considerado *res infinita*, la enumeración no necesita ser completa; o el derecho consuetudinario, entendido como las pequeñas costumbres locales, no era tan importante como para destacarlo, o era tan obvio (la herencia de los *mores maiorum*) que tampoco era preciso recordarlo, pues como tantas veces ha sido dicho, se tendría presente transformado en otra fuente de derecho, en los *responsa* por ej.

X. MORE RESPONSORUM

Nadie duda de que los textos citados son testimonios documentales de valor incalculable, pero interesa también conocer cómo los juristas participaron en el reconocimiento de lo que hoy se llama derecho consuetudinario. Habría que ver de qué manera entendieron ellos su tarea como *iurisperiti*¹⁸¹, pues los juristas tenían la convicción profunda de la necesidad de los *mores*, así en D.3,2,1 Juliano (*libro I ad Edictum*) dice ...*tempus quo elugere virum moris est...* y las locuciones frecuentes *more solito*, *more iudiciorum*, *more Romano*, *solemni more*, lo atestiguan¹⁸². Sin embargo, su derecho de juristas, en donde se reconocía la existencia de un derecho nacido de la costumbre, no necesitaba recurrir a la reiteración para su legitimación, y no era entendido por tanto como derecho consuetudinario porque una opinión aislada no era “uso” y sin embargo sí era “derecho”¹⁸³. Ante un *ius controversum*¹⁸⁴ la posibilidad de admitir diferentes soluciones era suficiente indicio de que todo era derecho, tanto la opinión dominante como la opinión solitaria¹⁸⁵.

178 v. Flume o.cit. p.7 ss.

179 Eficacia y necesidad de legitimidad es lo que se precisa para poder hablar de positivización del derecho, así Federico de Castro o.cit.p.29 para quien un conjunto de reglas de conducta sin aparato de ejecución no se puede llamar derecho positivo (y ya sabemos que los *mores maiorum* no carecieron de tal instrumento de coacción). En época postclásica la positivización de la costumbre al lado de la ley queda reflejada en: D.1,3,34-35-36-37-38; C.4,32,26,1; C.8,53 (52), 1-3; Nov.106.

180 V. Nörr “*Divisio und partitio*” 1972 p.20 ss. con quien no está de acuerdo Flume o.cit.p.13.

181 Se plantea Flume o.cit. p.11.

182 V. Lauria “*Ius, visione romane e moderne*” cit. p.80 ss.

183 v.Flume o.cit. p.7 ss.

184 V. Gayo I,7 ...*si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi*

185 V.Flume o.cit. p.22 para quien más que de un *ius controversum* o *ambiguum* o *dubium* se trataba de una discusión sobre cuál era la solución correcta, sobre lo que era *verum* o *verius*; un mismo caso puede tener diferentes soluciones, e incluso -ya lo advierto a los alumnos- a veces, cuando no se logra encontrar la solución más justa hay que conformarse con la menos injusta, pero solución al fin y al cabo.

Recordando la alusión a los textos no jurídicos donde se habla de la costumbre como fuente de derecho, especialmente de los retóricos, de los cuales se reconoce muy en general que no aportaron gran cosa a la ciencia jurídica¹⁸⁶, admítase que si los juristas no mencionaron la costumbre y sí lo hicieron aquellos, ello fue debido a que los juristas, al conocer el derecho, no necesitaban recordar su origen constantemente, y sin embargo los retóricos, carentes de conocimientos jurídicos, necesitarían fundamentar siempre sus argumentaciones. De todos modos, que haya habido controversias entre retóricos y juristas no es suficiente razón para desechar las conclusiones de los retóricos sobre el derecho consuetudinario; que los retóricos reconocieran el derecho consuetudinario como fuente de derecho no es discutido por nadie; lo que sí se pone en duda es su preparación e incluso hasta su sincera voluntad para hacer declaraciones objetivas sobre el derecho¹⁸⁷; pero ¿no hay que suponer que, al coincidir en el proceso, los juristas tuvieron que hacerse un poco retóricos y los retóricos un poco juristas? Pues entonces es lógico pensar que se informarían, se preocuparían de suministrar buenos conocimientos a unos alumnos que les retribuían económicamente. En resumidas cuentas, ¿es posible achacar el silencio de los juristas a la hora de enumerar las fuentes del derecho a las rivalidades entre retóricos y juristas -recuérdese el despectivo ... *ad Ciceronem!* de Aquilio Galo¹⁸⁸- de modo que bastase que lo declarara un retórico para que el jurista lo rechazara? No es admisible tal postura en los juristas quienes, aunque eran realistas, no estarían pendientes de las argumentaciones retóricas. Se trató de un planteamiento mucho más profundo y serio, y es el que se encuentra en una de las características típicas de la Jurisprudencia clásica, a saber, su practicismo, por el cual prescindieron de explicaciones o aclaraciones que no hacían falta. Además el retórico estaba obsesionado con la docencia -que tan poca dignidad representaba para los juristas- y procuraría aprender para luego enseñar a sus alumnos, con lo que casi hay que agradecer este eslabón por lo que de contribución tiene para iluminar un panorama tan lejano de nosotros en el tiempo¹⁸⁹. Hay que suponer, como hace Kaser¹⁹⁰, que los retóricos enseñarían correctamente a sus alumnos el cuadro del derecho vigente, y si les hablaron de *mos* es porque sería útil hacerlo; claro que no hay que perder de vista que sus observaciones tampoco constituían una teoría sobre las fuentes del derecho¹⁹¹.

Los *responsa prudentium*, en cuanto a su posición respecto de la ciencia jurídica, se podrían comparar a la costumbre cuando partían de un derecho existente; los juristas romanos no se consideraron “creadores del derecho por sí mismos”¹⁹² sino que, como a través de los *mores maiorum* habían recibido una herencia, estaban instalados en ella; a ningún jurista se le ocurriría empezar a fundamentar las viejas instituciones heredadas, como los poderes del *paterfamilias* por ej. Lo que sí tuvieron que hacer fue interpretar todo aquel acervo de preceptos jurídicos para aplicarlos en una sociedad cambiante, y lo harían inspirados a su vez por los principios que regían desde antiguo, los principios condensados en los *mores maiorum*. Y como las convicciones del pueblo

186 Para empezar a pensar lo contrario, v. Nörr o.cit. p.10 ss.

187 Así Zoltan Vegh “Ex Pacto Ius” cit. p.287.

188 Cicerón *Topica* 12,51.

189 ...*docere dignitatem non habet* v. Cicerón *Orator* 42,144; *De Invent.* 2,22,67; *Partitiones orat.* 37,130; *Topica* 5,28 y 7,31; *De oratore* 1,48,212; *Reth. Ad Herennium* 2,13,19; *De legibus* 2,7,18 donde dice que no pretende formular todas las *leges* (¿en qué sentido tomaría la palabra *leges*, como ley, como legislación, como fuente de derecho?) porque a su juicio sería una tarea infinita! v. también la correspondencia entre Plinio y Trajano *Ep.X* 114-115, y Aulo Gelio *N.A.* 13,5.

190 “Rom. Rechtsquellen.” cit. P.12.

191 En este sentido Flume o.cit.p.30.

192 Son palabras de Flume o. cit. P.21.

no lo dirían todo, y mucho menos las leyes, es por lo que los juristas empezaban a crear una ciencia jurídica¹⁹³. El jurista al estudiar la realidad saca a la luz el derecho, lo evidencia al reconocer una figura jurídica que, si luego resulta recogida en sucesivos *responsa*, habrá adquirido autoridad para el juez, de ahí la trascendencia del papel de los jurisconsultos en el proceso¹⁹⁴.

Como es indudable que las opiniones de los juristas apreciarían la constancia o reiteración de determinados comportamientos, se plantea otra vez la cuestión de si la costumbre era recogida por ellos porque se consideraba que ya contenía derecho, era justa, o se convertía en derecho porque era tomada en cuenta por los juristas. Pues todo depende, una vez más, de lo que se entienda por derecho; si por derecho se entiende lo justo, lo recto, lo adecuado, lo conveniente, o sea *ratione materiae*... se puede afirmar que, efectivamente, el jurista la acoge precisamente por ello; pero si por derecho se entiende lo jurídico, el orden de medios inventados conscientemente por el hombre para lograr fines jurídicos, entonces la costumbre se hace jurídica a partir del momento en que es adoptada por el jurista. Y no es que antes no pudiera ser calificada de jurídica, pero lo sería solamente de derecho consuetudinario. Evidentemente el jurista tomará la costumbre que le parece que se aproxima más a su ideal de Justicia, insertándola en el derecho jurisprudencial, y dejando ésta de pertenecer al derecho consuetudinario... de momento. Pero la bondad intrínseca de la costumbre, lo que de justo contiene, tanto se daba antes como después de que la recogiera el jurista. Normas consuetudinarias de conveniente aplicación serían recibidas con simpatía por el jurista al emitir su dictamen, convirtiéndose en derecho legal si el jurista estaba dotado del *ius publice respondendi*; y usos que todavía no se habían consagrado en norma consuetudinaria recibirían el apoyo que les faltaba al ser recogidos por el jurista, por lo que el prestigio del jurisconsulto supliría la carencia de autoridad del simple uso.

Por otro lado, si la costumbre se convierte en fuente de derecho, y la costumbre es repetición, reiteración, es de sobra sabido que el *responsum*, el dictamen de un jurista, aunque no sea reiterado, contiene derecho, crea derecho, luego la conclusión lógica es que los *responsa prudentium* no son derecho consuetudinario. El *responsum* que contiene una solución justa, que ha protegido un interés particular, ha creado derecho, es derecho, derecho jurisprudencial, y efectivamente no necesita que vengan en su auxilio ni los *mores*, ni los jueces ni las leyes... Pero, por otro lado, si ese mismo *responsum* es imitado y repetido por el mismo o por diferentes juristas porque sigue conviniendo, será derecho jurisprudencial también, pero además, evidenciado y reforzado por la publicidad que su repetición lleva inherente. Se puede hablar en este caso de una opinión que se empieza a generalizar, de una *communis opinio* que, con el tiempo, podría abocar en un derecho consuetudinario. Ya ocurrió en las épocas más remotas¹⁹⁵ cuando los juristas más antiguos, los pontífices, representaron una “opinión oficial”, prestigiosa por venir inspirada por los dioses, por lo que dicha opinión tendría una vigencia privilegiada; más adelante cuando el derecho dejó de ser sagrado, probablemente continuó ocurriendo de la misma manera, hasta que, con el tiempo, aparecieron las diferentes opiniones, las distintas corrientes de pensamiento, y todas estas opiniones eran derecho. El derecho estable-

193 Hago mío este pensamiento de Puchta o.cit. p.15 n.8 quien añade a reglón seguido (aunque para otras épocas evidentemente) sobre la aplicación subsidiaria del derecho natural ... incluso por los partidarios del derecho legal, “se equivocó quien pretendió de la filosofía /aquí de las leyes escritas y de las no escritas o costumbres/ lo que sólo la Jurisprudencia es capaz de resolver”.

194 Trascendencia a su vez debida a la división del proceso que dio lugar a la fase *apud iudicem*, sin la cual la Jurisprudencia romana no hubiera nacido, como dice J.J. de los Mozos “La Conscience du Juge.”cit.p.65.

195 Cfr. en cuanto sigue Kaser “Röm. Rechtsquellen.”cit.p.34 ss.

cido, claro que era derecho, y el que estaba formándose, para ellos también lo era¹⁹⁶; pero un derecho basado en opiniones de juristas discrepantes no ofrecería la estabilidad que proporcionaba el derecho consuetudinario, máxime si este venía considerado en su sentido abstracto, como los respetados *mores maiorum*; sólo cuando la opinión del jurista se hacía constante, cuando servía de soporte intelectual a las decisiones de otros juristas, sólo en esos casos, se estaría acercando al derecho consuetudinario; “en la medida en que la doctrina de los juristas precipitó en una opinión única, consolidada, se acercó tanto al *ius moribus introductum* que la diferencia ya no era perceptible”¹⁹⁷.

No hay que perder de vista que la elaboración de las instituciones jurídicas durante la época clásica estaba en manos de los jurisconsultos; por su flexibilidad, como indica Végh¹⁹⁸ podían reaccionar ante lo nuevo más rápidamente que los órganos colegiados, pudiendo acoger aspectos que estaban desarrollados en la costumbre y, a través de su *auctoritas*, conferirles fuerza de ley. Pero si además estaba en la mano de los juristas la aplicación o no de las leyes, ¡como para arrebatárselas la facultad de decidir sobre usos y costumbres!

Es natural que los *responsa* de los juristas contuvieran materia de derecho consuetudinario, ello se hace manifiesto en todos aquellos textos en que se lee *hoc iure utimur* o *alio iure utimur* cuando proponían soluciones diferentes a las establecidas con anterioridad¹⁹⁹; lo que no está tan claro es que fueran de la misma naturaleza que el derecho consuetudinario²⁰⁰, pues éste tiene un valor *per se*, no pudiendo ser puesto en tela de juicio, lo mismo que ocurre con la ley, mientras que el derecho de juristas, aunque sea opinión dominante, no vincula al juez si no le convence; lo que ocurre es que la constancia también tiene importancia en el derecho de juristas, ya que crea la *communis opinio*; piénsese en la *stipulatio Aquiliana*, de la cual dice Flume²⁰¹ podría hablarse, realmente, para el derecho clásico, de un “derecho consuetudinario del pueblo” aunque la inventaran los juristas pero, continúa este autor: “ sólo que a los juristas romanos no se les ocurrió la idea de que el derecho interpretado por ellos podía asumir una cualidad distinta cuando se transformaba en *consuetudo* de los sujetos de derecho. El derecho de la *stipulatio Aquiliana* pertenece, para ellos, como todo el derecho no escrito, al *ius*, del cual se sienten llamados intérpretes”.

Y así se plantea el círculo vicioso: costumbre-*responsum*-costumbre: el jurista adopta un uso en su *responsum*, y el *responsum* reiterado ingresa en la *communis opinio*, la cual, para ser tal, necesita de las mismas características de la costumbre. Los juristas de la época clásica sabían de sobra que la costumbre contribuía a la formación de convicciones jurídicas que ellos reflejaban luego en sus *responsa* y en el asesoramiento a magistrados y jueces para la elaboración respectiva de edictos y sentencias.

El derecho de juristas estaba legitimado por su autoridad interna, autoridad fundamentada en el respeto al ordenamiento jurídico representado por los *mores maiorum*,

196 Kaser o. cit. p.36: derecho que se está formando, “werdendes”/Recht/, pero que todavía no se ha constituido, “gewordenes” /Recht/.

197 Kaser o.cit.p.41. La expresión *ius moribus introductum* en opinión de D’Ors, “Derecho Privado Romano” 1997 p.48 n.2, se refiere no a un derecho consuetudinario diferente sino a la misma práctica jurisprudencial y judicial.

198 O.cit.p.292.

199 Gayo 2,154; 2,195; 3,179; 4,163; D.2,9,2 pr.; D.19,2,13,11; D.30,114,4; D.32,85; D.35,1,71,2; D.39,2,15,30; D.42,1,21; D.47,2,41,3.

200 V. Savigny “Sist.”I.cit.p.106 ss.

201 O.cit.p. 39 y 41; y sostiene en p.16 que es grosero admitir que el derecho de juristas pudiera considerarse derecho consuetudinario en sentido moderno.

el cual los jurisconsultos eran partidarios de conservar y, aunque luego el *ius publice respondendi* viniera concedido por los príncipes, ya con anterioridad al reconocimiento de este derecho los juristas dotados de una sólida preparación habían sabido regenerar el *ius* a través de sus respuestas *publice*²⁰², por aquello de concebir el derecho como un fruto de la sociabilidad humana.

El rescripto de Adriano²⁰³ confirma el valor de las opiniones consolidadas como fuente de derecho; si las opiniones de los juristas coinciden, tienen fuerza de ley; si hay disenso, el juez puede seguir la que quiera, o sea, que la elegida valía también como una ley para el juez.

En la Compilación Justiniana las opiniones de los juristas recogidas en el Digesto son *ius*, así se dirá que los *iura* eran fuente autoritaria equivalente a la ley, pero al ser deducidos de la *communis opinio* de los juristas podrían en cierto modo venir considerados como derecho consuetudinario²⁰⁴.

Lo que es seguro es que la opinión de los juristas consolidada se equiparaba al derecho legal, con lo que la costumbre, creada por la reiteración de la *opinio*, habría servido de escalón para que la norma jurisprudencial alcanzara aquella categoría. La norma consuetudinaria podía dar lugar a una norma jurisprudencial, pero no al contrario²⁰⁵, y aunque se haya tenido la tentación de suponerlo hay que reconocer que en las alturas del derecho legal la pobre costumbre sobraría.... Bastante hizo la jurisprudencia por ella en su tarea de selección y conservación a través de su transformación en otras fuentes de derecho.

Los juristas clásicos nunca dudaron que el derecho anterior a las XII Tablas fuera de origen consuetudinario; aquellas regularon solamente puntos particulares, presuponiendo costumbres anteriores que dejaron en vigor en los puntos no regulados por las leyes, luego la jurisprudencia se complació en considerar a las XII Tablas como fuente²⁰⁶; el intérprete no creaba por tanto normas nuevas, sino que enunciaba principios ya contenidos implícitamente en el ordenamiento jurídico²⁰⁷, pero se podría decir que aun cuando el intérprete no cree normas, sí crea algo nuevo, a saber, la contribución a la formación de la *communis opinio*, y en el descubrimiento o enunciado de principios se puede constatar esa búsqueda de valores que es la tarea acuciante de los juristas de todas las épocas. La *opinio* que se forma por la *interpretatio* de los juristas es recibida luego por el Estado; del jurista se dice que es *iuris peritus*, *iuris auctor*, o *conditor*, no *legis auctor*. “No es posible *ius* sin obra de jurista, sí es posible *lex* sin obra de jurista”²⁰⁸.

Gallo²⁰⁹ observa que cuando los juristas hablan del *ius moribus introductum* se están refiriendo al derecho civil, no a derechos locales, por lo que no consideraban al *ius moribus introductum* de rango inferior a la ley, aunque luego, como ya ha sido advertido, en época postclásica la costumbre se contará entre las fuentes del derecho

202 Cfr. Royo “Palabras.” cit.p.114.

203 Gayo 1,7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiant iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

204 En este sentido Scherillo Nov.Dig.Ital.cit.p.301 ss.

205 Así Lombardi “Saggio sul Diritto Giurisprudenziale” 1967 p.468.

206 Tambien por Tito Livio(3,34,6) vinieron consideradas como *fons omnis publici privatique iuris*.

207 Scherillo o.cit. 309 ss.

208 Son palabras de Biondi “Lex et Ius” cit. p.199.

209 “Interpretazione.” cit.p.62.

pero rebajada de rango; y entre los casos en que el jurista intervendría y que luego alcanzarían fuerza vinculante, recuerda este autor un ejemplo propuesto por Ihering, y que se centra en la *in iure cessio*: para manumitir, o había que esperar a la muerte, o al censo... ¿por qué no acudir al pretor? sugeriría el jurista²¹⁰.

El *ius respondendi* supondría que el *responsum* del jurista tendría la misma autoridad que si lo hubiera dado el príncipe, el cual era intérprete en tanto que pontífice máximo²¹¹, pues antiguos intérpretes fueron los pontífices, lo dice claramente Pomponio en D.1,2,2,6. O sea, que se puede sacar la conclusión de que los *responsa prudentium* fueron fuente de derecho porque tuvieron el respaldo del príncipe, el cual a su vez, como pontífice máximo, tenía el respaldo de los dioses; cuando el príncipe dicte *rescripta* o *decreta* lo hará más como intérprete que como legislador. Será por lo que Gayo 1,2 no menciona los rescriptos entre las fuentes de derecho. Efectivamente, los primeros príncipes no podrían decir aquello de mi voluntad es ley²¹² porque todavía funcionaban las asambleas populares y el senado.

Que con el tiempo pretendan los principes serlo todo, magistrados –y dicten *edicta*-, jueces –y dicten *decreta*-, jurisconsultos –y dicten *rescripta*-, por de pronto al ser nombrado Augusto pontífice máximo ya era intérprete de la voluntad de los dioses, ya era como los primeros juristas, luego vendrá lo demás.

La idea de que la norma debía deducirse de la *communis opinio* de los juristas se ve reflejada todavía en la Ley de Citas: es el criterio de la mayoría el que debe prevalecer, lo que ocurre es que, como observa Savigny²¹³, desde Valentiniano III y con Justiniano la fuente del derecho es la ley, porque el *ius* del Digesto es ley.

En tema de *interpretatio prudentium* se podría distinguir entre dos momentos, antes de la concesión del *ius publice respondendi* y después de la aparición de este derecho. Los *responsa prudentium* serían fuente de derecho jurisprudencial en un primer tiempo y máxime de venir adoptados por el juez, tanto si se habían consolidado por la repetición como si no; el juez era libre para elegir, lo que hace explicable el desarrollo del derecho de juristas. Y luego, a partir del *ius publice respondendi*, los *responsa* serían fuente de derecho legal, de obligatoria elección para el juez. En el tiempo en que se daba el *ius publice respondendi* los dictámenes de los juristas que no lo poseían sin embargo no por ello dejaban de ser derecho, evidentemente, derecho de juristas.

Según Gallo²¹⁴ en Gayo 1,2 al hablar de fuentes se mencionan algunas que, como se dijo, ya no estaban en su tiempo, así las leyes rogadas, los plebiscitos, los edictos de los diferentes pretores... y se habla además de los *responsa prudentium*; y como en época de Gayo existía el *ius publice respondendi* éste vendría referido a los dictámenes de los juristas provistos de tal derecho; derecho que si suponía un honor para el jurista agraciado con él, también representaba un instrumento de control del príncipe sobre la *interpretatio prudentium* –fue un arma de doble filo- y por tanto sobre la recepción *moribus*, y es por lo cual en el texto de Gayo no se habla de *mores* sino de *responsa*, lo que explica para este autor que la omisión de la recepción *moribus* se debió a la introducción del *ius respondendi*, con lo que, en su opinión, aquella quedaba ahí atrapada (¿para qué mencionarla? ya no era necesario); o sea que la costumbre fué fuente de derecho “dentro” de la *interpretatio prudentium*, por lo que, cuando ésta

210 Gallo o.cit. p.102.

211 Cfr. en cuanto sigue Scherillo o.cit.p.309.

212 Ulpiano en D.1,4,1: *quod principi placuit, legis habet vigorem*.

213 “Sist.” I cit.p.131.

214 o.cit.p.45 ss.

termine, con Diocleciano, tendrá que seguir su camino sola. Adriano, continúa Gallo²¹⁵, lo que hizo fue substituir el papel del pueblo en la creación de derecho -mediante la recepción *moribus*- por los *responsa* de los juristas elegidos por el príncipe; era el indicio de que se estaba acentuando el control imperial sobre la *interpretatio prudentium*; y da por seguro este autor que desde Constantino ya no se autorizó el *ius publice respondendi*: ya no va a haber *interpretatio* autorizada por el emperador, sólo habrá *interpretatio* del emperador.

XI. MORE EDICTORUM

Hay un punto extremadamente importante en relación con las fuentes del derecho, y por lo tanto con la costumbre, es el relativo al derecho honorario y sus fuentes.

La fuente del derecho honorario es el edicto de los magistrados, especialmente de los pretores, urbano y peregrino “quienes elevaban a calidad de jurídico, por público, el lenguaje de la realidad”²¹⁶, así como de los ediles curules, estos últimos en contacto directo con los mercados de esclavos, cereales, escuchando las reclamaciones de los tratantes de ganado... Pero, ¿qué era el derecho honorario? El término no nos habla más que de la fuente de producción, pero no de su contenido.

El pretor está para aplicar el derecho civil; pero ocurre que, a veces, se ve en la necesidad de completarlo o corregirlo -aquí sí que se puede hablar de una facultad tajante del pretor- por lo que deberá buscar soluciones nuevas, con lo que se podría decir que el *ius honorarium* cumplía, en cierto modo, la función que cumple el derecho consuetudinario cuando suple al derecho civil. En resumidas cuentas, para mejorar el derecho civil podía el pretor proponer una serie de medidas dictadas por principios informadores como la *fides*, la *aequitas*, el sentido común que permitió el transvase de conocimientos, de ideas, entre pretor peregrino y pretor urbano, los cuales se turnaban en el ejercicio de la pretura en Roma y fuera de Roma, con lo que forzosamente su derecho debía de estar al día, abierto a aires nuevos que les llevaron a comprender que todos los hombres, romanos y extranjeros, eran iguales, que tenían las mismas exigencias y relaciones no sólo naturales y sociales sino también jurídicas, lo cual hizo posible el desarrollo de un *ius gentium* aplicable tanto a ciudadanos como a peregrinos; y estarían también inspirados por los principios derivados del *officium amicitiae, pietatis* ... todo aquel arsenal de valoraciones morales que, desde antiguo, como se ha visto, se acomodaba junto con la idea de fidelidad, de equidad, en los *mores maiorum*.²¹⁷, con lo que las exigencias éticas, si no venían exigidas por la ley, venían exigidas por magistrados y juristas.

¿Contendrá entonces el edicto del pretor derecho consuetudinario? Es verdad que cuando el pretor vaya en contra del rito estará yendo en contra de la costumbre sacralizada por el derecho civil, pero esta praxis honoraria estará creando algo que no es derecho civil, será un derecho honorario ¿consuetudinario?²¹⁸ Pues a lo mejor, y que además, por venir recogido *in albo*, quedaba claramente positivizado. Si el pretor había decidido proteger determinada situación porque le parecía algo más justo y equitativo, era

215 O.cit.p.153 ss.

216 Y público por político, es decir, de orden ciudadano, es el pensamiento y las palabras de Royo “Palabras con poder” cit. p.94-95.

217 En este sentido Wieacker o.cit. p.504. v. Paricio “Sobre el origen y naturaleza civil de los *bonae fidei iudicia*” Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Reimundo Yanes II Burgos 2000 p.189 ss.

218 Es el pensamiento de Gallo o.cit.p.20.

porque la protección no estaba en las leyes -ya que en ese caso no tenía que disponer nada, debería limitarse a aplicarlas- con lo que tendría en cuenta tanto las nuevas necesidades, los casos nuevos de la vida real, de la vida práctica, como los usos y costumbres que le parecía conveniente mantener, haciendo posible que unos y otras, con el tiempo acabarían ingresando en el entramado del *ius civile*.

O sea que a través de la tarea del pretor se llegaba a convertir la realidad (el ser), en norma (el deber ser), equilibrando la balanza en ese punto tan ansiado por los juristas de todas las épocas, representadas por doctrinas que han ido, según la ley del péndulo, del *mos italicus* al *mos gallicus*, de la teoría a la práctica, ni sin leyes ni todo en la ley, ni todo el derecho recogido en codificaciones inmutables ni el derecho libre... Con lo que resulta que ese ideal de perfección, de equilibrio, tan perseguido por la ciencia jurídica durante siglos y siglos ya lo habían alcanzado los Romanos: estaba en el *ius honorarium*.

Para Savigny²¹⁹ el edicto del pretor pertenecía al *ius scriptum* aunque se fundase en la costumbre; al adoptar el pretor el derecho consuetudinario éste era recompuesto adquiriendo un carácter de certeza que le hacía parecer un derecho nuevo; y se pregunta este autor²²⁰ sobre si, en tanto que aparece como derecho nuevo, en tanto que modifica el derecho civil, es derecho consuetudinario o derecho legal; se ha reconocido, dice, que el pretor “modifica” en virtud del derecho consuetudinario, y no en virtud de una autoridad legislativa suya, pero se equivoca uno si se reconoce al pretor como redactor del derecho consuetudinario. Probablemente muchos de sus materiales se los proporciona la costumbre, pero en cuanto a su ejecución, su desenvolvimiento, el colmar lagunas... ahí está su independencia, concluye, diferenciando el derecho honorario de la costumbre en que ésta no está encerrada en ninguna jurisdicción ni está limitada a un tiempo.

El pretor interpretaba el *ius* y la realidad, y, en consecuencia, los *mores* contenidos en ésta, por lo que el *ius honorarium* sirvió a modo de filtro de la costumbre, haciéndola pasar hasta convertirse en ley; o sea que la costumbre ya estaría dentro de la ley cuando los juristas se pusieron a enumerar las fuentes del derecho²²¹.

Con la introducción del procedimiento formulario por la *Lex Aebutia* se otorgó a los juristas una tarea de una importancia sin precedentes debido a que las partes y el magistrado podían no saber derecho, por lo que sería el jurista quien adaptaría las fórmulas²²²; la tarea de los pontífices en la época anterior componiendo las palabras solemnes de las *legis actiones* fue insignificante en comparación con la actividad de los juristas en el período helenístico para idear las fórmulas del nuevo procedimiento; por lo que el edicto del pretor, ya antes de Juliano, constituyó un experimento de codificación -por lo menos de un año – que influiría con el tiempo en sentido restrictivo sobre la formación consuetudinaria del derecho -pero es que ya está terminando, como quien dice, la época clásica-.

En la época de Cicerón²²³ las normas edictales eran consideradas normas consuetudinarias y calificó al edicto este autor de *lex annua*²²⁴, aunque únicamente a través del edicto traslativo, que supondría la reiteración de soluciones pretorias, podrían deri-

219 “Sist.” I cit. p.123 n.2.

220 “Sist.” I cit. p.130 ss.

221 Así Gallo o.cit.p.52.

222 Cfr. en lo que sigue Gallo o.cit.p.134 ss.

223 *De invent.* 2,22,67 y *Auct. Ad Herenn.*2,19,19.

224 Lo que parece incongruente a Scherillo, o.cit. p.307 ss. porque en su opinión el pretor no tenía el poder de establecer normas jurídicas y sólo cuando la jurisprudencia comenzó a comentar el edicto éste se tuvo por fuente, pero no fuente de derecho consuetudinario.

vase normas jurídicas²²⁵, debido a que los efectos de un primer edicto que se reiteró llegaban a estar suficientemente comprobados²²⁶.

“Después de la fase arcaica... podría decirse con cierta aproximación que jurisprudencia y magistratura jurisdiccional fueron elementos clarificadores de la costumbre de manera muy eficaz, y que sólo excepcionalmente se advirtió la oportunidad de fijar una norma jurídica a través de una *lex* o de un plebiscito. En tal situación no se habló de costumbre como fuente de derecho; porque por un lado la concreción característica de los Romanos rehuía esta abstracción; porque, por otro lado, el elemento consuetudinario desaparecía dentro del aspecto más aparente: Jurisprudencia, pretor”²²⁷.

Para Guarino²²⁸, cuando la ley no fue suficiente los magistrados hicieron lo que no hicieron las leyes, al valorar según la equidad “en virtud de la autoridad reconocida a los precedentes”, equidad que se plasmó en el edicto como fuente estable y constante de derecho, y que podían haber abandonado, efectivamente, pues los edictos se renovaban cada año, pero no lo hicieron; y ello fue precisamente por aquellos criterios que, sin laxitud ni rigidez, representaban a la *aequitas* en la colectividad.

XII. *MORE IUDICIORUM*

Desde antiguo el ámbito del procedimiento judicial ha representado un campo especialmente conectado con el tema del derecho consuetudinario. Además, no sólo es relevante como fuente de producción del derecho, eso ya es sabido, sino también como fuente de conocimiento, de adoctrinamiento -y para que sea doctrina tiene que haber reiteración, repetición²²⁹, pues las enseñanzas lo son porque se transmiten- con lo que hoy la jurisprudencia, entendida en tal sentido, viene a ser casi la única forma de derecho consuetudinario. Se puede alegar que su formación es lenta, efectivamente, pero a veces es mucho más lenta la aparición de la ley.

En la primera parte del proceso romano, en la fase *in iure*, las actuaciones se fundamentaban en el *ius civile* u *honorarium*; en la segunda parte en la costumbre, pues la fase *apud iudicem* se regularía lógicamente por usos tradicionales tan arraigados que equivalían a las normas legislativas; era el *officium iudicis* de que habla Cicerón quien contempla la figura del juez como hombre bueno y bien preparado²³⁰.

Sostiene Kaser²³¹ que, como hoy en los países del sistema latino el concepto de fuente de derecho está vinculado a dos premisas, -una, limitarse al derecho objetivo, al ordenamiento jurídico, y otra, considerar que fuente de derecho es sólo la que proviene de un mandato estatal y esto se aplica al derecho legal en su sentido más amplio y al con-

225 Ya que el pretor sólo proponía medios procesales v. Scherillo o.cit.p.309.

226 v. Royo “Ciudad.” cit. p 161 ss. para quien el edicto perpetuo representaba al *ius gentium* codificado; el edicto del pretor supuso, para este autor, un método de creación y aplicación del *ius* muy próximo a la metodología científica, ya que en él se valoraban personalmente los edictos de los predecesores, introduciendo cambios...

227 Son palabras de Lombardi “Sul titolo.” cit. p.27 ss.

228 “La consuetudine e la legge.” cit.p.226-227.

229 V. Ernout Meillet voz *doceo*: ... “faire répéter” ... entre otros significados.

230 *De Officiis* III,10,43-44 destacado por J. De los Mozos en las reflexiones sobre las dos fases del procedimiento expuestas en el texto v.“Presupuestos formalistas del derecho romano arcaico en materia de prueba” AHDE, 51,1981 p.660.

231 “Röm. Rechtsquellen.” cit. p.10 ss.

suetudinario-, según esto la jurisprudencia de los tribunales no es fuente de derecho, en contraste con el derecho anglosajón /en donde está en retroceso por la inabarcabilidad de las sentencias de los tribunales y por haber probablemente contribuido a perpetuar principios jurídicos falsos u obsoletos/ y tampoco es fuente de derecho la ciencia jurídica. Sin embargo entre nosotros, continúa este autor, la jurisprudencia de los tribunales consolidada está tomando auge debido a la distancia de los códigos civiles y a los progresos de la economía, y las nuevas necesidades... ya Rabel, recuerda, años atrás decía que la diferencia entre el *stare decisis* y nuestro sistema había que buscarla con lupa. Así saca la conclusión Kaser de que el concepto moderno de fuente de derecho limitado al derecho objetivo es fruto de la -moderna- división de poderes y del carácter estatal del derecho. De los Mozos reconoce²³² que el juez está sometido al derecho oficial pero también a la costumbre (y tendría que interpretar sentencias precedentes aunque no estuviera vinculado por ellas) procurando encontrar los principios morales cuya aplicación le encomendaba el derecho; que el juez fuera libre no quiere decir que no estuviera limitado por el carácter público de su función y por la presión social, aunque la sanción para el juez que sentenciaba mal era moral y se declaraba nulo el juicio (claro que en casos graves sí que respondía, ello por haber jurado²³³), lo que refuerza la independencia del juez; en cuanto a las sentencias precedentes, continúa De los Mozos²³⁴, en los textos no jurídicos aparecen como parte del derecho, “son textos de teoría retórica dirigidos a los abogados que indican las sentencias como los lugares de donde se pueden sacar argumentos ... pero estos textos no demuestran lo más importante, la existencia de un principio de *stare decisis* que habría obligado al juez romano a fundar su decisión sobre los precedentes”; el principio *stare decisis* fué imposible en Roma por la división del proceso en dos fases; y, si los precedentes no obligaban al juez, se plantea este autor si le obligaban las interpretaciones de los juristas; pues tampoco, ya que -recuerda- los casos expuestos en el Digesto no son casos verdaderos con su solución, sino reflexiones teóricas sobre hipótesis abstractas, en realidad una ciencia que como tal no obliga al juez; es verdad que entre las resoluciones más reconocidas se llegó a formar el *ius receptum*, un derecho consolidado, pero admite el profesor de los Mozos con Kaser que no es constante este *ius receptum* porque los juristas podían cambiar de opinión. Que no fuera constante no quiere decir que no existiera.

Como dice Jolowicz²³⁵ el juez podía elegir la costumbre que estuviera a favor de la razón, y rechazar aquellas irrazonables (eran menos escépticos que hoy en día sobre la objetividad de la razón, en su opinión) y recuerda las palabras de Glück, según el cual cien años de equivocación no hacen una hora buena., pero podía darse el caso de que el juez desconociera la existencia de la costumbre alegada. Entonces en cuanto a la prueba de la costumbre²³⁶ el Derecho Romano no tenía especiales reglas, sería suficiente el simple trabajo de los magistrados de encontrar que la práctica había existido²³⁷. Para

232 “La Conscience du Juge.” cit. p.49 ss.

233 Los antiguos jueces debían jurar, C.3,1,14; Cic. De off. 3,10,43-44.

234 “La Conscience du Juge”, cit. p.63 ss. y se refiere a Cicerón *De invent.*2,32,68; *De leg.*1,16,43; *Top.*5,28; *Auct. Ad Herenn.* 2,12,19.

235 “Roman Foundations.” cit. p.33 ss.

236 C.8,52,1; D.22,5,3,6;

237 Aunque más adelante, como reconoce Jolowicz o.cit. p.33 ss., en la Edad Media, sobre el cambio de concepción sobre la evidencia de la prueba y la importancia creciente de la costumbre, esta actitud no pudo sobrevivir; además por un lado los glosadores eran de la idea de que la costumbre debía de ser probada por la parte que la alegaba, y por otro no se requería prueba de lo que era notorio; cuando la costumbre era notoria el juez tenía libertad de elegir, pero si no, en Francia, por ej. debía de ser alegada “par tourbe” (conocida por diez personas); en cuanto a la cuestión *iura novit curia* piensa acertadamente este autor que es imposible que el juez conozca todas las costumbres; y ocurre que los tribunales tienen que decidir casos donde no hay costumbre preexistente, con lo que el decurso de decisiones hará de ellas mismas la fuente de una regla de derecho; esto es diferente de la costumbre popular, señala este autor, aunque con el tiempo inducirá a una

Savigny²³⁸ el principio de que la costumbre deba ser, como simple hecho, probada por el que la invoca era completamente extraño al Derecho Romano; si alegada una costumbre el juez no la conoce, inquirirá, como hizo Justiniano en el ejemplo que ofrece Savigny (se solicitó a Justiniano una nueva ley sobre el *foenus nauticum* o préstamo a la gruesa, pues bien, Justiniano encargó a un funcionario público hacer una investigación sobre las reglas seguidas por los comerciantes bajo fe de juramento, y confirmó la costumbre²³⁹) y si el juez conocía la costumbre alegada, la aplicará como una ley; aunque fuera *non scriptum*, la costumbre era considerada *ius*, y los derechos no se probaban.

Según la teoría tradicional²⁴⁰, al considerar la costumbre como un hecho se impondrá a las partes la carga de la prueba; por el contrario, la Escuela Histórica, atendiendo a que la costumbre es una fuente de derecho equivalente a la ley, preconiza el principio de su aplicación de oficio por el juez., pero ni unos ni otros tienen razón: ni la costumbre es un hecho jurídico cualquiera, ya que produce una norma de derecho, ni tampoco hay que equipararla en todo a la ley; la ley se concreta en un acto solo que se hace notorio por la publicación, la costumbre en cambio es un uso lentamente formado y la norma que surge de él no está tan clara y neta que no pueda dar lugar a equívocos; es imposible exigir al juez un conocimiento de todas las costumbres. La opinión llega a una solución intermedia: el derecho consuetudinario puede ser aplicado por el juez aunque su existencia no haya sido probada, cuando él personalmente tenga conocimiento de ella, o su realidad haya sido reconocida en otras sentencias; no se trata entonces aquí de carga de la prueba, sino de una cooperación de las partes a la actividad inquisitiva del tribunal.

El derecho consuetudinario se produce generalmente mediante el *usus fori* pero sólo cuando se dan los supuestos de la formación jurídica consuetudinaria²⁴¹, y la decisión aislada referida al caso concreto no crea derecho objetivo, ni varias sentencias que resuelvan igual casos iguales; tiene que tratarse de una jurisprudencia continua... y no cabe fijar el número de sentencias, pero el derecho consuetudinario creado por la jurisprudencia sí será derecho objetivo y en cuanto tal estará sujeto a la interpretación del juez, lo cual significa que, si bien el juez está sometido a este derecho consuetudinario, también es libre frente al mismo; claro que el juez no podrá fallar en contra del espíritu de esta jurisprudencia reiterada convertida en derecho consuetudinario. El juez no establece reglas de derecho objetivo que sean obligatorias para los demás jueces, ni siquiera para sí mismo ante casos parecidos, al contrario del *the judge-made law*, el derecho hecho por el juez, *case law* que en el mundo anglosajón ocupa el lugar del derecho consuetudinario. Pero el juez no puede prescindir a la ligera de la *communis opinio doctorum*; ésta no crea derecho tampoco a menos que el uso la eleve, porque reúna los requisitos, a la categoría derecho consuetudinario, como ocurre fácilmente en el *usus fori*.

En Roma una evolución importante tuvo que operarse para que surgiera el concepto de norma a base de la autoridad que se desprendía de las controversias judiciales, de la repetición de los pronunciamientos judiciales²⁴²; sin embargo, el conformarse a determinados usos fue sentido desde tiempos arcaicos como algo necesario por un sentimiento que manaba espontáneo de la conciencia religiosa; con lo que el *ius* será la norma forjada en gran parte en los pronunciamientos judiciales lo cual lleva a un *ius pri-*

costumbre popular, porque la gente llegará a actuar en concordancia con ello, y tendrá el requisito de la *opinio necessitatis*.

238 "Sist." I cit. p.149.

239 "Sist." I.cit. p.170 en donde cita Nov.106 *De usuris nauticis*.

240 Cfr.Castán o.cit. p.487.

241 Cfr. en cuanto sigue Ennecerus o.cit.p.156 ss.

242 v. siempre Orestano "Dal ius al fas" cit. p.257 ss.

mitivo, como instrumento del *fas*. Incluso *ius* era el lugar donde se administraba justicia... para pasar convertirse en norma hizo falta toda una evolución: de instrumento para lograr lo justo, a convertirse en lo justo.

Es criticable²⁴³ la tesis de que la costumbre necesita del juez para ser derecho; habría que saber si en el derecho consuetudinario entre particulares el juez en cada caso es libre de aplicar o no la regla consuetudinaria, o de no aplicar ninguna, o si está obligado a aplicarla; si se admite esta última posibilidad se estará reconociendo un derecho consuetudinario preexistente al reconocimiento de éste por el juez. De todos modos la *opinio iuris*, cuando se manifieste por los jueces, será una forma elevada, superior, de *opinio populi*²⁴⁴.

Así un texto de Calístrato²⁴⁵ habla del valor de la costumbre “a secas” -podría decirse-, y de la costumbre “revelada” a través de las sentencias judiciales, estableciendo que...en las ambigüedades que nacen de las leyes, debe tener fuerza de ley la costumbre o la autoridad de las cosas juzgadas perpetuamente...; es el *mos iudiciorum*²⁴⁶ que, en opinión de Jolowicz²⁴⁷, al reflejarse en los textos citados que aluden al *officium iudicis* constituyen un peligroso acercamiento al *case law* tan rigidamente prohibido por Justiniano cuando afirma que no se juzga con ejemplos, sino con leyes²⁴⁸.

XIII. CONCLUSIONES

A lo largo de toda esta exposición se ha visto que la costumbre pudo venir reconocida en un *responsum* concreto de tal o cual jurista, en una sentencia determinada, en el edicto anual de cualquier pretor..., con lo que la pobre norma consuetudinaria era elevada, ensalzada a otra categoría, a otra clase de derecho producto de la actividad de técnicos, de especialistas, convirtiéndose en algo más, haciéndose norma jurisprudencial, norma judicial, norma de derecho pretorio. Pero sucede que, cuando ese *responsum* concreto, esa sentencia determinada, ese edicto en particular -contengan o no el reconocimiento de una costumbre- a su vez se repitan, darán lugar otra vez -o *ex novo*- a un derecho consuetudinario, el constituido precisamente por las sentencias de los jueces como *opinio iudicum*, por el *responsum* del jurista como *communis opinio*, por los ritos procesales como *usus fori*, por los ritos negociales y sus cautelas impuestas por el tráfico jurídico como usos mercantiles, por el edicto traslaticio del pretor, por las notas de los censores trasladadas al nuevo censo...

Si se puede hablar entonces para la época clásica de un derecho consistente en *responsa* repetidos, en sentencias reiteradas, en edictos traslaticios, en usos normativos negociales, pero teniendo en cuenta que todos ellos indudablemente eran ya de por sí derecho antes de la repetición ¿qué es lo que ésta les aportaba?, ¿para qué servía la reiteración entonces? Pues ni más ni menos que para vincular muchas veces al juez, quien pasaría de poder elegir a no poder hacerlo.

243 Así Bobbio Enciclopedia.cit.p.435 ss.

244 Según Westrup RHD o.cit. p.18, sin dejar de reconocer -en p.16 n.5- que los juristas romanos no conocían un *ius consuetudinis* como producto de la opinión común de que era necesaria una regla social.

245 D.1,4,38 (libro I.*Quaestionum*): *Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus profisciscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.*

246 v. Lombardi “Sul titolo Quae sit.”cit. p.51 ss.

247 o.cit.p.26.

248 C.7,45,13.

O sea que se podría hablar de derecho de juristas y además de un derecho consuetudinario de juristas positivizado en la *communis opinio*; de derecho pretorio y además de un derecho consuetudinario pretorio positivizado en los edictos traslaticios; de derecho de jueces e igualmente de un derecho consuetudinario de jueces, positivizado en las sentencias reiteradas...

Pues bien, todos estos derechos, al reconocer y acoger cada uno a la costumbre, están admitiendo su recepción por parte de los demás.

¿Causa estridencias hablar entonces de un *ius ex more iudicum*, de un *ius ex more prudentium* etc.?

¿Sería ello superfluo, estaría de más, una vez remitidas las conductas espontáneas, las aplicaciones continuadas, a otras instancias normativas que, con valor *per se*, no necesitan del apoyo de la costumbre?²⁴⁹ Pues pienso que no, ya que no cabe duda de que la costumbre vendría a fortalecerlas aún más.

A la vista de lo cual, se podría hablar de diferentes clases de derecho consuetudinario:

Un derecho consuetudinario único, primero en el tiempo, aquel derecho consuetudinario que se dio en los orígenes de la sociedad, cuando el derecho no discurría por otros cauces diferentes a los *mores maiorum*. Y era derecho, era jurídica la costumbre porque no carecía del aparato de coacción, representado por la presión social del grupo, el honor, la consideración de que la conducta contraria a lo acostumbrado era reprochable.

Un segundo tipo de derecho consuetudinario en el que la norma consuetudinaria, como usos del lugar, como *consuetudo* local, coexistía junto a otras normas de derecho.

Una tercera clase de derecho consuetudinario, pero esta vez subyacente, en el que la norma consuetudinaria venía acogida en sentencias y *responsa*, formularios negociales etc., quedando diluida en instancias superiores, las cuales valían por sí mismas, por lo que no era preciso mencionar a la costumbre.

Y finalmente un derecho consuetudinario representado por el valor y la fuerza que se otorga en Roma a los *responsa* repetidos, a los edictos traslaticios y a las sentencias reiteradas (este último caso es prácticamente la sola clase de derecho consuetudinario moderno) etc., contengan o no el reconocimiento de una costumbre. Tal clase de derecho consuetudinario se fundamenta en derechos preexistentes que, no valiendo aún por sí mismos como derecho objetivo, necesitan por ello de la costumbre, la cual hará que el jurista y el juez reparen en ellos y los acojan en sus *responsa*, en sus sentencias; *responsa* y sentencias que no necesitan a su vez de la costumbre para tener valor como derecho jurisprudencial o derecho judicial. Con lo que esta última clase de derecho consuetudinario es bien válida porque posee entidad propia, como precedente, como garantía de seguridad.

Como cierre al trabajo baste un recuerdo a Modestino en D. 1,3,40: *Ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*. Así que aunque “derecho” y “costumbre” no son la misma cosa, resulta que lo que se puede decir para el derecho se puede decir también para la costumbre ¿o es que acaso la costumbre no es consentida, no la constituye la necesidad, no se fortalece cada vez que se reitera?

Ocurrió con las antiguas costumbres, con los *mores maiorum*, en el Derecho Romano lo mismo que ocurrió con éste al llevarse a cabo los códigos de derecho civil europeos. En ellos no se habla del Derecho Romano; tampoco en el Derecho Romano,

249 En este sentido Puchta o.cit. p.12; y Gordillo o.cit. p.392.

llegado un tiempo, se habló de los *mores maiorum*. Ya no hacía falta, su misión de nutrir las convicciones jurídicas y de este modo contribuir a la formación del *ius civile* en un caso, y de los derechos nacionales europeos en otro, estaba cumplida.

Si el Derecho Romano formó parte del Derecho Común europeo hasta las codificaciones, también va a estar, aunque subyacente como hoy, en el nuevo Derecho de la Unión Europea, poniendo de manifiesto una continuidad jurídico-cultural de más de dos mil años.

Por lo que al Derecho Romano le sigue quedando la tarea de servir de modelo de razonamiento jurídico; todo dependerá de la sensibilidad de los futuros juristas, sensibilidad que puede y debe despertarse ya desde la docencia.