

FÖGEN, MARIE THERES. *STORIE DI DIRITTO ROMANO. ORIGINE ED EVOLUZIONE DI UN SISTEMA SOCIALE* (Trad. ed. edizione italiana a cura di Aldo Mazzacane).

Società editrice Il Mulino. Saggi 635. (Bologna, 2005), 230 pp.

Ramón P. Rodríguez Montero

Prof. Titular de Derecho Romano. Universidade da Coruña

Sumario: I. Punto de partida. Una proposición atrayente. II. Sobre los orígenes de la República romana. Una lectura de la historia de Lucrecia y Bruto en clave romana. III. El primer capítulo de la Historia (romana) del Derecho romano. La representación de la génesis del sistema jurídico romano mediante el relato de Virginia y el decenviro Apio Claudio. IV. Vicisitudes posteriores del Derecho romano. La descripción romana de la apertura del ordenamiento jurídico a partir de la narración de Gneo Flavio y Apio Claudio el Ciego. V. Nuevos escenarios y personajes. Cicerón y otros observadores romanos del Derecho y su desarrollo. VI. Último acto. El encuentro entre el viejo Derecho y la nueva política instaurada por Augusto. VII. Epílogo e impresiones.

No son pocas las ocasiones en que por el supuesto interés del tema de que por su título se supone que se trata en una obra, por la simple curiosidad intelectual de acercarse a una materia o parte de la misma que se desconoce y a la que en dicha obra parece hacerse referencia, o bien por la necesidad de incrementar un determinado conocimiento al que presuntamente se puede acceder a través de aquella, el lector raramente ve cumplidas, si no en parte sí por lo menos en medida mínima, sus justas expectativas intelectuales.

Como es lógico, la sensación de decepción se intensifica en todos aquellos casos en los que el lector indulgente no abandona inmediatamente la lectura de esa obra que presuntamente tanto prometía, y en un ejercicio de paciencia franciscana, a veces realizado con tenacidad férrea, consigue a duras penas y con evidente esfuerzo terminarla, partiendo quizá de la ilusoria y benevolente presuposición de que, en algún momento de lo que le pudiese quedar de su contenido y antes de llegar a la última de las páginas con que se cierra el volumen, todavía podría encontrar algún elemento que le permitiese variar la opinión negativa que progresiva e irremisiblemente se ha ido formando de la misma.

Con toda razón y evidente justicia, el lector defraudado intelectualmente podrá entonces imputar al autor de la obra la no poco grave ofensa vital de haberle hecho perder definitiva e irrecuperablemente parte de su particular y siempre precioso tiempo, ya fuese el mismo de trabajo o, en su caso, de ocio.

Afortunadamente, a nuestro juicio, no es esta la valoración que cabe hacer de la obra que con el sencillo título de “*Römische Rechtsgeschichten*”, y el sugestivo subtítulo de “*Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*”, magistralmente escrita

por la Profesora de Derecho romano y civil de la Universidad de Zúrich, Marie Theres Fögen, ha sido recientemente traducida al italiano por Aldo Mazzacane en una edición publicada por la Società editrice Il Mulino, dentro de su colección de ensayos, como "Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale". A la misma dedicaremos ampliamente nuestra atención en las páginas que a continuación siguen.

La prof. Fögen estructura su obra en seis capítulos, que a su vez aparecen subdivididos en diversos subcapítulos, para los que la autora ha elegido unos llamativos títulos recurriendo de manera consciente a un lenguaje propiamente literario. Dichos títulos de por sí incitan la curiosidad del lector, predisponiéndolo a afrontar con interés la lectura de su contenido, dentro del cual se intercalan diversas imágenes e ilustraciones a las que en ocasiones se le remite, y que sirven a la historiadora para apoyar o ayudar a comprender mejor y de forma más eficaz algunas de las ideas y razonamientos expresados en el volumen.

Por lo demás, el libro se completa con un apéndice de referencias bibliográficas relativas a las fuentes literarias y jurídicas mencionadas en el texto, al que también se añade un índice muy completo y variado de literatura crítica especializada, no exclusivamente jurídica, que posibilita al lector interesado profundizar en cualquiera de los diversos aspectos del contenido que conforma la obra.

I. PUNTO DE PARTIDA. UNA PROPOSICIÓN ATRAYENTE.

Con el ilustrativo y sugerente título "La antigüedad no nos conoce" comienza el primero de los capítulos que da inicio a la obra, en el que la prof. Fögen explicita la intención que motiva su ensayo e indica la hipótesis de trabajo que pretende desarrollar en el mismo.

Utilizando un símil muy expresivo, la autora compara los textos antiguos con las piedras de un edificio, también antiguo y en ruinas, que se pretende restaurar, indicando al respecto que, al llevar a cabo su trabajo de restauración, la historiografía moderna ha operado intentando establecer a través de la denominada crítica de las fuentes un orden, escribiendo una historia racional, lineal y consecuente, que, en su opinión, resulta menos complicada que la presentada en sus textos por los autores griegos y romanos, como por ejemplo ocurre en todas aquellas fuentes en las que se contienen narraciones relativas a historias de Roma realizadas, entre otros, por Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso, Diodoro Sículo o Cicerón.

Al contenido de dichas narraciones, que a primera vista se presentan como un cúmulo de informaciones y de fantasías acrecentadas espontáneamente y no sin contradicciones, es al que la prof. Fögen dedica a lo largo de su ensayo la atención, pero desde otra perspectiva radicalmente distinta de la tradicional. Y ello por entender que los historiadores modernos, con su labor de selección y ordenación de los textos, utilizando la crítica de las fuentes, han establecido una disposición totalmente artificial, alterando al realizar esa tarea, desde su propia visión presente de la Historia, la que realmente tuvieron y transmitieron en su tiempo a sus coetáneos los antiguos escritores romanos.

Una disposición artificial que la autora, recurriendo nuevamente a un símil, compara con la que el artista Raffael Rheinsberg realiza en su instalación artística titulada "Die Antike kennt uns nicht", presentada en la Nationalgalerie de Berlín en el año 1999 dentro de la muestra "Das XX Jahrhundert. Ein Jahrhundert Kunst in Deutschland". En ella el artista distribuye ordenados sobre un espacio, en un campo rectangular, más de cien fragmentos de piedra de distintos colores y algunos numerados, que recuerdan a antiguos sarcófagos o sepulcros y que aparecen alineados en fila, dispuestos en ángulo recto entre ellos,

transmitiendo al observador de la composición una rígida disciplina, al igual que una parada militar. Disposición que lo es artificial tanto en su conjunto –parangonable en sensaciones visuales a la que proporciona una columna de soldados en marcha o formación de parada-, como en las individualidades que componen la obra –piedras que, aun pareciendo antiguas, en realidad no lo son, por tratarse de modernos productos industriales-.

Partiendo de la circunstancia de que los textos antiguos y su mensaje no fueron escritos para nosotros sino para los propios antiguos, que evidentemente ni conocían nuestras propias exigencias ni nuestra particular visión de la Historia, la prof. Fögen propone restablecer a través de su obra el que considera como orden original de aquellos, intentando liberarlos de la que califica como “tiranía de una discriminación que la historiografía de los últimos siglos ha ejercitado sobre ellos, y en amplia medida todavía ejercita”, y que concreta en la “distinción entre hechos y ficciones”, entre lo “auténticamente histórico” y lo meramente “poético”, invitando a los que se atienen a la misma a olvidarla por entender que, en el fondo, no se trata de demostrar la verdad de unos hechos o de rechazarlos sin más como falsos, sino en algo más.

Las razones que según la autora justifican esta invitación al olvido se encuentran en la circunstancia de que, en su opinión, cuando se dice que el Derecho romano ha gozado a partir de la Ley de las doce Tablas de un desarrollo lento, gradual, lineal y continuo, sin sorpresas ni sobresaltos, o que, como afirma Schulz en su clásica e imprescindible Historia de la Jurisprudencia romana, “en la historia de la ciencia jurídica romana no han tenido lugar eventos sensacionales”, no se responde a la verdad.

En opinión de la prof. Fögen tales planteamientos son engañosos, puesto que con los mismos se oculta lo contingente en los eventos históricos, es decir, lo que habría podido suceder de forma completamente diferente a lo que en realidad sucedió.

A su entender, cuando se pregunta el por qué ha sucedido algo, por qué se ha pasado de un estado determinado a otro distinto, resulta indiferente el ritmo –que se haya alcanzado ese estado posterior de forma rápida o lenta-; lo realmente importante es el movimiento en cuanto tal y su dirección, el cuándo, cómo y por qué entre esos dos estados –anterior y posterior- han intervenido las variaciones que han hecho posible propiamente la selección reconocible en la forma presente, es decir, las condiciones que han hecho posible esa evolución.

Desde estas premisas la prof. Fögen anuncia que emprende en su obra la tarea de “(d)escribir” la historia del Derecho romano como historia de su evolución, es decir, la historia de la evolución del Derecho romano como sistema social, tomando para ello en consideración no ya el que califica como atuendo biológico-genético, la constitución psíquica e intelectual, o las actitudes y elecciones de los actores y autores del derecho romano, como por ejemplo Labeón, Ulpiano u otras personalidades, sino las comunicaciones, es decir, las “observaciones que se pueden observar”, en definitiva, sólo las “observaciones de los observadores precedentes” que contenidas en las “fuentes” condensan un sistema social.

Así entendida, la Historia del Derecho se concreta para la autora en observar con ayuda del instrumental teórico evolucionístico de variación, selección y estabilización, cuáles fueron las condiciones de posibilidad por las que el Derecho romano llega a ser tal y como lo conocemos en las situaciones históricas y contemporáneas. Y ello sólo resulta factible a partir de las descripciones realizadas por los propios romanos, que, como por ejemplo Livio, desde sus escritos nos refieren los eventos y las circunstancias en que el sistema jurídico romano encontró su origen, por las que el mismo se modificó, y en base a las que aquél se desarrolló, en ningún caso de forma obvia y consecuente, nunca a pasos lentos y graduales, sino, más bien e incontestablemente, según la prof. Fögen y en atención a las narraciones contenidas en los textos, a saltos, en historias sorprendentes y plenas de sorpresas.

La autora del ensayo propone, en definitiva, una “atrayente posibilidad” que cifra en intentar entender cómo se explicaron los romanos el *iter* seguido hasta llegar a conseguir un derecho propio tan singular, admirable y magistral como lo es el Derecho romano, invitando para alcanzar este propósito a rebelarse frente a la propuesta de lectura selectiva de los textos antiguos tradicionalmente defendida por la ciencia histórica moderna, que propugna la necesidad de “deletrear” a partir de los datos de hecho contenidos en los mismos el que considera como auténtico sentido de las historias que en ellos se transcriben, recurriendo, equivocadamente según la prof. Fögen, a la metáfora de las raíces y del crecimiento gradual, destruyendo de esta forma un material que, siendo del único de que se dispone, en opinión de la autora del ensayo, es un material en el que incontestablemente lo que se puede leer son las que califica como “sorprendentes aventuras de la evolución del derecho”.

II. SOBRE LOS ORÍGENES DE LA REPÚBLICA ROMANA. UNA LECTURA DE LA HISTORIA DE LUCRECIA Y BRUTO EN CLAVE ROMANA.

En el capítulo segundo de la obra se contiene la primera de las historias que la autora recoge y analiza desde el planteamiento expuesto.

Se trata de la historia de Lucrecia y Bruto que nos es transmitida por Dionisio de Halicarnaso en su Historia antigua de Roma (4, 64-85), en la que como es sabido se contiene una referencia a los orígenes de la República romana.

Tras justificar la elección dentro de las fuentes disponibles de la narración efectuada por Dionisio de Halicarnaso, optando por sus informaciones antes que por las de otros autores antiguos –contemporáneos al mismo, como por ejemplo es el caso de Diodoro Sículo y Tito Livio; o posteriores a aquél, como Ovidio- a consecuencia de su condición de experto conocedor de los sistemas políticos de la Antigüedad, así como por su mayor familiaridad con las doctrinas platónicas y aristotélicas de gobierno, la prof. Fögen procede a interpretar la historia transmitida intentando comprender en su esencia la motivación que Dionisio nos proporciona del tránsito del sistema político monárquico romano al republicano.

Ciertamente la historia de los orígenes de la República romana, en la que Lucrecia aparece ocupando un papel protagonista –siendo, generalmente y por el contrario, silenciado su nombre en las obras de Historia en general e Historia del Derecho romano en particular- es una historia sensacional, narrada en forma mítica y legendaria, que, según la autora del ensayo de que tratamos, como tal historia sensacional cumple una tarea fundamental: hacer plausible aquello que constituye el capítulo más arduo de una historia de la evolución, que se concreta en aclarar por qué se ha producido la variación –identificable en el caso que nos ocupa con la disolución y sustitución de la Monarquía por la República; una variación que es resuelta por Dionisio de Halicarnaso en un evento imprevisto y escandaloso-, entendiendo dicha variación como premisa necesaria y primer acto de cualquier historia de la evolución.

La muerte de Lucrecia, producida en unas circunstancias muy particulares, es el acontecimiento que sirve de exordio a Dionisio de Halicarnaso para pasar a ocuparse a continuación del cambio político operado.

Tomando la narración que del mismo efectúa el historiador antiguo, la prof. Fögen procede a resaltar diversos extremos que se contienen en aquella y que considera claves para poder interpretarla correctamente.

Así, la autora del ensayo destaca entre otros aspectos el hecho de que Dionisio de Halicarnaso -tras ilustrar el completo espectro de posibles formas de organización política existentes en ese momento histórico, que describe y hace discutir a los romanos- conteste por boca de uno de los personajes de la narración -en concreto Bruto- a la pregunta formulada sobre qué nuevo sistema político sustituiría al monárquico originario, reforzando la circunstancia de que la opción elegida entre las diversas factibles -sistema político republicano- no se realizó de forma obligada -“por necesidad natural”, según sostienen algunos historiadores modernos-, sino de manera voluntaria. Es decir, que Roma opta por la República como podía haber optado por cualquier otro sistema político.

En cuanto a la cuestión referente a cómo se lleva a cabo esa opción, la prof. Fögen resalta la circunstancia de que Dionisio de Halicarnaso ralentice en su narración el desarrollo de los acontecimientos.

Según la autora del ensayo, para Dionisio, la transformación política decidida -acogida al principio temerosamente y sin júbilo, por desconocerse si dicha elección efectuada era en realidad la equivocada-, requería tiempo y tranquilidad. No podía hacerse de una manera rápida y radical, por considerar que esta forma era ajena tanto a la Historia anterior como a la más cercana a su tiempo -cabe al respecto recordar que Dionisio vivió y enseñó en la segunda mitad del siglo I a.C.-, época esta en la que, como es sabido, Augusto había emprendido sin perurbaciones y con éxito el camino inverso de la República al Principado.

Dado que la Monarquía debía ser sólo “modificada” y no “perturbada”, estableciéndose la República sin rupturas ni revoluciones -el concepto de revolución, recuerda la autora, se presenta como una solución moderna, ajena a los romanos en su significado y significado-, la siguiente pregunta que surge, y a la que Dionisio da respuesta en su narración, es la relativa al modo utilizable para, desde las coordenadas indicadas, establecer ese nuevo orden.

En cuanto a la misma, la prof. Fögen destaca el interés de Dionisio por respetar la más estricta legalidad, el *nomos* y la tradición.

En este sentido, según la autora del ensayo, Dionisio entiende que el fundamento más aceptable para alcanzar la nueva forma de gobierno es el voto del pueblo romano; un voto popular ordenado y no revolucionario que únicamente puede ser solicitado si un magistrado convoca al pueblo “en razón de su propio oficio”.

Dicha tarea se atribuye en la narración a otro de los personajes, Bruto, que, por su condición de *tribunus celerum* -magistrado auxiliar del *rex* en la organización política de la Monarquía romana, encargado del mando de la caballería-, tendría el derecho de convocar a la Asamblea popular y nombrar un *interrex*.

Precisamente será la figura del *interrex* la que, en opinión de la prof. Fögen, elimine en el relato de Dionisio de Halicarnaso el que califica como “molesto dilema del nacimiento del nuevo estado”, que se concreta en la necesidad de tener que optar o bien por suponer que dicho nuevo sistema ha surgido de la nada -lo cual resultaría imposible de creer-, o en su caso de la mera fuerza - lo que sería inaceptable-.

Según la autora, el *interrex* -en la narración de Dionisio es Lucrecio, el padre de Lucrecia- sirve para poner de manifiesto que ya en el antiguo orden precedente, anterior al instaurado, existía un “meta ordenamiento” capaz de ofrecer soluciones a situaciones tan graves como la planteada. En el mismo se contiene una figura que resuelve el problema de vacío surgido: situándose entre dos situaciones políticas distintas -sistema monárquico y sistema republicano- el *interrex* sirve para unirlas, para engarzarlas.

En opinión de la prof. Fögen, esta “apasionada” propensión de los historiadores antiguos tendente a la tranquilizadora continuidad resulta particularmente apreciable en

la narración que Dionisio realiza de los orígenes de la República romana, presentándola en su estructura política fundamental como un simple cambio en el nombre del cargo máximo – de *rex* a *consul*- con su consiguiente desdoblamiento –un recurso al que se volverá a acudir en la Historia romana más adelante-.

Corolarios de la citada continuidad, como evidente peso del pasado y de la tradición, lo serán la conservación del antiguo término de *rex*, así como la de las antiguas *leges regiae*.

Dionisio y Livio –el último en su exposición de la Historia romana *Ab urbe condita*- se hacen eco de esta circunstancia, describiendo en opinión de la prof. Fögen con “lúcida brevedad” el tránsito de la conservación de la tradición al desapego de la misma.

Así, tras elegir un *rex sacrificulus* –“por sagrada costumbre” dice Dionisio hablando del *rex sacrorum*; “para que no se sintiese del todo la falta de los reyes”, según Livio-, conservando la antigua denominación se procede a alterar la función desempeñada por la figura inicial. El *rex* se asocia entonces a *religio*, produciéndose de esta forma precozmente la separación entre política –a la que a continuación se hará inmanente el derecho- y religión, estableciéndose, por una parte, para la religión, un cargo supremo, privado de funciones políticas, e instituyéndose, por otra, junto al citado cargo, otros dos cargos políticos laicos –los cónsules-, surgidos a partir del desdoblamiento de la figura del antiguo *rex* romano.

Aún a pesar de seguir teniendo en cuenta la voluntad de los dioses también dentro del ámbito político republicano, recurriendo a los mismos por mediación de los *haruspices* cuando resultaba necesario tomar decisiones políticas en situaciones de grave incerteza, no se producirá durante dicha época –como por el contrario sí ocurrirá en otras sociedades antiguas, y desde el Medioevo europeo hasta la Edad Moderna- un acoplamiento del poder terreno al divino. El razonamiento sobre el origen divino del poder político sólo se inició en Roma cautamente en el Principado de Augusto, reforzándose más tarde a consecuencia de la creciente cristianización del Imperio.

Por lo que se refiere a las *leges regiae*, en las que, como es sabido, se contenían fundamentalmente prescripciones para el culto y preceptos sacros, su promulgación será calificada por la mayor parte de los antiguos escritores romanos –Livio y Dionisio entre otros- como un evento positivo, perdurando en el tiempo, al igual que el título de *rex*, como una herencia del pasado, que se conservará como un tesoro de citas para el ordenamiento religioso.

Sin embargo, para los juristas, como destaca la prof. Fögen, la existencia de estas leyes monárquicas en la época republicana, aunque modesta, resultó incómoda. Por ello, según se aprecia en Pomponio, los propios juristas romanos, necesitando disponer de libertad en su camino para poder confeccionar un nuevo derecho, decidieron dar a las *leges regiae* el golpe de gracia, haciendo tabla rasa y señalando un punto inicial en la historia del Derecho romano, que sería posteriormente destacado como un derecho republicano, laico, profesional y civil.

Seguidamente, tras proponer la sustitución en las narraciones de Dionisio y Livio del nombre de Lucrecia por el término *res publica* –con el que los romanos, según nos recuerda, designaron a su “Estado”, ya fuese monárquico o republicano-, la autora del ensayo procede a resumir de forma casi completa la leyenda de la fundación de la República romana en el que considera como el sentido más apropiado posible con que los antiguos pretendieron transmitirla.

Manifestando sus dudas respecto a la correcta comprensión de la narración, la prof. Fögen resume el relato en los que, a su entender, serían los siguientes términos: “Según la experiencia humana todo habría quedado como estaba. El cambio es inver-

símil. Sólo un escándalo provoca la concitación y la atención correspondiente, sacude el mundo y sacude a los romanos. La consecuencia es que (casi) todo resulta posible. Nada se puede decidir y ninguna selección justificar. La vía de escape de una situación abierta se encuentra en cambiar los nombres y desdoblar la antigua estructura. El dato existente, el rey, aparece desdoblado: dos cónsules. Antes existía todavía la realidad simple de un sistema político con un soberano. La duplicación hace aparecer la realidad por segunda vez, como *nueva realidad política organizada* con dos soberanos. El poder, que se encontraba todavía en un estado casi natural, se transforma en un poder planificado por los hombres, plasmado, estructurado y legitimado. La muerte de Lucrecia es el dispositivo de arranque de la variación y el símbolo fuerte de la separación de un pasado impuro”.

A la que presenta como su particular interpretación de la narración, formulada desde los postulados de la teoría de los sistemas de la evolución, la autora del ensayo añade otras diversas y curiosas visiones de la leyenda aportadas desde las artes figurativas por algunos pintores cuyos trabajos – de los que con acierto intercala varias reproducciones entre el texto- se enmarcan entre los siglos XV y XVIII.

Así, desde la que califica como “mirada curiosa más allá del muro”, y sin pretensiones de intentar analizar las obras pictóricas según la “ley del arte”, la prof. Fögen intenta encontrar en ellas una amplia contribución interpretativa histórica que compense la carencia de las escasamente ofrecidas por la historiografía.

Tras realizar un interesante e instructivo recorrido por obras de autores como Sandro Botticelli –“Ataúd nupcial” (1490 aprox.), Gardner Museum (Boston)-, Ambrosius Holbein –“Lucrecia” (1516), Abadía de St. Georgen (Stein am Rhein)-, Lorenzo Lotto –“Lucrecia” (1533 aprox.), National Gallery (Londres)-, Hendrik Goltzius –“Lucretia”, grabado (1578 aprox.)-, Marco Antonio Raimondi –“Lucrecia”, grabado de una pintura de Rafael (1508-1511), Bibliothèque National (París)-, Lucas Cranach el Viejo –“Lucrecia” (1532), Gemäldegalerie der Akademie der bildenden Künste (Viena)-, o Rembrandt –“Lucrecia” (1666), Institute of Arts (Minneapolis)- la prof. Fögen llega a la conclusión de que, frente a lo que ocurre en el Renacimiento –en el que, como se puede apreciar a través del cuadro de Botticelli, las secuencias de la historia trazadas por Livio y Dionisio se mantienen, fluyendo de forma vistosa el genuino mensaje político contenido en sus narraciones, aun atenuándose en pequeña medida el papel preeminente que Lucrecia ocupa en aquellas-, los grandes Maestros del siglo XVI han seccionado definitivamente la narración de la Antigüedad, olvidándose del acontecimiento histórico y político, y dedicándose con pasión a un único aspecto distinto y separado de los mismos, identificable con la belleza y el erotismo de Lucrecia.

Según la autora del ensayo, con su interpretación antes estética que histórica, cuando el arte abandona en el siglo XVI la historia antigua –“la historia del arte, que no era y no es el arte de la Historia”- se pone de manifiesto algo que por generalmente conocido no deja de ser importante recordar, y es precisamente que “el emisor de una comunicación pierde todo el control sobre el destino de la misma”.

En el caso que nos ocupa nos encontramos con una Lucrecia que –ante la que supuestamente sería incompreensión, si no disgusto, por parte de Dionisio y Livio- no comete más el suicidio por la pureza de la República, y que tampoco provoca más en los espectadores conmoción política, sino, simple y llanamente, excitación erótica.

Las consideraciones que sobre la interpretación de la historia de Lucrecia son realizadas por los indicados pintores se completan por la prof. Fögen con una referencia a otro cuadro de Cranach, titulado “La Justicia” –(1537), Fridart Stichting (Amsterdam)-, en el que la representación de la diosa Justicia es casi idéntica a la “Lucrecia” pintada por el mismo autor cinco años antes.

A partir de esta identidad -perfectamente apreciable en los rasgos físicos y otros adornos que acompañan a ambas figuras-, la autora del ensayo se formula diversas preguntas, que traslada al lector, sobre el que parece presunto paralelo establecido por el artista entre Lucrecia y la Justicia, presentándolas como dos caras de una misma moneda, en principio idénticas, pero, paradójicamente y al mismo tiempo, distintas, que desde la unidad permiten descubrir la diferencia: ¿ha pretendido Cranach ilustrar lo que los romanos han narrado, referido a que de la muerte injusta de Lucrecia surge la Justicia?; ¿que del suicidio de la *res publica* impura nace la *res publica* luminosa, estimulante y amenazante a la vez, al empuñar la espada?; ¿que una no puede darse sin la otra?.

Finalmente, el primer capítulo del ensayo que nos ocupa se cierra por la prof. Fögen con diversas apreciaciones sobre el epílogo que completa las narraciones de Livio y Dionisio relativas a la historia romana del origen de la República.

En opinión de la autora del ensayo, la tragedia contenida en la parte final de dichas narraciones, en la cual intervienen exclusivamente hombres –condena a muerte por parte de Bruto (cónsul y padre) a dos de sus hijos, que son ejecutados por haber formado parte de una conjura (tramada en el mismo año 509 ó 508 a.C.) tendente a restaurar la Monarquía-, sirve para poner de manifiesto ante una situación comprometida –identificable con la complicada elección para Bruto entre deber y amor paterno, entre ley y sentimientos paternos- la estabilidad y el correcto funcionamiento de un sistema político como el republicano, recién instaurado, que no es paternalista –como demuestra la decisión “*contra natura*” de Bruto; una decisión violenta, pero conforme a la ley-, ni hereditario, sino “igualitario” y “fraterno”, y en el que, según Livio, el imperio de la ley debe ser más fuerte que el mero poder de los hombres.

III. EL PRIMER CAPÍTULO DE LA HISTORIA (ROMANA) DEL DERECHO ROMANO. LA REPRESENTACIÓN DE LA GÉNESIS DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANO MEDIANTE EL RELATO DE VIRGINIA Y EL DECENVIRO APIO CLAUDIO.

La expiación de un pasado impuro, primero; la fundación sin mancha de la República, después; y, finalmente, la primera batalla victoriosa contra el intento de revisar la decisión política tomada, concatenados sucesivamente, darán lugar a la apertura del que la prof. Fögen califica como primer capítulo de la historia del Derecho romano, al que la autora dedica su atención en el tercero de los seis en que se estructura su ensayo.

Dicho capítulo se inicia con una referencia a la narración que de la historia de Virginia (año 449 a.C.) nos proporciona Tito Livio en su Historia de Roma *Ab urbe condita* (3. 44-48).

Antes de proceder a su análisis, la autora del ensayo justifica la elección del papel de Livio como narrador, frente a Dionisio de Halicarnaso o Diodoro Sículo –que también narran la historia de Virginia como patrimonio consolidado del acervo de tradiciones romanas, pero a los que sólo recurre ocasionalmente en algunas partes del capítulo- por el carácter esencialmente jurídico de lo tratado y por estar el citado Livio mucho más familiarizado con la terminología técnica del Derecho de Roma que Dionisio y Diodoro.

El enorme horror que produce a Livio no sólo el final despiadado de una virgen irreprochable como Virginia, la protagonista de la narración, sino sobre todo la impaciente infracción del derecho cometida por un juez romano –Apio Claudio en la historia-, que infringe un precepto contenido en una ley que ha sido promulgada por él

mismo –recogido en la Ley de las doce Tablas; precepto éste del que nos dará cuenta con indignación en referencia al episodio de Virginia, dos siglos después de Livio, también el jurista Pomponio en D. 1.2.2.24- proporciona a la prof. Fögen un motivo para, antes de referirse a Virginia y su destino, realizar una serie de indicaciones respecto a diversas cuestiones relativas a la mencionada Ley de las doce Tablas, de la que recalca su importancia al presentarse como el punto de partida o fundamento de toda la historia del derecho romano.

En primer lugar la autora procede a señalar en un epígrafe de su ensayo -que significativamente titula “Una historia romana”- el modo en que los antiguos romanos, Livio, Diodoro y Dionisio, nos transmiten la información correspondiente al proceso de formación de las doce Tablas, intentando explicar cómo las mismas alcanzaron y conservaron durante muchos siglos su fama extraordinaria.

A la que la prof. Fögen califica como “Historia romana” contraponen, a continuación, la que en el siguiente epígrafe de su libro denomina “Historia romanística”, en referencia a la visión que tradicionalmente han venido aportando los historiadores modernos sobre algunos aspectos de las doce Tablas y las vicisitudes sufridas por la mencionada Ley a lo largo del tiempo.

La autora comienza destacando el convencimiento por parte de la historiografía moderna de que los romanos no supiesen nada de su historia arcaica. Con tal motivo y ante las dudas suscitadas, los historiadores modernos se han dedicado a discutir y cuestionar, por considerarlos increíbles y legendarios, muchos de los datos transmitidos en las narraciones que Livio, Diodoro y Dionisio realizaron sobre la historia de Virginia, Apio Claudio y las doce Tablas.

Una historia que, acudiendo a la distinción entre lo “auténticamente histórico” y lo “completamente poético”, ha sido eliminada de sus obras y estudios por la historiografía moderna, pero de la que, en opinión de la prof. Fögen, paradójicamente se ha venido salvando un dato que se considera por los historiadores modernos como “auténticamente histórico”: las doce Tablas fueron redactadas realmente, y ello sucedió a mediados del siglo V a.C.

Para defender este dato, demostrando la “autenticidad” de las doce Tablas y sus trayéndolas a la criba de textos, realizada fundamentalmente a partir de la crítica de las fuentes, se llevaron a cabo numerosos y sorprendentes estudios –arqueológicos, filológicos, comparatísticos- durante los siglos XIX y XX, transformando, según la autora del ensayo, el desordenado jardín arqueológico disponible en un moderno y ordenado campo de Rheinsberg, dando a su vez lugar a nuevas historias y valoraciones de las mismas, y concediendo hasta nuestros días a la Ley, entre otras consideraciones, la de “Carta Magna” de la moderna historia del Derecho romano.

Una consideración –la de las doce Tablas como Ley fundamental- que no sólo le otorgan los romanistas modernos, sino que, como es sabido, también le concedieron los propios romanos, como por ejemplo atestigua Cicerón (*De Oratore* I. 43-44; *De legibus* 2, 23, 59).

Precisamente a partir de la paradójica configuración de la Ley de las doce Tablas como un “texto virtual” –“virtualidad” entendida en sentido físico, material-, la prof. Fögen vuelve a establecer nuevamente un sintomático paralelismo entre romanos y romanistas.

Así, en relación a los romanos, la autora del ensayo señala que, a pesar de que ninguno atestigua haber visto las Tablas –respecto de las que nos recuerda que ni siquiera existió acuerdo en cuanto al material en que la norma presuntamente se encontraba contenida: madera, bronce, marfil o piedra-, significativamente preparadas sesenta años

tras la fundación de la República y supuestamente desaparecidas de forma misteriosa también otros sesenta años después del incendio de los Galos, muchos romanos, juristas y no juristas, sin embargo, afirman su existencia, dándonos cuenta -por separado y con desconocimiento recíproco de sus informaciones- de sus disposiciones, refiriéndonos incluso algunos de sus preceptos, que habían memorizado y que volvieron a poner por escrito, citándolos ya desde el siglo I a.C.

Por lo que se refiere a los romanistas, la prof. Fögen nos recuerda que, desde la inexistencia de cualquier sílaba original del texto de las doce Tablas y simplemente en base a la veneración profesada al texto tanto por los juristas como por los literatos romanos, a partir de Hotman (1564) y Godofredo (1616), más adelante Dirksen (1824), Schoell (1861/1866), o recientemente Voigt (1883) –a cuyas obras también se refiere la autora en cuanto a la cuestión que nos ocupa en su ensayo-, diversos estudiosos se han venido esforzando en intentar reconstruir dicho texto. Un texto lejano, que ya al tiempo de la República romana era virtual, y al que según la prof. Fögen la investigación moderna ha procedido a “codificar” y “canonizar”.

Sin embargo, en opinión de la autora del ensayo, en esta forma de proceder resulta apreciable una evidente contradicción, puesto que, a su entender, la historiografía política y jurídica moderna, sin excepciones, repudiando la historia del proceso de Virginia por entenderla como un mero fruto de la fantasía, ha procedido, por ejemplo, a reconstruir el texto de la Tabla VI,6 –en el que, según los autores se aludiría al proceso sobre la condición de libre o esclava de una persona- a partir de la narración que de dicho proceso sobre la condición de Virginia realiza Livio en su obra, “canonizando” de esta forma lo que anteriormente había sido rechazado.

Por tanto, para la prof. Fögen, de la confrontación entre la historia romana con la historia romanística de las doce Tablas se puede extraer la conclusión de que la romanística moderna ha destilado de la original una historia crítica clara, que posteriormente ha engalanado con las nuevas maravillas y los mitos de la “responsabilidad humana”, y del “carácter romano”; sin creerse casi nada de lo que narran los antiguos, paralelamente ha custodiado, al igual que ellos, la firmeza en la fe de que en el año 450 a.C. las Tablas se encontrasen realmente expuestas en el Foro.

Todo ello, en opinión de la autora del ensayo, justifica la necesidad de volver a acudir a la historia romana de las doce Tablas de la que nos dan cuenta a través de la memoria en sus escritos los antiguos romanos, antes que a la narración árida que nos proporcionan los romanistas.

En el inicio de la narración de Livio, a la que retorna la prof. Fögen con la finalidad de proceder a su análisis, se encuentran las duras luchas entre patricios y plebeyos, que son resueltas con una codificación del derecho según el ejemplo griego.

Estas huellas de la influencia griega, del contacto de los romanos con los griegos, que forman parte con variaciones de todos los relatos romanos sobre las doce Tablas, conducen a la autora a establecer una identidad entre el contexto en que se forjó la señalada historia de la Ley de las doce Tablas y el de la legislación de Solón (siglo VI a.C.), llegando a la conclusión de que Livio, al escribir su historia del Derecho romano, toma en préstamo un pasado ajeno, del que obtiene un derecho importado del exterior y no originario de Roma.

Preguntándose sobre el por qué de este peculiar modo de actuación, la prof. Fögen estima que la hipotética respuesta quizá pudiese encontrarse en la circunstancia de que Livio en realidad desconocía la antigua historia romana así como el propio origen del Derecho romano, por lo que para explicarlo, localizándolo inicialmente en las doce Tablas, recurrió a la cercana cultura griega, comprendiéndose de esta forma la referencia que a la embajada a Grecia y la importación del derecho realiza en su narración.

La autora del ensayo también intenta a continuación buscar una explicación al hecho de que tanto Livio como Dionisio decidieran elegir el bronce como soporte físico sobre el que se realiza la primera disposición del Derecho romano por escrito.

Siendo improbable su utilización en el siglo V a.C., en el que los materiales que solían emplearse para contener la escritura fueron la piedra, o tablas de madera encerradas o blanqueadas, la prof. Fögen estima que Livio y Dionisio eligieron el bronce, frente a los anteriores materiales, por tratarse del más seguro y estable –las tablas de bronce podían extraviarse, pero no romperse o destruirse-, que garantizaba la autenticidad de su contenido –las incisiones realizadas en bronce no se podían falsificar o eliminar; ni tampoco introducir añadiduras a aquellas- y otorgaba cuerpo a la existencia misma del derecho.

Junto al soporte material al que se alude en las narraciones romanas, la prof. Fögen también se refiere en su ensayo al inmaterial, identificable en este caso con la memoria de que Cicerón nos habla en sus escritos.

Según la autora, los romanos dejaron que se perdiesen sus Tablas, pero dicha pérdida no supuso un desastre, puesto que en su lugar se colocó la memoria, sobre la que se fijó el texto, haciéndose este transportable y legible por cualquiera, tanto en Roma como fuera de Roma, contemporáneamente o no, por todos los portadores de la memoria.

La historiografía romana, en opinión de la prof. Fögen, hizo bien en hacer desaparecer las Tablas, no solamente porque nadie podía testimoniar haberlas visto, sino, sobre todo, para que muchos ciudadanos, y también muchos juristas, pudiesen a lo largo de los siglos, sin que se perdiesen o dañasen, llevar copias de las mismas en su memoria, citar el texto, volverlo a escribir, comentarlo e interpretarlo, sin tener que acudir al Foro romano, o transportarlo materialmente.

Otro de los detalles de la narración que sobre la Ley de las doce Tablas nos proporcionan los antiguos romanos en que detiene su atención la prof. Fögen es el del carácter escrito del primigenio Derecho romano.

En cuanto a las razones por las que los romanos optaron por colocar la escritura en el inicio de su derecho, la autora señala que, frente a la oralidad –la duración en el tiempo, el mantenimiento estable del derecho transmitido oralmente es el ritual repetido de manera inmutable-, la escritura, además de fijar de forma unívoca el derecho, presenta la ventaja de no circunscribirse a tiempos y lugares determinados, pudiendo el texto escrito ser leído por distintas personas en momentos temporales y lugares distintos y distantes.

Según la prof. Fögen, esta posibilidad que ofrece la escritura da lugar a que se produzca una consecuencia desconocida al rito, que se concreta en la aparición de una nueva distinción entre texto invariado/invariable, por una parte, y sentido/interpretación, por otra; por el contrario, en el rito, en el derecho oral, “texto” y “significado” se encuentran presentes en el mismo acto, son un todo único.

El texto fijado con signos unívocos mediante la escritura obliga en opinión de la autora a una nueva comprensión del mismo cada vez que se repite su lectura, dando lugar al trabajo de la hermenéutica, ocupada de realizar la búsqueda y determinación de su sentido. De esta manera, del texto original surgen nuevos textos, haciéndose necesario establecer los mecanismos oportunos –vinculación a la letra, rígidas prescripciones de forma- para controlar dicho proceso.

Paradójicamente, como destaca la prof. Fögen, las finalidades de claridad, precisión y “certeza del derecho” que se persiguen con los textos escritos albergan justamente las expectativas contrarias, puesto que inevitablemente provocan una diferencia entre texto e interpretación, entre letra y espíritu de la ley, entre interpretación auténtica

ca y secundaria, entre opiniones dominantes y subordinadas; algo de lo que agudamente ya se dio cuenta en su momento Pomponio –según señala en D. 1.2.2.5-, y que también recogieron otros juristas romanos al establecer una distinción, por ejemplo, entre *videtur* (se cree) y *constat* (se tiene por cierto), o entre *verum* (es verdad, es cierto) y *verius* (pero es más cierto), lo que resulta impensable en las culturas de tradición oral.

A través de la interpretación, mediante la que se abre un amplio horizonte, y que cada vez se hace más compleja, se produce la complejidad del texto, pero el propio texto debe a la vez mantenerse estable, siendo esta la tarea desarrollada en opinión de la autora por la jurisprudencia romana, el arte que han ejercitado los juristas al trabajar durante siglos con el mismo texto legislativo y, al mismo tiempo, ampliarlo con miles de interpretaciones de las que surgían nuevos textos que no necesitaban la dignidad de leyes.

Para la prof. Fögen no solamente el texto escrito y la diferencia establecida entre la letra y sentido –interpretación- del mismo fueron los elementos que permitieron la bimilenaria evolución del Derecho romano. También la vinculación a un texto y la contemporánea discusión de otros razonamientos no jurídicos fueron los que especialmente pusieron en marcha esa evolución.

En este sentido, la autora destaca, frente a lo que ocurre en otros pueblos de la Antigüedad como por ejemplo el hebreo, la ausencia de dioses en la redacción de las Tablas romanas, señalando que el acto de legislar y el contenido del derecho legislado son presentados por Livio como obra exclusiva de los hombres, a partir del consenso entre patricios y plebeyos, con un sentido íntegro y sorprendentemente profano incluso para los tiempos en que escribe el propio Livio.

Al igual que los dioses, los filósofos también se encuentran en Roma –frente a los griegos, y hasta Cicerón- ausentes de la legislación, motivo este por el que no se relativizó –como en su momento hizo Platón- la ley humana bajo lo que aparece como la justa relación con un orden superior de leyes no escritas, ni se renunció a la validez y obligatoriedad exclusivas y generales del texto escrito.

No obstante lo indicado respecto a la precoz y decidida escisión entre religión y derecho, que entre otros factores confirió al último la autonomía necesaria para su desarrollo posterior, la prof. Fögen considera que la afirmación realizada en base a la misma, en el sentido de entender que los romanos –Livio y sus contemporáneos- fueron los inventores de un derecho positivo no necesitado de una consagración más alta, o, con otras palabras, que aquellos fueron, en definitiva, los inventores de la positividad del derecho, es aventurada y errónea, puesto que la idea de que el derecho no encuentra necesidad de legitimación nada más que en su confección por parte de los hombres no tendrá lugar antes del siglo XIX, e incluso después de dicho siglo no se presenta como incontestada.

Según la autora del ensayo, también en la narración sobre las doce Tablas de Livio se encuentra presente un ordenamiento superior, en este caso escondido en los detalles.

A determinados detalles numéricos de la narración se refiere la prof. Fögen en uno de los epígrafes quizá más llamativos de su obra, titulado “Todo es número”.

En el citado epígrafe, partiendo del dato de que la norma que nos ocupa se presenta en la historia del Derecho romano como la única que no fue jamás “personalizada” –como por ejemplo ocurrió habitualmente con las propuestas presentadas por los magistrados competentes o los emperadores, tanto a las Asambleas populares como al Senado (v.g.: *lex Claudia*; *lex Iulia*; *lex Sempronia*; s.c. *Claudianum*; s.c. *Orfitianum*; etc.)- sino simplemente definida, identificada y dictada con el número de sus tablas, que es su nombre –*leges duodecim tabularum*, o de forma abreviada *duodecim tabulae*-, la prof. Fögen comienza preguntándose sobre los motivos que indujeron a los antiguos

romanos a elegir concretamente el número de doce tablas, así como por qué inicialmente estas no fueron doce, sino diez.

Respecto a la última de las cuestiones indicadas, la autora considera que la elección del número diez en la narración por parte de Livio –que por lo demás se repite con cierta frecuencia en pocas páginas: vid. *Liv.* 3.33.8-34.1- no responde a una mera casualidad.

El diez, nos recuerda, se presenta como un número que entre los demás adquiere un relieve particular para los antiguos, presentándose como el núcleo de la sabiduría pitagórica, como el número perfecto, inicio y guía de la vida divina, celeste y humana, completo y armónico, que fue llamado τετρακτύς (“número cuaternario”) por estar formado por la suma del 1, 2, 3 y 4, y representado gráficamente mediante un triángulo equilátero –en el que aparecían dispuestos los diez primeros números en cuatro filas sucesivas, integradas por el número 1 en el vértice superior; 2 y 3 en la segunda fila; 4, 5 y 6, en la tercera; y 7, 8, 9 y 10, en la base del triángulo, respectivamente separados-, cuya fuerza simbólica se ha mantenido en diferentes culturas y artes a lo largo del tiempo.

Según la prof. Fögen es muy factible que el propio Livio ya conociese, aunque fuese someramente, las teorías y doctrinas pitagóricas –a las que los romanos habrían tenido acceso con anterioridad al tiempo mismo de Livio-, y que por ello encuadrarse dentro de la cosmología pitagórica armónica el acontecimiento que nos narra.

Así, en opinión de la autora, la disposición que del primer decenvirato realiza Livio en su narración, refleja exactamente el célebre “número cuaternario”, completo y delimitado, que a su vez produjo las diez Tablas en un contexto cosmológico armónico, identificable con el *consensus omnium*, que define un cuadro ideal en el que se encuentran ausentes dioses y filósofos, y que es representable mediante un perfecto triángulo pitagórico, símbolo de la inteligencia.

Un cuadro ideal introducido por los decenviros con las diez Tablas que, sin embargo, continuando con la narración a la que sigue refiriéndose la prof. Fögen, no duraría mucho tiempo.

La búsqueda de la plenitud del ordenamiento, de la necesidad de completar con dos tablas más una “suerte de *corpus* de todo el Derecho romano”, violando un texto que de por sí ya era vinculante y perfecto, condujo al abismo y al caos que describe Livio para los años 450-449 a.C.

Precisamente las páginas que el historiador antiguo dedica a algunas fases del procedimiento seguido sobre el *status* de libre o esclava de Virginia, que da comienzo cuando las diez Tablas ya habían sido preparadas y promulgadas, ofrecen a la prof. Fögen la posibilidad de realizar a partir del análisis de las mismas algunas observaciones sobre la relación que se establece entre la violencia y el derecho en Roma.

En opinión de la autora, la escenificación del proceso de Virginia que nos proporciona Livio rota en torno a la *vindicatio* –junto a la que aparecen otros términos procesales como *vindex* o *vindiciae*-, que se presenta como la fórmula de mediación más antigua entre fuerza –*vis*- y discurso o razonamiento –*dicere*-, cuyo significado originario es “mostrar”, pero también y sobre todo significa “decir”, “hablar”-; *vindicare* contiene en sí la fuerza, pero la contiene como “fuerza verbal”.

Lo que está haciendo Livio en su relato es, según la prof. Fögen, plantear qué prevalece en la reivindicación, si la *vis* -la fuerza misma-, o el *dicere* –el decir, antes del cual se encuentra la propia fuerza: *vin-dicare*-, presentando al respecto un resultado pesimista, puesto que en el momento decisivo Apio Claudio no concede la palabra ni a Virginia, ni a Marco –Virginia se encuentra callada-; tampoco habla aquél, sino que decide directamente la condición servil de Virginia (vid. *Liv.* 3, 47, 5); Virgino trunca

el triste espectáculo con la violencia. Así, en el primer proceso de la historia del Derecho romano, triunfa, por tanto, la fuerza sobre la palabra y el derecho.

A la vista de los acontecimientos narrados y del resultado de los mismos cabe preguntarse, y así lo hace a continuación la prof. Fögen, por qué los romanos intencionalmente optaron por colocar en los orígenes de su derecho a un personaje como el decenviro Apio Claudio, inquietante y problemático, que desde su condición de legislador, al igual que los legisladores de otras Comunidades -como por ejemplo, Solón o Zaleuco-, dicta preceptos, pero frente a aquellos -que se presentan como hombres probos y honestos- transgrede una norma que da él mismo, emitiendo un pronunciamiento que la infringe -“*contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat*”, dice Pomponio en D. 1. 2. 2. 24-, a sabiendas de que dicho pronunciamiento provoca una fuerte indignación moral y una grave crisis de confianza.

¿Por qué Apio Claudio, el primer juez romano según la narración de Livio, que debía emitir una sentencia conforme al derecho civil, no lo hace, y comete inmediatamente la primera ilegalidad? ¿Por qué una ruptura tan clamorosa del derecho, nada más haber sido establecido? ¿No habría sido más fácil y cómodo para los romanos establecer en el inicio de su sistema una decisión legítima que mostrase la bondad de su nuevo derecho, representando al primer legislador como un hombre de confianza, moralmente intachable?

En opinión de la prof. Fögen, con el planteamiento que Livio realiza en su narración, pretende representar la génesis de un sistema jurídico, no en un solo acto sino en movimiento, dinámicamente.

Según la autora, el proceso de Virginia, dentro de la narración de Livio, se presenta como un paso necesario más para completar el núcleo de un sistema jurídico, integrado por la creación de una información (jurídica), su comunicación y comprensión.

En la figura de Apio Claudio los romanos han representado, a juicio de la prof. Fögen, el acto de nacimiento del sistema jurídico, describiendo con claridad y precisión la comunicación, compuesta de información -la redacción escrita del derecho-, transmisión -el proceso- y comprensión -el público y la discusión-, sin olvidar que el derecho necesita del “no-derecho” para poder existir.

La escritura y promulgación de la diez Tablas produce sólo una “información” que para que se convierta en derecho debe ser comunicada al oyente, y además entendida por este -o también mal entendida, añade la autora del ensayo-, considerándose sólo así completa.

Precisamente con la intención de que la transmisión de la información jurídica resultase mejor, más visible e inequívoca, Livio recurre según la prof. Fögen a un proceso que se celebra en el Foro romano y al que asisten parientes, amigos, el pueblo. Un proceso en el que un juez romano -Apio Claudio-, el primero, debe emitir una sentencia según el derecho civil, por él mismo establecido, pero que, sin embargo, comete una ilegalidad.

La violación cometida por Apio Claudio permite a Livio no solamente poner de manifiesto la fragilidad del derecho -en el acto mismo de su constitución se encuentra ínsita su deposición: las normas son infringidas-, sino también hacer todavía más visible y fundar el sistema jurídico en sus cimientos: se sabe mejor lo que es “derecho” cuando aparece la iniquidad; el derecho -como concepto, comunicación y sistema- puede nacer sólo cuando se conoce su contrario (el “no-derecho”).

Sólo con un acto inicuo -que se inicia con la violación del diez, y se hace manifiesto con la sentencia de Apio Claudio- nace la estructura binaria necesaria -representada por el derecho/no-derecho- para todos los sistemas sociales.

A la situación planteada –fundación del sistema jurídico e irrupción de la negación del derecho- se hará frente con un instrumento eficaz frecuentemente utilizado en el mundo antiguo, el sacrificio de la inocente y silenciosa Virginia, que aparece como la imagen de la más absoluta pureza e inocencia, al que, según la prof. Fögen, recurre Livio en su narración metafóricamente para preservar la libertad del pueblo, ayudando a la República a limpiar su pecado y tener un inicio limpio e inmaculado.

La casta Virginia debe morir para no caer en esclavitud y conservar su libertad. Virginio, su padre, la da muerte, y con su mano no sólo salva la libertad de su hija sino, además, a la patria.

Restaurados la paz y el orden, en el año 449 a.C., según el relato tradicional, se procedió a grabar las leyes sobre doce tablas de bronce, quedando expuestas en el Foro.

Del diez se pasó al doce, número que también gozó de gran prestigio en la Antigüedad, y al que la prof. Fögen también se refiere en su ensayo como número armónico a partir de la pintura al fresco realizada en la Stanza della Segnatura del Vaticano por Rafael en el año 1509, titulada “La Escuela de Atenas”, cuya imagen incluye, tanto en su totalidad como en uno de sus detalles más representativos, a todo color, en las páginas centrales del libro.

Para la prof. Fögen, Rafael logra representar en su fresco, mejor que nadie, de la forma más bella, más clara y con mayor densidad de significado, a través de la que denomina como “tabla armónica” –que aparece sostenida en el fresco por un joven, presuntamente discípulo de Pitágoras, el cual también se encuentra representado en la pintura-, los principios fundamentales de la doctrina numérica pitagórica.

Tras describir la “tabla armónica” –cuyo dibujo se encuentra asimismo reproducido en el ensayo-, la prof. Fögen procede a realizar “con la guía de Livio” una singular e imaginativa “lectura de la misma”, leyéndola, según dice, “como una historia del derecho”.

Su lectura es la siguiente: “Inicialmente se encontraba el diez en su brillante perfección. Las diez tablas eran el fundamento universalmente aprobado del Derecho romano. Esas eran el resultado de una adición, de la suma de las primeras cuatro cifras: mera aritmética. Mírese ahora la parte baja de la tabla: los diez I que forman el triángulo no tienen ninguna relación entre ellos, ninguna ligazón recíproca, pero están de pie en un orden evidente y perfecto. No se sabía todavía qué era la iniquidad”.

“Después hicieron su aparición la anarquía, el exceso y el arbitrio, y condujeron finalmente a la negación manifiesta del derecho. Tras la expiación de su instauración mediante el no-derecho, se eternizó sobre las doce tablas. Doce es un número más complejo con el cual se pasa del simple adicionar a dividir, instituir relaciones, crear consonancias y disonancias, realizar operaciones de cálculo. Rafael lo ha mostrado con sus líneas entre VI, VIII, IX y XII, que discurren paralelas, se cruzan y se separan. El paso de la aritmética al álgebra es el paso de la adición a la operación, del mero sumatorio de individuos particulares y aislados a un sistema social que no es lo mismo que una suma de “partículas indivisibles” (individualidades), sino que presenta una nueva calidad de las relaciones comunicativas”.

“Ahora que el doce está allí, el derecho puede iniciar su curso, puesto que no es solamente un derecho adicional –más derecho, todo el derecho-, sino que incorpora relaciones, diferencias, combinaciones, en breve, los cambios de la variación, condición esencial de toda evolución. Así la jurisprudencia podrá escribir un día, como Pitágoras en el fresco de Rafael, libros doctos y voluminosos: gracias al texto, al *Urtext* escrito sobre la tabla que el joven de Rafael tiene ante los ojos del maestro y que los romanos mantuvieron ante los ojos como ley de las doce tablas”.

Con ello, la prof. Fögen da por concluida la interpretación de la narración romana de Virginia y del decenviro Apio Claudio, que califica como una historia demasiado bella como para poder ser considerada verdadera, sobre todo por los historiadores modernos, que al ser especialistas de la verdad y no de la belleza, por eso la silencian en sus obras.

Finalmente, la prof. Fögen completa el capítulo tercero de su ensayo con una referencia realmente curiosa a las diversas interpretaciones que a partir de la narración de Livio, sobre Virginia y su contexto, nos proporcionan algunos literatos –especialistas en la belleza, dice- en sus obras, escritas entre los siglos XIII y XIX.

Después de realizar la lectura de cerca de treinta obras literarias, la autora del ensayo destaca en relación a las mismas, entre otros aspectos llamativos, su acercamiento o separación a las fuentes antiguas, la reelaboración que del material virginiano se realiza en clave política en algunas, el añadido en otras de nuevos personajes a los que se contienen en la narración original, la utilización de la narración para redactar la historia del momento presente en que escriben sus correspondientes autores, o la alteración a partir del siglo XVII de dos detalles esenciales de la narración de Livio, que se concretan en considerar que Virginia tiene madre, así como en hacer expresarse a la joven de viva voz.

IV. VICISITUDES POSTERIORES DEL DERECHO ROMANO. LA DESCRIPCIÓN ROMANA DE LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A PARTIR DE LA NARRACIÓN DE GNEO FLAVIO Y APIO CLAUDIO EL CIEGO.

Gneo Flavio y Apio Claudio el Ciego son los dos nuevos personajes sobre los que a continuación llama la atención la prof. Fögen en el capítulo IV de su ensayo, que además de con sus nombres también titula “Ordenamiento jurídico cerrado y abierto”.

A la vista de la narración de los acontecimientos en que intervienen ambos personajes, que califica como “sorprendente” y “rica en variaciones ya en la tradición antigua”, la prof. Fögen propone reconstruirla de nuevo con la finalidad de determinar si la misma no es solamente “sorprendente”, sino, sin más, una “ingenua fabulilla”, como ha sostenido algún autor radicalmente crítico con las fuentes que la contienen.

Tras describir los rasgos biográficos esenciales de Gneo Flavio –hombre astuto e indisciplinado por naturaleza, de baja extracción social al ser hijo de un liberto llamado Annio, que fue escribano de oficio al servicio del patricio Apio Claudio, y elegido edil curul en el 304 a.C.-, así como las transgresiones que cometió –publicación del derecho civil y del calendario judicial, fundamentalmente; además de realizar, teniendo prohibido, la dedicación del Templo de la Concordia sobre la plaza de Vulcano, en el Foro- la prof. Fögen comienza formulándose al hilo de las informaciones que nos proporciona la historia del personaje diversas preguntas que se encuentran concatenadas entre sí, a las que irá dando cumplida respuesta a lo largo del capítulo al que ahora nos estamos refiriendo.

La primera cuestión se concreta en intentar determinar qué fue exactamente lo que custodiaron los pontífices con tanto anhelo durante aproximadamente los ciento cincuenta años que transcurrieron desde la publicación de las doce Tablas –cien desde su desaparición en el incendio de los Galos-, que habían sido publicadas con el *consensus omnium* y colocadas con gran pompa en el Foro de forma que las pudiesen leer todos los romanos, hasta su sustracción por Gneo Flavio a los citados pontífices con la

finalidad de que todos –“¿nuevamente?”–, pregunta la prof. Fögen- volviesen a tener acceso a las mismas.

A la mencionada pregunta conecta la prof. Fögen otras directamente relacionadas con ella, como por ejemplo son: ¿cómo hicieron los pontífices para mantener durante tanto tiempo secreto ese saber jurídico, cuando, como es sabido, ya en el año 367 a.C. los romanos habían decidido instituir un oficio político específico como fue la pretura, para el derecho y la jurisdicción?; ¿quizá debía el pretor, que solo en raros casos también fue pontífice, impetrar el acceso a su archivo para buscar el derecho?

Volviendo a la cuestión inicialmente planteada –¿qué fue lo que custodiaron los pontífices?–, la autora del ensayo recurre a las indicaciones por todos conocidas que al respecto nos proporciona el jurista Ulpiano –vid. D. 1.2.2.5-7–, por entender que son más precisas que las de Livio, el cual se limita a indicar que el *ius civile* fue lo depositado en el archivo secreto de los pontífices.

Pomponio señala a la interpretación de las doce Tablas –la interpretación competente (*disputatio fori*: discusión ante el tribunal), que “fluye” del texto y que no forma una categoría *per se*, una *propria pars*, sino sólo una parte del *ius civile* en el que se incluye- y a la formulación de las *actiones* –llamadas “*legis actiones*”, “compuestas” sobre la base de las doce Tablas, y caracterizadas por ser “ciertas y solemnes” para que “el pueblo no las estableciese a placer”- como prerrogativas del Colegio pontifical, durante unos cien años aproximadamente.

Posteriormente Apio Claudio el Ciego, el patricio para el que Gneo Flavio trabajaba como escribano, se ocupó específicamente de las fórmulas de las acciones y les dio forma (*ad formam redegisset*), verosíblemente en forma de libro, que habría sido sustraído por Gneo Flavio y entregado al pueblo (de ahí el nombre de *ius Flavianum*).

A la transgresión cometida por Gneo Flavio con la publicación del derecho civil, entendible en los términos expuestos, se añade otra: la publicación del calendario judicial, mediante el que se podía conocer el tiempo reservado para el ejercicio del derecho.

Sobre la importancia del calendario en la Antigüedad romana –y paradójicamente no sólo en ella, sino también en la no tan alejada época alemana de comienzos del siglo XVIII- nos da asimismo cuenta en su ensayo la prof. Fögen, destacando que su publicación tuvo un significado que supera la conexión entre jurisdicción y días judiciales –hábiles para la celebración de los procesos, cuya determinación dependía de los pontífices mediante la elaboración de un calendario intrínsecamente móvil por el carácter lunar del año romano (355 días), en el que para hacerlo concordar con el año solar (de 365 días más 1/4) resultaba necesario introducir algunos días más-, puesto que mediante el calendario se disponía del dominio del tiempo, y por consiguiente de la historia, estructurando y construyendo a través de aquél tanto el pasado como el futuro social.

En suma, cuando Gneo Flavio sustrajo el calendario a los pontífices y lo hizo público, no sólo dio a conocer los días procesales hábiles; también hizo disponible el futuro, que en cierta medida se estructura mediante el derecho.

Una vez descritos el significado y la importancia de las transgresiones cometidas con sus actos por Gneo Flavio, la prof. Fögen procede a preguntarse sobre el por qué de la forma de actuar de los romanos al plantear tal y como plantearon la historia de su derecho, y la descripción de su desarrollo, confiándolo exclusivamente a los pontífices durante los primeros cien o ciento cincuenta años –tras haber sido inicialmente accesible al público-, recluyéndolo en un archivo, comprimiéndolo en fórmulas procesales formales y solemnes y constriñéndolo a *dies fasti*.

En opinión de la autora, en la narración que nos ocupa no solamente se contiene una historia social, referida a las luchas de los plebeyos para conseguir su equiparación

política y social con los patricios, que son el escenario en que se desarrolla la representación de la historia de Gneo Flavio; también se recoge específicamente una historia de lo jurídico, y se condensa de un modo que califica como “ejemplar” y “visible” un paso adelante en su evolución.

La historia se inicia con la necesidad de dotar de estabilidad a un texto originario, recién fijado sobre doce tablas, que tenía que ser tutelado y protegido de posibles oscilaciones, evitando su crecimiento desordenado e indiscriminado a partir de la interpretación del mismo realizable por cualquier particular lego.

Para conseguir estas finalidades, los romanos recurrieron a tres elementos mediante los que consiguieron controlar y disciplinar su entonces joven derecho, ampliándolo sólo muy lentamente y resguardándolo de la discusión pública general, que podría haber provocado en el mismo variaciones incalculables: la autoridad de los pontífices, el secretismo y el rito.

Según la prof. Fögen, el dominio de la escritura –pocos eran los que en aquellos tiempos sabían escribir-, el carácter vitalicio de su oficio –frente a los magistrados, que generalmente desempeñaban su cargo durante un año-, y su procedencia de un círculo social privilegiado –su origen era patricio, y por su alto prestigio formaban un estrato de *honoratiore*s en el interior de la sociedad aristocrática romana- hicieron que los pontífices, en quienes concurrían todas estas cualidades, resultasen los personajes más aptos para dirigir el derecho, establecer sus confines y cerrarlo en sí mismo, sin dejar lugar al exceso y a la banalización de la discusión general; algo que no habría ocurrido en el supuesto de que el texto del derecho, contenido en las doce Tablas, hubiese sido confiado a los magistrados, en cuyo caso el derecho habría oscilado al mismo ritmo y con la misma frecuencia temporal con que lo hacían los propios magistrados –anualmente-, y además habría quedado expuesto a los riesgos del carácter abierto y no vinculante de la oralidad –a la que antes que a la escritura estaban más acostumbrados los magistrados-, siendo necesario preguntarse cada año cuál era el derecho aplicable.

Por lo que se refiere al secretismo, la prof. Fögen destaca que los romanos imaginaron su primer monumento público del derecho, las doce Tablas, apoyándose claramente en el ejemplo griego, pero que a diferencia de los griegos –y en un cierto paralelo con Israel-, tras exponerlas al público, las sustrajeron de inmediato haciéndolas desaparecer materialmente, protegiéndolas y ocultándolas a su uso intelectual.

De esta forma, según la prof. Fögen, el saber jurídico, custodiado por los pontífices en un archivo –surgido antes que el archivo general de la ciudad, el *aerarium*-se presenta como un punto de partida excepcional, casi ideal, para su desarrollo. Un desarrollo que al ser confiado, en esa especie de “juego del escondite” al que se hace referencia en la historia de Gneo Flavio, a un restringido círculo de especialistas que son los pontífices, permitiendo que sólo ellos, como personas que gozaban de extraordinaria autoridad y posición social, pudiesen producir, reordenar y acrecentar el derecho dentro de un orden, explica la excelencia que el propio Derecho romano alcanzó en el siglo I a.C.

El acceso al derecho también se redujo utilizando un tercer elemento, el ritual, las fórmulas, cuya fijación en *legis actiones* –unida al secretismo del calendario judicial- impidió, como indica Pomponio, “que el pueblo estableciese acciones a placer”.

En cuanto a las fórmulas de las *legis actiones*, la prof. Fögen nos recuerda que su pronunciamiento se realizaba en un ritual de estrechísima adhesión a la forma y a la letra, lo que limitaba el ingreso de la “vida” en el derecho, asegurando la escasez del mismo –haciéndolo por ello muy valioso y permitiendo su desarrollo ordenado- frente a la abundancia de la propia vida.

Se hablaba en fórmulas, no sobre las fórmulas; se decía el derecho, no sobre el derecho, que se sustruía a la discusión e interpretación, señala expresivamente la autora del ensayo.

Las fórmulas sirvieron por tanto para filtrar y reducir el derecho y todo lo que fuese susceptible de hacerse derecho mediante la interpretación del texto de las doce Tablas. A través de las fórmulas los romanos pudieron seleccionar y distinguir los supuestos jurídicamente relevantes de los jurídicamente irrelevantes, consintiendo el acceso al derecho, la activación del mismo (*ius feci*), únicamente en el caso de los primeros, identificables mediante las escasas fórmulas existentes.

La circunstancia de que entre los años 450 a.C al 300 a.C no apareciese ninguna estructura radicalmente nueva en la política, en la economía, en las relaciones sociales, ni tampoco en la situación geográfica y demográfica romanas, explica en opinión de la prof. Fögen que en dicha época no se encuentren historias del derecho dignas de relieve.

Según la autora del ensayo, la aparición en una época situable en torno al año 300 a.C. de un relato como el de Gneo Flavio, que narra un cambio estructural e imprevisto del derecho, quiere decir que los romanos notaron cómo en aquellos momentos el derecho permitió y produjo la variación, verosímilmente a consecuencia de la modificación que se operó en las estructuras sociales.

Con la finalidad de determinar cuáles fueron las condiciones que hicieron posible la apertura del hábitat jurídico, y con ello el “salto” del derecho, la prof. Fögen dirige su atención a los dos personajes principales de la narración: Gneo Flavio y Apio Claudio el Ciego.

Al hilo de la noticia que nos proporciona Livio en su narración, relativa a que Gneo Flavio –personaje de baja extracción social, pero que desempeñó el importante oficio de escriba-, tras haber saqueado el archivo de los pontífices y alcanzar el cargo magistratual de edil curul, “depuso las tablillas y juró no escribir más” (*Liv.* 9. 46. 2.), la prof. Fögen se refiere a la contraposición que se plantea entre escritura y oralidad, que en la historia se resuelve a favor de la segunda.

Según la autora, en la promesa jurada de no escribir más realizada por Gneo Flavio, además de la hipotética incompatibilidad entre el cargo de edil curul con el servicio de escriba, que se presentarían como oficios no acumulables, se esconde un dato todavía más importante: la promesa de quien, habiendo abierto el archivo, no lo volverá a cerrar más con la escritura.

Ello supone, en opinión de la prof. Fögen, una renuncia voluntaria a una posición dominante.

El escritor que compone los textos que en el futuro serán leídos por otros, que conoce el pasado y dispone de la facultad de decidir qué registrar y qué omitir en los mismos, ejerce, como indicaban los antiguos griegos, una “soberanía sobre el lector”. De ese poder de la escritura quizá participarían también los escribas, que, al tener las mismas capacidades y conocimientos que los pontífices –producción del texto, acceso al texto, acceso al archivo-, aparecerían según la autora del ensayo como potenciales rivales de éstos.

En opinión de la prof. Fögen, no escribir, o no escribir más, rechazar o simplemente dejar de usar la escritura, implica el compromiso de romper esa relación asimétrica que se establece entre el escritor y el lector, sustituyéndola con la comunicación oral que asegura la paridad y la inclusión.

Para que el Derecho romano pudiese crecer tenía que ser liberado de la soberanía de quien escribía, y salir de los robustos muros del archivo en que se encontraba cus-

todiado, probando el placer de la oralidad después de su redacción escrita inicial y el secretismo al que estuvo sometido durante más de cien años.

Tras su liberación y durante todo el siglo sucesivo a Gneo Flavio, según la prof. Fögen, el Derecho será en Roma una representación oral en el Foro. Su redacción escrita permitió, sin embargo, poner de manifiesto la diferenciación entre la letra y el significado, entrar en su juego y llevar a cabo creaciones nuevas, poner el texto en movimiento, dotarlo de un nuevo sentido sustrayéndolo a la rigidez de las fórmulas, pero sin hacer sufrir a las partes el riesgo de pérdida del proceso por “lesión de la fórmula”.

El otro personaje que aparece coligado en el relato tradicional junto al astuto plebeyo Gneo Flavio es el patricio reformista Apio Claudio el Ciego, del que también se ocupa en su ensayo la prof. Fögen.

Para la autora, Apio Claudio el Ciego se presenta como el sosias de su pariente lejano, el mal afamado decenviro de la historia de Virginia, Apio Claudio, garantizando que detrás de toda diferencia se encuentra la unidad.

En este caso la historiografía romana nuevamente vuelve a recurrir, una vez más y como en ocasiones anteriores, a los dobles, al desdoblamiento, con una finalidad concreta.

Son dos personajes, dos Apios, los que aparecen en dos momentos decisivos en la historia del Derecho romano: por una parte, el que se concreta en la primera redacción escrita e infracción del derecho; y por otra, el que coincide con la ruptura –o, al menos, el permiso de violar– del secreto de los pontífices, haciendo posible con ello el nuevo derecho. También los dos Apios superaron los límites temporales establecidos para los cargos que desempeñaron, cometiendo la correspondiente infracción.

En opinión de la prof. Fögen, el desdoblamiento advierte que de la unidad originaria nace una escisión, una diferencia. Unidad y diferencia que son apreciables al mismo tiempo a través de las figuras de Apio Claudio el decenviro y Apio Claudio el Ciego: el mundo del primero vuelve a aparecer en el mundo del segundo, quedando igual y distinto; el sistema del derecho, cuyo acto de fundación se produce bajo el primer Apio, no comienza con el segundo en un punto inicial, queda como estaba, pero se convierte en algo distinto.

Según la autora del ensayo, la descripción de la evolución de la historia en forma de desdoblamiento permite ajustar estabilidad y flexibilidad, lo que sucede en Roma en torno al año 300 a.C., una época en la que se produce una ruptura insolente de un secreto, que favoreció la irrupción de un nuevo mundo jurídico caracterizado por la variedad. No obstante, dicha ruptura lo es sólo con un pasado que no pasa, ni quiere pasar. En realidad, no se funda nada nuevo –el sistema del derecho ya existía desde hacía tiempo; en concreto, desde su infracción por el decenviro Apio Claudio–, simplemente se vuelve a activar la historia.

A los rasgos identificativos de Apio Claudio el Ciego añade la prof. Fögen otros datos que, transmitidos por los antiguos, permiten completar las características definidoras de su personalidad.

Entre los mismos, aparte de su clarividencia –siguiendo el antiquísimo modelo del ciego “vidente”–, la autora señala su predisposición a la movilidad social, económica y política, a la apertura, tanto al exterior –haciendo construir caminos como la Via Apia, o acueductos como el del *aqua* Apia, estructurando el territorio y abriendo al ejército y al comercio romano una vía recta, estable y plana desde y hacia Roma, sin escatimar para ello autorizaciones de voluminosas sumas de dinero público– como en el interior, tomando energías y transgresoras medidas en el ordenamiento político interno, como por ejemplo lo fueron la admisión en el Senado de los hijos de los libertos, o

la inclusión de romanos sin posesiones fundiarias –entre los que se encontrarían muchos libertos- en las Tribus rústicas.

Descubriendo el secreto de los sacerdotes, el derecho del pasado -dice la prof. Fögen-, Apio Claudio el Ciego, con ayuda de Gneo Flavio, abrió el derecho al futuro.

Según la autora, la historiografía romana personalizó en las figuras de Apio Claudio –patricio reformador, extraordinariamente activo- y Gneo Flavio –astuto e insolente plebeyo- las inquietudes y las sorpresas que a los inicios del siglo III a.C. agitaron el mundo romano y el hábitat del derecho. Ambos representan en su opinión el *negotium* – el “no-ocio”, la actividad-, la variación, y así hacen posible la coevolución del derecho.

No obstante, la prof. Fögen se preocupa por matizar a partir del relato que nos es transmitido, al que califica como “preciso” y “precioso”, que dichos personajes agitadores simplemente se limitan a hacer posible la variación, es decir, a plantear con la apertura del archivo las condiciones de posibilidad para que aparezca el que será nuevo derecho, sin inventarlo.

Siendo cierto que en los inicios del siglo III a.C. el ambiente que circunda el derecho cambia por la invención de la moneda –el dinero crea muchas y nuevas posibilidades, y plantea nuevos problemas no sólo en la economía, sino también en las relaciones sociales, militares, familiares, en la política y en la administración-, por la ampliación del territorio y su apertura a través de los caminos, por una nueva permeabilidad de la disposición política, según la prof. Fögen resulta preciso señalar que dichos cambios son cambios de naturaleza estructural, que no son originados, creados, planificados o conducidos por el derecho, por lo que en su óptica particular el derecho los observa como meros “casos” (“sucesos casuales”) externos y, como tales, no tendrían que haber sido tomados necesariamente en consideración por el propio ordenamiento jurídico, que por externos al mismo podría perfectamente haberlos ignorado, como por ejemplo lo demuestra más recientemente la experiencia vivida en el siglo XX, en la que el cambio brusco y violento de una sociedad democrática y pluralista a una totalitaria, y viceversa, no influyó necesariamente al derecho, ni incidió sobre el mismo, y más específicamente sobre el derecho privado.

Sin embargo, no fue esto último lo que ocurrió en Roma, donde a juicio de la autora y a consecuencia de la apertura del archivo, es decir, del derecho, ofreciéndolo al público, estableciendo así nuevas comunicaciones que permitiesen hacer surgir nuevos elementos jurídicos, se planteó una nueva duda: ¿qué colocar entonces en el lugar del antiguo derecho?

A esta cuestión respondió Cicerón, y de su respuesta, además del que califica como “lucidísimo” análisis que realiza el rétor del tema en cuestión, también se ocupa la prof. Fögen en su ensayo.

En opinión de la autora, Cicerón, tanto en *Pro Murena* (25 ss.) como en *De Oratore* (1. 41. 185 ss.), critica el gesto de Gneo Flavio por entender que con el mismo el derecho se vulgarizó, se trivializó y en él se introdujo el arbitrio y el desorden.

Ante tal situación, Cicerón, en tono irónico, prácticamente satírico, establece un dilema: mantener el derecho como un saber especializado exclusivo, protegiéndolo y cerrándolo, o exponerlo a la comunicación general.

Los efectos que se producen en ambas situaciones son distintos: mientras que en el primer caso el derecho envejece a la par de sus administradores -los pontífices-, en el segundo se hace banal, crece de forma selvática y se multiplica sin descanso.

A partir de lo indicado Cicerón señala que el derecho no podía mantenerse tal y como estaba en una época antigua –considerado como un arte difícil según el orador “en

primer lugar porque los antiguos que custodiaban tal ciencia, para conservar y acrecer su poder, no quisieron divulgar su arte”, manteniéndolo como un saber arcano- y que, tal y como había quedado tras su publicación por Gneo Flavio –con su consiguiente “popularización”-, corría el peligro de perder su especialización conquistada en el pasado y de diferenciarse evocando a la fórmula contingente de la justicia.

Es entonces cuando, para lograr la estabilización y evitar el caos, Cicerón recomienda la *scientia* como orientación metódica del derecho, proponiendo su sistematización, *lege artis*, en *genus* y *species*, por entender que entre saber arcano y ciencia *tertium non datur*.

La prof. Fögen termina el cuarto capítulo de su ensayo con una breve referencia a la proyección del mito de Gneo Flavio en Carl Ferdinand Hommel y Hermann Kantorowicz.

El primero de los autores citados publicó en 1763 un léxico de innumerables expresiones técnico-jurídicas que explica y traduce al alemán para hacer posible el recurso a la justicia, dando a la obra el título principal de “Teutscher Flavius” y un amplísimo subtítulo, descriptivo de su contenido y destinatarios, equiparando en el prólogo de la mencionada obra la finalidad que en ella persigue con la que consiguió Gneo Flavio.

Por su parte, Kantorowicz utilizó el nombre de Gneo Flavio como seudónimo –acrecentando así la fuerza programática del personaje- en su escrito de 1906, titulado “Kampf um die Rechtswissenschaft” (La lucha por la Ciencia jurídica), alegato a favor de la determinación del derecho fuera de las formalidades de la ley y del positivismo legislativo en su búsqueda de la justicia, que se convirtió en la antorcha de la denominada Escuela del Derecho Libre a los inicios del siglo XX, levantando el telón de un nuevo escenario ciceroniano en el que se volvía a plantear una vieja necesidad del derecho, que era la de que algo fuera del mismo lo vinculase –con la ciencia o con la justicia, con el secreto o con la ley, con las autoridades o la cercanía al pueblo, con el razonamiento abierto o con la impenetrable estabilidad-, de modo que tomase su nombre y se convirtiese en un derecho bueno, legítimo, justo.

V. NUEVOS ESCENARIOS Y PERSONAJES. CICERÓN Y OTROS OBSERVADORES ROMANOS DEL DERECHO Y SU DESARROLLO.

En opinión de la prof. Fögen tras el gesto de Gneo Flavio lo que sucede al derecho no interesa a los historiadores romanos.

De entre los mismos destaca que no disponemos de informaciones por parte de Livio –las desconocemos entre los años 292-217 a.C. por no habernos llegado su obra-, ni por parte de Dionisio de Halicarnaso –cuya obra, de la que de los primeros veinte libros sólo se conservan los primeros iniciales, alcanzaba hasta la primera guerra Púnica (264-241 a.C.)-, que se ocuparon de la época de los escándalos y sucesos sensacionales.

Es a partir del siglo III a.C. cuando, según la autora, comienza un tipo de Historia completamente distinta. Los mitos ya han cumplido su función de crear certezas sobre lo que no se podía saber, y el derecho se confía a sí mismo y a sus administradores, que cada vez son más profesionales.

Del nuevo escenario se ocupa la prof. Fögen en el capítulo quinto de su ensayo, que titula “El desarrollo del derecho”.

Ahora aparecen en escena nuevos personajes como observadores: los especialistas del Estado y del derecho. Puesto que el derecho no tiene mucho que ver con el material del que nacen las historias –tiranía, luchas escandalosas, guerras, intrigas, violencias y asesinatos- raramente interesa a los que se dedican a narrar historias, además de resultarles difícilmente comprensible.

Entre estos nuevos observadores la prof. Fögen destaca fundamentalmente a dos, Cicerón y Pomponio, cuya información nos traslada y analiza en el capítulo del ensayo al que ahora nos estamos refiriendo.

Por una parte, Cicerón –que no fue un verdadero *iuris consultus*, sino un orador, un rétor con conocimientos jurídicos- observa lo que sucede en el derecho con la mirada sintética del teórico y del crítico de la sociedad, prácticamente con los ojos de un sociólogo. Se trata, según la prof. Fögen, de un observador precioso, indispensable para analizar los sucesos acaecidos en el ámbito jurídico desde el siglo III a.C. hasta la época en que vive, un hombre de inteligencia y verbo mordaz, que reflexiona sobre las funciones, las contribuciones, las exigencias y las tareas de los juristas –cuyo papel social considera preciso y particularmente importante- en la sociedad romana como conjunto, es decir, del derecho en su contexto social.

Por otra parte, Pomponio, técnico del derecho, jurista de mediados del siglo II d.C., que se presenta como el primer y único autor que, dedicándose a la historia del Derecho romano, redacta un pequeño manual, el *Enchiridion* –recogido en D. 1.2.2-, en el que se contiene una genealogía de juristas. Para la prof. Fögen esta obra de Pomponio, en la que se analiza el derecho en su dinámica propia, es la más importante para poder conocer, junto con las noticias proporcionadas por Cicerón, los sucesos inmediatos y posteriores a Gneo Flavio.

Aun cuando ni Cicerón, ni todavía menos Pomponio, narrasen en sus escritos historias coloristas y emocionantes, la prof. Fögen destaca que ello no excluye que, al igual que los historiadores, tanto uno como otro, fabricasen una imagen del pasado, modelasen héroes, eligiesen y acentuasen sucesos, construyendo de esta forma sus historias del derecho.

Así, en los inicios del siglo III a.C., colocarán el derecho en las hábiles manos de hombres a los que nos presentan como sabios y eminentes, que aparecen recogidos en la genealogía elaborada por Pomponio, de los que se hace eco la prof. Fögen en su ensayo. Sempronio Safo, Gayo Escipión Nasica, Tiberio Coruncanio, Sexto Elio, Publio Elio, Publio Atilio, o Marco Porcio Catón el Censor, como es sabido, son los primeros, y se sitúan en el arco temporal comprendido entre el ya señalado siglo III a.C y la primera mitad del siglo II a.C.

Según la autora del ensayo, el cuadro que Cicerón y Pomponio esbozan para la jurisprudencia romana en los primeros ciento cincuenta años posteriores a Gneo Flavio se caracteriza por la adición, frente a lo que ocurría en la época antigua, en la que primaba la distinción, siendo los patricios la clase social y política dirigente de la que, como expertos en derecho, se reclutaban los pontífices. En esa época posterior a la antigua pueden operar en el ámbito jurídico no sólo los patricios o pontífices, sino también, con independencia de su origen y nacimiento, los plebeyos. Simplemente se les exigen otras condiciones o cualidades para poder acceder al grupo de los juristas: capacidad, virtud e inteligencia.

Y todo ello porque, en opinión de la prof. Fögen, durante el siglo III a.C. y comienzos del siglo II a.C., el derecho y sus administradores, los juristas, no se articulan funcionalmente. El derecho se convierte en el apéndice de un saber universal y sus cultivadores deben poseer ese saber universal, y al mismo tiempo ser o hacer-

se hombres de éxito en la comunidad, es decir, tener la máxima reputación social como *honoratiores*.

Política, saber y derecho forman un todo único: el buen jurista es al mismo tiempo un buen ciudadano, un buen político, un buen orador; quien tiene conocimientos jurídicos también los tiene de todas “las cosas divinas y humanas”.

En opinión de la prof. Fögen la apertura del archivo no condujo, como creyó Cicerón, a que el derecho, al hacerse accesible al público, se vulgarizase, sino más bien a una actividad dinámica y para nada caótica, al ser controlado por medio de las estructuras sociales de la República romana con el criterio y la palabra clave *auctoritas*.

Avanzando en el tiempo, entre la segunda mitad del siglo II a.C., hasta el final del siglo I a.C., aparecieron diversos juristas –Manio Manilio, Marco Junio Bruto, Publio Mucio Escévola, Quinto Mucio Escévola, Servio Sulpicio Rufo, Aulo Cascelio, o Trebacio Testa, entre otros- que, con mayor o menor intensidad y salvando el caso de Sexto Elio –jurista de la época anterior que, frente a sus coetáneos, fue el primero en transmitir sus conocimientos no solo oralmente, sino también a través de sus *Tripertita*, obra en la que, como es sabido, se contenía la Ley de las doce Tablas, su interpretación y el formulario de las *legis actiones*-, se dedican a estudiar y escribir, liberándose de los impedimentos de la praxis, retirándose de la vida pública y de los eventos jurídicos contingentes, que dan lugar a una nueva forma de actividad jurídica.

Por tanto, en el siglo I a.C., según resalta la prof. Fögen, los juristas –que en su mayor parte pertenecen a los caballeros, clase potentada sin dignidad senatoria, ni ambiciones políticas- son particulares que viven inmersos en el derecho y apartados de la vida política y del *cursus honorum*. Su *auctoritas* se funda eminentemente sobre los conocimientos y los escritos, sobre el saber legible.

Si bien el desarrollo del derecho en Roma fue inicialmente lineal –en una secuencia que la autora del ensayo estima que se podría describir de la siguiente forma: doce Tablas, Coruncanio, *veteres*, Ofilio, etc.-, apreciándose su crecimiento en una sola dirección, con el paso del tiempo, al final del siglo I a.C., se llegó a una encrucijada en la que el camino se desdoblaba, dividiéndose en dos y ramificándose con posterioridad.

De dicha circunstancia se dio perfecta cuenta el jurista Pomponio, expresándola, según la prof. Fögen, con su breve historia de las dos escuelas –en terminología gayana; de “sectas” habla propiamente Pomponio- del derecho.

En opinión de la autora, dicha historia de las escuelas es la historia de una división, y con ello de una magnífica condición de posibilidad para el crecimiento y la multiplicación canalizada.

Pomponio –cuya noticia sobre las dos “sectas” surgidas al final de la República, según la prof. Fögen, no ha intentado ser verificada sobre el plano empírico-prosopográfico por la doctrina moderna- en dos frases, de forma descarnada y sin dramatismos, ilustra un importante salto en el derecho: el *ius controversum*. En su lacónica descripción de las dos “sectas” Pomponio afirma que el tronco del derecho se desdobló en dos ramas: una dirección moderna (Labeón) y una tradicional (Capitón). Ello implica, en opinión de la prof. Fögen, la consciencia por parte de Pomponio de que no existe un “único” derecho exacto, cierto, unívoco –al igual que ya señaló Cicerón-, pero también que no necesariamente por ello fuese a reinar el caos –como pensaba Cicerón, entendiendo que el derecho, por tal motivo, se pudiese establecer a placer-, puesto que mediante la bifurcación en dos escuelas respetables, lideradas por dos jefes reconocidos, se podía obtener un crecimiento ordenado, pudiendo escoger, experimentar y establecer nuevas diferencias bajo la protección de la autoridad de Labeón y Capitón.

Así, durante los dos o tres siglos en los que las dos escuelas sirvieron como referente, los juristas pudieron manifestar una opinión diferente sin correr el riesgo de quedar marginados o parecer desinformados; o, en su caso, de ser tachados, sin más, como heréticos o profanos.

Con Capitón/Sabino se podía mantener la fidelidad a los antiguos; con Labeón/Próculo, buscar lo nuevo. Se podía argumentar en un sentido o en otro.

La prof. Fögen también nos recuerda que los juristas romanos tomaron la palabra para, a partir de la escritura, que ofrece infinitas posibilidades de conexión, proceder a interpretar la palabra contenida en aquella, contenida en el texto; tanto en el originario –Ley de las doce Tablas, cuyo pequeño patrimonio de antiguas normas quedaría consumido y agotado cuando resultó necesario hacer frente a nuevas necesidades no contempladas en aquella–, como en los sucesivos –escasos y raros textos legislativos aparecidos con posterioridad a la Ley de las doce Tablas con la finalidad de regular aspectos puntuales en diversos ámbitos jurídicos–, y especialmente en el edicto del pretor, a cuyas características generales también se refiere la autora, calificándolo como el segundo gran texto jurídico de los romanos, del que –frente a la Ley de las doce Tablas, pensadas para la eternidad– destaca su condición de efímero, fungible, anualmente mudable y no vinculante para pretores venideros, que al ser sancionado por un magistrado proporcionó, hasta su codificación definitiva sobre el año 130 d.C., materia suficiente como para poder realizar razonamientos jurídicos sin fin.

Asimismo, en cuanto al contenido del edicto, la autora del ensayo realiza una obligada referencia a las fórmulas o *actiones*, mediante cuya promesa de concesión y su probablemente contemporánea inclusión en el texto edictal –como modelos o, en su caso, mediante señalamiento *ad hoc*–, aseguraba a los particulares protección jurídica, permitiéndoles acceder al juicio correspondiente en base al principio ya establecido en el procedimiento de las *legis actiones* “sin fórmula ningún derecho”.

No obstante, como señala la prof. Fögen, frente al carácter inmutable de las antiguas fórmulas, el pretor y los juristas, a través de la creación de nuevas fórmulas fueron tomando en consideración, reconociendo y otorgando tutela jurídica, progresivamente y de forma continua, a determinadas relaciones particulares y sociales, encuadrables entre otros en el ámbito de los negocios, de la familia, de la herencia o del comercio, que no habían sido tenidas en cuenta por el *ius civile*, produciéndose así una nueva escisión o bifurcación en el cuerpo del derecho: *ius civile* inmóvil o fijo, y *ius praetorium* móvil o variable.

Este ingreso de la vida en el derecho mediante su regulación por parte del *ius praetorium* no fue, desde luego, indiscriminado y sin orden.

Al respecto la prof. Fögen, utilizando un símil, nos recuerda que la fórmula, la acción, funcionaba como un termostato. Protegía al derecho del sobrecalentamiento por exceso de la vida, y de la hiper-refrigeración y congelación por falta de movimiento.

El edicto y la fórmula, según la autora, eran los instrumentos mágicos que permitían la variación, que la suspendían con mirada selectiva, incorporándola en el edicto, y que utilizaban la situación así restaurada para la producción de las variaciones siguientes. Mediante el edicto y la fórmula se determinaron y definieron la cantidad, el contenido y el desarrollo del derecho en la sociedad romana.

La prof. Fögen dedica las últimas páginas del capítulo quinto de su ensayo a la emblemática figura del pretor, cuya actividad analiza tomando en consideración y valorando las diversas percepciones y observaciones que de la misma nos transmiten tanto los historiadores antiguos así como los juristas romanos y los modernos.

El dato inicial que pone de manifiesto la autora es el ya sobradamente conocido de que los juristas romanos reconocieron unánimemente el papel eminente del pretor en el ámbito jurídico. En sus escritos la figura del pretor se encuentra omnipresente, como se puede observar a través de los muchos textos recogidos en el Digesto en los que aparece el término *praetor* como tal, o bien en sus formas declinadas (*edictum praetoris* u *officium praetoris*) y derivadas (*ius praetorium*, por ejemplo); sus edictos son el punto de partida de innumerables discusiones a partir de las que se desarrolla gran parte de la dogmática jurídica.

Al indicado dato relativo a la función eminente desarrollada por el pretor en el ámbito jurídico –señalada por juristas como Papiniano en D. 1.1.7.1, o Modestino en D. 1.1.8; o el retórico Cicerón en *De legibus* 3.3.8- la prof. Fögen añade a continuación la información que sobre la actuación del mismo nos aporta Livio, destacando la llamativa circunstancia de que el historiador antiguo se refiera al pretor en dicha actuación exclusivamente como un magistrado político, silenciando cualquier referencia al importante papel que desempeñó en el ámbito jurídico.

Así, el hecho de que en su obra Livio nos comunique que los pretores urbanos y peregrinos realizaban todo tipo de funciones militares y civiles de diversa índole pertenecientes a un magistrado *cum imperio*, y entre las mismas no aluda para nada al pronunciamiento del derecho, a la publicación del edicto, o a la notificación de la fórmula, debe ser entendida según la autora en el sentido de que Livio nos está ofreciendo una de las posibles percepciones y observaciones que sobre el pretor se pueden llevar a cabo; precisamente la que, no ya como jurista sino como historiador, más le interesaba, que era la que se presentaba a los ojos de sus lectores como más llamativa y apasionante.

La prof. Fögen completa la indicada percepción y valoración que del pretor nos ofrece Livio contraponiéndola a la que por su parte efectúan los juristas romanos y modernos, destacando al respecto en cuanto a los primeros el hecho de que nada recuerden o refieran en sus escritos de lo indicado por Livio sobre la actividad cotidiana desarrollada por el pretor, e incidan únicamente en su ocupación exclusiva relativa al edicto y las fórmulas, presentándolo frente a Livio –para el que los pretores son personalidades independientes, empeñadas políticamente, y a los que cita por sus propios nombres-, como un “*homunculus*, sin sangre, anónimo y sin cara, que escupe edicto tras edicto, fórmula tras fórmula, en el lenguaje de un robot altamente instruido”. Máxime cuando, según la prof. Fögen, paradójicamente y al igual que Livio, los juristas romanos ni vieron ni oyeron a ningún pretor de carne y hueso publicar un edicto o anunciar una fórmula.

Esta llamativa contraposición, unida a la circunstancia de que la investigación histórico-jurídica reciente ha redimensionado en parte la figura del pretor, y a la vez ha desmontado gradualmente su imagen de creador del derecho –en el sentido de entender que sólo excepcional y ocasionalmente los pretores, como personas elegidas sobre bases políticas, con unas condiciones muy determinadas, y para desempeñar muchos encargos y tareas distintas de las específicamente jurídicas, habrían sido juristas, que se presentan ciertamente como los auténticos creadores del edicto y las fórmulas, es decir, como los creadores de aquel derecho profesional que conocimos como Derecho romano-, hace que la prof. Fögen se plantee dos interesantes cuestiones: “¿cómo se puede llegar a una percepción radicalmente distinta de la misma y única figura, por parte de los juristas por un lado, y por el “resto del mundo” por otra?; y, ¿por qué los juristas romanos declararon obstinadamente y contra el propio conocimiento “no hemos sido nosotros, ha sido el pretor” el que ha emanado el edicto y las fórmulas?”.

En opinión de la autora del ensayo, lo que los juristas romanos nos cuentan en su historia del pretor es la afortunada conexión estructural que se produjo a través del mismo entre la política y el derecho en un momento histórico en que ambos se encontraban separados.

Según la prof. Fögen, los que en su obra denomina como “juristas-héroes” –identificables con los juristas que aparecieron y actuaron durante el primer siglo después de Gneo Flavio-, además de su condición de juristas, también poseían el supremo poder político. A la vez que juristas eran ediles, cónsules, pretores, y en todo caso senadores, que encauzaban el total del saber social (*genus universum*).

Cuando en un momento posterior se produce el proceso de diferenciación y autonomía del derecho –del que nos da cuenta perfectamente Cicerón, lamentándose de la nueva situación creada en *De oratore* 3. 33. 132, aludiendo a dicho proceso con los términos *distributio* y *separatio*-, separándose el saber jurídico del *universum* del saber social y estableciéndose como un saber especializado netamente circunscrito, aparece otro tipo de juristas diferentes de los anteriores –de los ya aludidos “juristas-héroes”-, que en este caso son juristas que se encuentran especializados y desvinculados de la política y del poder público.

Esta separación del derecho del *universum* de la sociedad romana, que se produjo en el ámbito jurídico durante la madura y tardía República, no encontró, sin embargo, un paralelo en el ámbito político, que continuó manteniendo prácticamente inalteradas sus estructuras durante aproximadamente unos quinientos años, y en cualquier caso a partir de la reforma del año 367 a.C., mediante la fórmula de la anualidad y colegialidad de los cargos magistratuales y de un potente Senado. Todo ello provocó en opinión de la prof. Fögen la expansión y mantenimiento del sistema político republicano, pero a la vez impidió convertir el poder en administración y la fuerza del Estado en burocracia, estableciendo las estructuras políticas oportunas mediante la creación de órganos que permitiesen desarrollar y afianzar el ya autónomo, diferenciado, autosuficiente y cerrado sistema jurídico.

En opinión de la autora del ensayo, ante la imposibilidad de encontrar en el mundo circundante las premisas estructurales indispensables para que ese sistema jurídico diferenciado pudiese avanzar y desarrollarse –impulsos, estímulos, envites u órdenes recibidos desde la política, el pueblo, o magistrados como el pretor-, y al no disponer la propia jurisprudencia de los medios necesarios para poder conducir y robustecer por sí misma su propio discurso –por encontrarse confinada en las pocas frases que conocía de las doce Tablas, por estar ocupada en los pequeños problemas de los litigantes, así como por ejercitarse en casos inventados-, los juristas romanos recurrieron, en la que la prof. Fögen califica como su “invención más genial”, a poner sus textos en boca de los pretores –*praetor ait*, dijeron continuamente-, privándoles de su dimensión temporal, de su propia historia personal, y haciéndoles anónimos, para después recibirlos de sus bocas, dotando de esta forma a su derecho del capital necesario del poder –de fuerza- de que disponían los pretores a consecuencia de su condición de magistrados *cum imperio*.

Así, según la prof. Fögen, a través del pretor –al que se le reconoció *iurisdictio*, pero sin dejársela ejercitar de forma real- se consiguió establecer un nexo entre política y derecho.

VI. ÚLTIMO ACTO. EL ENCUENTRO ENTRE EL VIEJO DERECHO Y LA NUEVA POLÍTICA INSTAURADA POR AUGUSTO.

La autora culmina su ensayo con un sexto y último capítulo que titula “Labeón y Augusto. La autonomía del derecho”, en el que analiza el devenir del Derecho romano a partir del siglo I a.C., al hilo de los nuevos acontecimientos políticos que se producen en esa época.

En opinión de la prof. Fögen se trata de un momento histórico en el que se produce un desfase en la evolución entre derecho y política.

Como es sabido, el derecho alcanza el estado que se suele denominar “clásico”, entendiéndose por tal según la autora el momento histórico en que se establecen medidas vinculantes, se experimenta menos de lo que se sistematiza, aparece una jurisprudencia “científica”, y se ordena en “*genera*” y “*species*” la masa del derecho, definida y clasificada conceptualmente, por lo que pudo surgir la dogmática, además de completarse y estabilizarse lo hasta entonces conseguido, dejando poco espacio para la variación.

En cuanto a la política, con el advenimiento de Augusto se produce la que es calificada por los historiadores modernos como una “revolución”.

El que la prof. Fögen denomina “encuentro entre viejo derecho y política nueva” plantea toda una serie de interesantes cuestiones, de cuyos aspectos principales se ocupa la autora en las últimas páginas de su obra.

¿Qué aspiraciones tiene el Derecho romano con el emperador? ¿Puede ignorarlo? ¿La circunstancia de que haya un emperador es quizá una condición de posibilidad para que el derecho también avance? Estas son algunas de las posibles preguntas que se formula la autora.

Para contestar a estas preguntas e intentar clarificar las relaciones que a consecuencia del mencionado encuentro se establecieron entre el poder político –el emperador- y los juristas, así como el porqué de las mismas, la prof. Fögen recurre a las diversas informaciones que en torno a las actitudes adoptadas por Labeón y Capitón respecto al emperador Augusto nos trasladan en sus escritos algunos historiadores y literatos romanos, así como el jurista Pomponio.

En opinión de la autora, a tenor de estas noticias sobre determinados episodios –especialmente el que es contado por Tácito en sus Anales (3,75), y Pomponio (D. 1.2.2.47), que hace referencia al ofrecimiento formulado por Augusto a Labeón para ser consul *suffectus* junto con Capitón, y que aquél rechaza- en los que aparecen implicados los personajes indicados, cabe apreciar dos visiones distintas de las aludidas relaciones entre los juristas y el emperador, así como de su posible explicación.

Por una parte la que nos proporcionan historiadores y literatos como Tácito –en Anales 3,75; 4,70-, Suetonio –Vida de los doce Césares, *Aug.* 54-, Dión Casio –Historia de Roma, 54,15,8- o Aulo Gelio –Noches Áticas 13,12,1-3-, presentándonos a Labeón y Capitón como figuras políticas y estableciendo una diferenciación entre ambos juristas en su relación con el emperador Augusto en base a su posible inspiración política, destacando al respecto el espíritu rebelde y hostil por parte de Labeón – al que presentan como un héroe de la libertad contra el nuevo poder imperial, al no plegarse al mismo-, frente al sumiso y oportunista de Capitón.

Por otra la que nos ofrece el jurista Pomponio, para quien Labeón no rechaza la relación con Augusto por motivos políticos –es decir, por hostilidad hacia el emperador-, sino más bien por desinterés político, por encontrarse ocupado en estudiar, escribir y enseñar en soledad y libertad, en un momento histórico en el que la figura del “jurista-héroe” ya ha desaparecido definitivamente, y a quien se preocupa por hacer carrera política, como es el caso de Capitón, por lo general no se otorga gran valor como jurista profesional.

En definitiva, según la prof. Fögen, tras el cambio operado en el sistema político se produce un ofrecimiento por parte del emperador a los juristas para establecer una unión entre la política y el derecho. Pero dicha oferta, después de haberse desarrollado el derecho durante tres siglos sin pretensiones por parte de la política y también sin haberse podido servir el mismo derecho de las estructuras funcionalmente adecuadas

que aquella ponía a su disposición –por ser dichas estructuras materialmente inexistentes-, llegó demasiado tarde y fue rechazada por los juristas –personificándose ese rechazo en Labeón- al no necesitar estos del emperador.

Al no ser los resultados obtenidos los deseados, será el propio emperador el que, tomando la iniciativa, se inmiscuirá por primera vez en los asuntos de los juristas.

Del *publice respondendi* –mediante el que los juristas de la época republicana daban a conocer sin necesidad de autorización su opinión o punto de vista (*responsum*) al pretor o al juez designados a propósito de un proceso-, se pasará al *ius respondendi*, sobre el que la prof. Fögen también realiza diversas consideraciones.

Según la autora, de las referencias que Pomponio (D. 1.2.2.49), Gayo (*Inst.* 1.7), y Justiniano (*Inst.* 1.2.8) nos aportan en torno al citado *ius respondendi* en tres conocidos textos que han planteado a los investigadores graves dificultades interpretativas de orden filológico, y sobre todo de contenido –sin haber podido llegar a proporcionar respuestas unívocas a diversos problemas implícitos en los mismos-, la única certeza que se puede extraer es la de que de un *ius respondendi* se habla en tiempos de Augusto por primera vez, y que, también por primera vez, las opiniones de los juristas debieron de valer como decisiones ante el Tribunal.

El *ius respondendi*, en opinión de la prof. Fögen, aportó al mundo del derecho, al igual que lo hizo la aparición de las dos escuelas de los sabinianos y proculeyanos, una nueva diferencia, introduciendo orden y disciplina e instituyendo una jerarquía entre las opiniones, sin detener el razonamiento jurídico, pero restringiéndolo –al contrario que en el caso de las dos escuelas, aptas a favorecer la multiplicidad de las opiniones de los juristas, a generar controversias y salvarlas con el prestigio- mediante un “control de calidad” y de autoridad.

No obstante, si bien el *ius respondendi* supuso un intento de instituir una jerarquía, dando lugar a un nuevo desdoblamiento en la historia del Derecho romano –que se concretó en la diferenciación establecida entre juristas con y sin facultad de responder, donde sólo los primeros gozaban de una bendición política-, según la prof. Fögen también fue una invitación por parte del emperador a realizar la fusión de la antigua autoridad del derecho con la nueva autoridad política.

Una oferta –u orden- de fusión formulada por Augusto a los juristas en el sentido de reconducir la fuente o la legitimación de sus opiniones y disensos, es decir, de su *auctoritas*, a la *auctoritas* del emperador, que según la autora del ensayo tuvo un éxito escaso o nulo, puesto que los propios juristas la rechazaron, no ya con la respuesta abierta sino ignorándola, como en su opinión parece demostrarlo la circunstancia de que en el Digesto, excepto el fragmento ya citado de Pomponio –D. 1.2.2.49-, el *ius respondendi* no aparece jamás; en ninguna cuestión ningún jurista se remite a la especial *auctoritas propria* o a la de sus predecesores, maestros y colegas, fundando su respuesta sobre la misma; ningún jurista habla, responde o decide *ex auctoritate principis*; en el Digesto la *auctoritas* aparece fundamentalmente referida al tutor.

En conclusión, el empuje evolutivo sufrido por la política no impidió al derecho estabilizarse en la forma “clásica”, o lo que es lo mismo, el final político de la República no supuso también y necesariamente el final del derecho republicano.

Ante el rechazo a la invitación formulada por el emperador a los juristas en el sentido de emitir sus respuestas *ex auctoritate principis*, Augusto, con la finalidad de aclarar inequívocamente al derecho que existía un emperador y una nueva política en formación, recurrió a la legislación, incluso civil, como instrumento de su política de gobierno. Únicamente después, a partir de los nuevos textos que fueron promulgados, los juristas reaccionarían comentando diligentemente edictos y rescriptos imperiales,

y redactándolos ellos mismos para el emperador, tal y como en su momento hicieron para el pretor.

Con la legislación imperial y el encuadre de los juristas en su aparato burocrático se elaborará tras varios siglos un nuevo modelo, caracterizado por la unión estructural entre la política y el derecho, con el que, según la autora del ensayo, comienza un “nuevo capítulo de la historia del Derecho romano y un nuevo capítulo de las historias de derecho romanas”, del que la historia de Labeón y del emperador es sólo la primera.

Finalmente, la prof. Fögen se ocupa de describir y analizar la que en palabras de Ihering se presenta como una “singular aparición” en referencia al Derecho de Roma, así como también a la motivación dada que permite explicar la particular posición que el mismo –según se deduce de las fuentes disponibles, en todo lo que los romanos hicieron, pensaron, creyeron y comunicaron de forma efectiva- ocupó dentro de la estructura social romana.

Según la autora, de entre los distintos subsistemas que componen el conglomerado originario de las comunicaciones sociales, dentro de la estructura social romana, el derecho fue el primero en iniciar, frente y respecto a los demás, su proceso de diferenciación y separación de dichas comunicaciones generales, de cerramiento y autorreferencialidad; proceso del que de diversa forma nos dan cuenta tanto Pomponio como Cicerón en sus escritos. Fundó, cuidó y construyó su propio lenguaje, hasta que el mismo fue comprensible a sus creadores. Formó sus propios especialistas, olvidando progresivamente su extracción social y familiar. Encontró sus propias formas de razonamiento en la *disputatio*, en el *responsum* y en el comentario, y desarrolló su propio método específico de análisis.

Sin embargo, la religión quedó ligada muy estrechamente a la familia y a la política, agotándose en las prácticas del culto sin generar una reflexión de segundo nivel o una teología.

La economía romana no se separó, ni siquiera después de la invención de la moneda, de los mandamientos de un estilo de vida de clase, que hacían imposible un pensamiento y un funcionamiento según el código económico de ganancias y pérdidas, siendo el modelo económico predominante, aun a pesar de las importantes relaciones comerciales, el de la economía inmobiliaria, que se encontraba asentado en el arcaico significado de economía como “gobierno de la casa”, referente a todos los aspectos de la familia.

La política estuvo estrechamente conectada con estructuras de clase y con tareas militares hasta la época imperial. Tampoco se pudo establecer una distinción funcional al no existir un “aparato burocrático” dotado de los servicios y organismos administrativos correspondientes. Asimismo el nivel de reflexión filosófica y teórica sobre el “Estado” fue inicialmente débil, y después tuvo una fuerte dependencia de los modelos griegos.

La filosofía y las ciencias tampoco crearon sus propias instituciones en forma de escuelas secundarias y superiores. Ni se unieron en doctrinas y unidades de razonamiento ininterrumpidas que hubieran podido asumir sobre ellas el análisis de la sociedad.

Fue únicamente, y con independencia del jurídico, el subsistema social militar el que, gracias a su experiencia secular, comenzó a estructurarse y organizarse en época republicana, consiguiendo emanciparse sólo lentamente de la estructura social, estableciendo una serie de funciones y prestaciones, hasta convertirse en la época augustea en un “cuerpo cerrado”.

De todo lo indicado se deduce por tanto, según la autora, la estrecha interrelación e interconexión existente entre los distintos subsistemas sociales que, en su opinión, aparecen durante bastante tiempo estancados en su evolución, presentando la forma de

un conglomerado amorfo, del que muy pronto se diferencia y en su evolución se separa el jurídico.

En este sentido, la prof. Fögen, tras haber señalado distintos ejemplos ilustrativos de cuestiones de las que sólo en sus aspectos jurídicos se ocuparían los juristas romanos, dejando al margen las implicaciones de otro tipo también contenidas en las mismas, vuelve a insistir en la circunstancia de que el derecho no toma en consideración todo aquello que para Cicerón resultaba importante, y que erróneamente también creía importante para los juristas.

Todo lo que se desarrolla en la política, en las guerras externas o internas, en el arte, en la técnica, en el culto, es decir, todo lo que se desarrolla “fuera” del derecho –el “no-derecho”- no se refleja en los textos jurídicos. Tampoco, como pretendía Cicerón, el gobierno, la filosofía o el arte militar.

El razonamiento jurídico, como es sabido, sólo tomó en consideración y puso de manifiesto dentro de las tensiones vitales lo que constituía un problema jurídico, o que se convertía en tal a partir de su valoración como tal por parte de los juristas.

Si bien se ha señalado que el Derecho romano se caracteriza por su “proximidad a la vida” en lugar de la abstracción, por la praxis en lugar de la teoría, por el *casus* y los *exempla* en lugar de las doctrinas, ello no debe inducir a creer, según la prof. Fögen, que el derecho acogió la totalidad de la vida surgida dentro de la amplitud de comunicaciones de la sociedad romana. Admitió sólo una selección mínima; tanta vida cuanto necesitaba, y cuanta quería y podía elaborar.

A fin de cuentas esta fue tan escasa que por ello, en opinión de la autora del ensayo, el Derecho romano aparece abundantemente falto de historias, de nombres y de tiempo. Sólo conoce, dice expresivamente la prof. Fögen, “ciudadanos romanos (y después peregrinos), personas sin *status* u origen, sin historia, sin cara, sin nombre: *quis* y *qui*, si es necesario también *quae* (ya que *quis* puede significar *quae*) son suficientes para el derecho”. Conoce sólo su propio tiempo, que comprendía desde las doce Tablas, pasando por los *veteres*, hasta llegar a los juristas contemporáneos; tiempo en el que no existían hombres, sucesos ni acontecimientos, sino solamente una cosa: la dogmática jurídica.

Dando por sentado que algunas de las condiciones que posibilitaron que el derecho se convirtiese en un subsistema diferenciado, cerrado y autónomo se pueden extraer a partir de algunos elementos obtenidos del análisis del proceso operado, ya indicados a lo largo de su ensayo por la prof. Fögen, la autora no deja de preguntarse cómo pudo suceder que durante la República el derecho se escindiese de la plenitud de la vida en una medida mucho más amplia que cualquier otro subsistema de la sociedad romana, encontrando su específica selección y estableciendo un límite neto entre sí mismo y el resto del mundo; así como también si ello dependió quizá del hecho de que el “resto del mundo” solicitase al propio derecho poco o nada.

Según la autora la respuesta a estas preguntas se encuentra en la circunstancia de que el derecho estuvo ampliamente liberado de interacciones y conexiones onerosas, desestabilizantes, obligatorias. Habitó en un lugar seguro donde pudo nutrirse de los “casos” que él mismo producía y procuraba, así como especificarse en modo autorreferencial, casi autístico.

En opinión de la prof. Fögen, la evolución del Derecho romano fue deudora verosímilmente –y, añade también, “bastante sorprendentemente”- del largo estancamiento sufrido en la coevolución de otros sistemas, y entre ellos, en particular, del político, que pudiéndose apropiarse de aquél para sus propias exigencias, impedirlo, sacudirlo, destruirlo o dominarlo, sin embargo no lo hizo.

En este sentido, la autora destaca que hasta la época de Augusto, y todavía con posterioridad, el derecho no fue creado, ni guiado, ni turbado, ni usado, ni ocupado, ni investido en tareas por la política. No existió un derecho público, fiscal, administrativo, o de seguridad pública; únicamente en materia penal produjo lo indispensable. Su prestación al mundo circundante —y ello no fue poco, según la prof. Fögen— consistió, por una parte, en canalizar un tipo de violencia específica y muy determinada: la que se expresaba en el litigio; por otra, en la preparación de reglas (preceptos, máximas) fiables, seguras, con la invención de nuevos edictos, fórmulas y figuras, absorbiendo así el potencial de conflicto y planteándolo al mismo tiempo sobre un nivel más elevado.

También en el plano cognitivo el derecho se mantuvo abierto a los más bien escasos eventos técnicos y económicos que fueron apareciendo progresivamente, prestándoles servicio cuando fue requerido para ello —por ejemplo, mediante el contrato de compraventa o el préstamo marítimo, una vez que fue ideado el dinero y que las naves romanas comenzaron a surcar los mares, respectivamente—. Tanto las relaciones económicas en la familia, como la propia familia, recibieron protección por parte del derecho a través de normas y principios, pero sin que el propio derecho se arrogase por sí mismo o se hiciese atribuir la función de inmiscuirse en el orden social de la familia o en la praxis económica tradicional.

De todo lo expuesto, y dando por supuesto que sobre la posible importancia del Derecho romano para la sociedad de la República sólo se pueden avanzar suposiciones, la prof. Fögen considera que el campo de aquél, dejando aparte el área de los problemas políticos, económicos, militares y sociales, debió de ser más bien reducido y circunscrito.

Tras haber contado las grandes historias de su fundación, historiadores romanos de la talla e importancia de Livio, Dionisio y Tácito, lo perdieron de vista; tanto como para paradójicamente desconocer —y he aquí una patente contradicción entre historiadores antiguos y modernos, que vuelve a poner de manifiesto la autora del ensayo— que el derecho de sus días fue, según afirman con rotundidad algunos historiadores modernos, como Heuss o Ihering, respectivamente, “la más original objetivación del saber humano” y “el fruto más maduro de su espíritu”.

VII. EPÍLOGO E IMPRESIONES.

La prof. Fögen termina sus reflexiones recordando que el Derecho romano inició su fulgurante carrera mucho más tarde, cuando ya no existió Roma, sino la idea de Roma, que sirvió como referente del Medievo a Constantinopla, a Moscú, para la Iglesia, y, sobre todo, para el nuevo Imperio sacro-romano de Occidente.

Al existir un Imperio, el derecho no se hizo esperar. Así, en el período comprendido entre los siglos XII y XIX-XX se generó una gran cantidad de razonamiento jurídico, totalmente erudito, que giró en torno al derecho elaborado en la época republicana, algunas de cuyas invenciones jurídicas originariamente romanas dieron lugar a efectos demedidos e inesperados, no sólo en el campo del derecho sino también en el orden económico, social y político. A su vez, las que la autora califica como “conquistas evolucionistas del Derecho romano del Medievo” fueron las condiciones que posibilitaron engarzar con conceptos jurídicos las batallas y discusiones sobre señorío y soberanía, que permitieron configurar en términos jurídicos los conflictos entre el Papado y el Imperio, y que hicieron factible llevar a cabo experimentos de autorrepresentación política con el contrato social, según el modelo consensual romano.

Para la prof. Fögen todo lo indicado conduce a sostener que no existe una evolución bimilenaria del Derecho civil romano. Existió, eso sí, una República romana y

un Derecho romano –que se contentó con poco y se autolimitó-, y después otros numerosos derechos a los que Roma sirvió como historia de fundación. Es más, añade la autora, existió también “otro” Derecho romano que encontró su texto originario, su “fuente”, y quizá su *ratio* en el Digesto, del que tampoco faltaron historias sensacionales –el hallazgo del manuscrito, el hurto de la Florentina, el acuerdo de Federico Barbarroja con los juristas boloñeses, la constitución del emperador Lotario- mediante las que, en opinión de la prof. Fögen, se narran las nuevas y sorprendentes correrías de la evolución del derecho, que darían suficientes páginas, no ya para hacer un nuevo capítulo, sino más bien un libro.

El ensayo de la prof. Fögen se presenta como una obra particularmente original y de compleja elaboración por la multiplicidad y variedad de elementos que se contienen en la misma primorosamente engarzados.

Utlizando un lenguaje muy cuidado y a la vez sencillo y fluido, la autora logra mantener a través de los diferentes capítulos en que se divide su ensayo el interés e intensidad de las cuestiones en ella tratadas, despertando la curiosidad intelectual del lector, y consiguiendo atraer su atención sin dificultades, con la finalidad de que aquél pueda comprender nítidamente, en su esencia, la interesante visión de conjunto que, sobre las líneas básicas por las que discurre la historia de la evolución del Derecho romano como sistema social, nos ofrecen en toda su riqueza de matices y tonalidades los antiguos.

Con independencia de que la obra de la prof. Fögen quizá pueda ser calificada, en cuanto a su elaboración, contenido y resultados, de forma crítica por parte de un sector doctrinal defensor a ultranza del recurso a los cánones metodológicos y dogmáticos tradicionalmente establecidos y utilizados para llevar a cabo la exposición e interpretación de la Historia de Roma y su Derecho, entendemos que, tanto por su estructura, sólida y ordenada, así como por su contenido amplio, riguroso y fundamentado, y su planteamiento, en notable medida atípico, novedoso, sugerente, y en cierto sentido revolucionario, debe ser necesariamente interpretada y valorada en sus justos términos como una obra artística; es decir, con deleite y particular sensibilidad.