

# Realidad histórica y elementos legendarios en el derecho romano primitivo y en la Ley de las XII Tablas

Por Luis Rodríguez Ennes<sup>135</sup>

## Sumario

I. Preliminares; II. *Leges Regiae*; III. *Mores Maiorum*; IV. Las XII Tablas; IV. 1. *Historicidad*; IV. 2. *Crítica a los elementos legendarios*; IV. 3. *Palingenesia*; IV. 4. *Pervivencia a través de la interpretatio*

## I. Preliminares

Las primeras etapas del derecho romano no se conocen, aunque la legislación comparada y el análisis de las instituciones del derecho romano histórico han permitido a los autores llegar a algunas conjeturas, más o menos plausibles,

---

<sup>135</sup> Catedrático Emérito de Derecho Romano (Universidad de Vigo, España). Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Comahue y la Universidad de Flores.

referente al carácter y conceptos fundamentales del orden jurídico prehistórico. Es imposible decir qué papel pueden haber desempeñado las influencias extranjeras o preitalicas en la evolución jurídica de aquellos días. Algunas teorías de época pasada, que consideraban al derecho romano derivado totalmente de ideas desarrolladas milenios antes en Egipto o en cualquier otra parte del Oriente y milagrosamente trasplantadas a Italia, eran puramente fantásticas.

Más seria es la cuestión de las influencias etruscas; tanto más, puesto que algunas prácticas religiosas de los romanos fueron indudablemente aportación etrusca, tales como el examen de las entrañas a las víctimas sacrificadas (*haruspicina*). En efecto, es muy probable que los romanos heredasen ciertos rasgos de su constitución, como el *imperium*, de sus dominadores etruscos. Sin embargo, no se ha aducido todavía ninguna prueba segura en apoyo a la hipótesis de un origen etrusco de instituciones de derecho privado romano. En la sugerencia de tales influencias, lo más recomendable es la cautela, puesto que el derecho etrusco nos es totalmente desconocido. Con toda probabilidad el desarrollo de sus doctrinas e instituciones jurídicas fue adquisición original de los romanos en el comienzo y continuó siéndolo hasta el fin. Las influencias etruscas, luego griegas y otros influjos extraños se referían tan solo a detalles y fueron asimiladas sin que afectasen al espíritu y estructura del sistema general.

## II. *Leges Regiae*

En los primeros tiempos, como todo pueblo primitivo, los romanos vivían según su derecho no escrito, consuetudinario. No se sabe cuándo fueron dictadas por primera vez normas jurídicas en forma escrita. Oímos hablar de *leges regiae*, o sea, “leyes de los reyes”, que se supone han emanado de algunos de los primeros monarcas. Al mismo Rómulo se atribuyeron varias de estas leyes; y hay también, algunas muy pocas atribuidas a Numa Pompilio, el segundo rey, y a otros. En época desconocida, probablemente no antes del final de la República, las *leges regiae* fueron reunidas, según la tradición romana, por un tal Sexto Papirio; este libro se conocía con el nombre de *Ius Papirianum*.

El *Ius Papirianum* —si es que existió alguna vez— se nos ha perdido, pero cierto número de leyes aparentemente dictadas por los reyes se han conservado en las obras de escritores romanos y griegos posteriores. Su origen es desconocido,

aunque algunas se remontan evidentemente a un período primitivo probablemente pre-republicano. Sin embargo, en general, la tradición referente a ellas no es más fidedigna que la que atribuye a Servio Tulio las principales instituciones de la constitución republicana. En todo caso, desde el punto de vista de la historia del derecho romano, su importancia es pequeña porque, en cuanto puede verse de lo que dan a entender los restos, la mayoría de ellas pertenecían a materia de *fas* más bien que a materia de *ius*.

### III. *Mores maiorum*

La expresión *mores maiorum* quiere decir, literalmente, “costumbres de los antepasados”, si bien el vocablo castellano “costumbres” no traduce exactamente la expresión latina *mores* (plural de *mos*), que tiene un contenido más rico que la correspondiente traducción. Es cierto que las instituciones jurídicas romanas, como las de otros pueblos, tuvieron origen consuetudinario, pero, dada la naturalidad de este fenómeno, los romanos no suscitaron nunca el fundamento de la validez de las instituciones propias. El término *mos* es bastante antiguo, pero no indica la realidad jurídica sino más bien el hecho de que una determinada conducta está de acuerdo con una tradición, y por ello se refiere a los hechos que tienen un más decidido carácter social, como son los ritos religiosos y la conducta moral de cada ciudadano. Pero, en el derecho primitivo, los *mores* inveterados, la traición de una moralidad comprobada, era lo que se imponía a los ciudadanos como norma de sus recíprocas relaciones y en sus vinculaciones con los dioses. Los actos civiles, tanto públicos como privados, se repetían según esa norma antigua, de la misma manera que los fenómenos de la naturaleza se van repitiendo según leyes permanentes. La interrupción de esa vieja moralidad constituía una infracción, un pecado. Las autoridades religiosas, es decir, los llamados “pontífices”, eran las encargadas de sancionar y aclarar el sentido y el alcance de los *mores maiorum*. Es así que el derecho, la religión y la moral constituía un todo único.

Como consecuencia natural de estas actividades de los pontífices surge el concepto de *ius*, cuya fuente son los *mores* interpretados y concretados por los pontífices, lo cual les da un cierto carácter de moralidad especialmente ordenada que, cuando se refiere a las relaciones humanas entre ciudadanos, recibe el nombre de *ius civile*. Pero como la conducta humana no se gobierna únicamente

por órdenes, surge, al lado del *ius*, un nuevo concepto, más embebido de sentido religioso, que recibe el nombre de *fas* y que es propiamente lo lícito desde el punto de vista religioso, es decir, “todo acto humano no prohibido”. En la medida en que el *ius* es lo lícito civil, el *fas* es lo lícito religioso, pero como en las relaciones que afectan a la divinidad hay más prohibiciones que mandamientos, toda conducta contraria al *fas* se considera “nefasta”, es decir, sinónima de pecado; sin embargo, a fines del siglo IV y principios del III a. C., los términos *ius* y *fas* se utilizan para referirse al derecho y a la religión, respectivamente. Ello es consecuencia de la secularización de la jurisprudencia, es decir, de que dejaron de ser intérpretes y exclusivos conocedores del *ius* los pontífices y pasaron a serlo los *prudentes*, es decir, personajes detentadores de una función libre y pública, que no tenía ya nada que ver con la religión pagana y que tenían prestigio derivado de que sabían lo que se podía hacer y lo que no.

## IV. Las XII Tablas

### IV.1. Historicidad

La primera legislación romana verdadera de la que tenemos noticia —y muy verosíblemente la primera acometida por los romanos— apareció hacia la mitad del siglo V a. C., debido a la lucha entre patricios y plebeyos. Los datos que poseemos en torno a la génesis de esta legislación nos son facilitados fundamentalmente por la narración de Tito Livio (*Ab Urbe Condita* 3, 9/57), y por las referencias que a ella hacen otros historiadores: Dionisio, 12, 23/26, Tácito, (*Annales*, 3, 27), además de Cicerón (*De Republica*, 2, 36/37) y Pomponio (D. 1, 2, 2, 3/6). La falta de veracidad de estas informaciones, llenas de las inexactitudes y anacronismos propios de la analística y la historiografía antigua, no ofrece duda alguna; sin embargo, no cabe deducir de ellos, sin más, la negativa de la historicidad de las XII Tablas, como pretendió Lambert,<sup>136</sup> según el cual, la Ley de las XII Tablas sería una recopilación de reglas jurídicas,

---

<sup>136</sup> Lambert, Edouard (1903). *Etudes de droit commun législatif*. Tomo I. París: V. Giard & E. Brière, pág 500 y ss.

basadas en antiguas costumbres y hechas por un jurista del siglo II a. C. Bajo ropaje literario, es indudable que aquellas narraciones contienen datos ciertos.

La autenticidad de las XII Tablas aparece testimoniada no solo por las referencias de los autores antes mencionados, sino también por el recuerdo que de la misma y de su derecho; conservó la tradición jurídica: Sexto Elio Peto Cato, Lucio Acilio, Cicerón (*De legibus* 3, 23, 59), Servio Sulpicio Rufo, Labeón (*ad Duodecim Tabularum libri*, cfr. *Palingenesia Iuris Civilis* I, 502) y Gayo (*ibid.* 242 ss.), comentaron la ley decenviral, cuyo texto es además familiar a los profanos, como resulta de las alusiones que al mismo tiempo hacen Aulo Gelio, Varrón, Festo y otros autores, hasta el punto de ser objeto de aprendizaje escolar, según afirma Cicerón: *discebamus enim pueri XII ut Carmen necessarium* (*De legibus* 2. 23. 59). Puede también darse por cierto que las XII Tablas fueron obra de un decenvirato legislativo (*placuit publica auctoritate decem constitui vires*, D. 1, 2, 3, 4), al que atribuidos poderes dictatoriales (*da tumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges, et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur, neque provocatio ab eis, sicut a reliquis magistratibus fieret*, D. eod.). Refiere Pomponio que después de finalizada su tarea y hechas públicas las leyes (*quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi*), los decenviros advirtieron que estaban incompletas (*qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus*), por lo que tuvieron la prolongación de su magistratura durante un año más, añadiendo así dos tablas más a las diez anteriores (*ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum*).

## IV. 2. Crítica a los elementos legendarios

La historicidad de este segundo decenvirato legislativo, del que habrían formado parte tres plebeyos, es dudosa y, por lo menos puede darse por falsa la narración de Livio respecto a su caída a raíz de una sublevación de la plebe, motivada por los abusos de aquel, y por increíble el hecho de que —a pesar de todo— estas dos *tabulae iniquae* hubiesen sido publicadas con las anteriores por los dos cónsules del a. 449, quienes, antes de partir para la guerra contra los equos y sabinos (Livio, 3, 57, 10: *leges decenvirales, quibus duodecim tabulis est nomen, in aes incisae in publico propusuerunt*).<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Arangio Ruiz, Vicente (1937). *Storia del Diritto Romano*, Napoli: Eugenio Jovene, pág. 56 y ss.

La fecha que la tradición asigna a la ley decenviral (451/449) puede admitirse como cierta, sin que haya que pensar en una anticipación, como pretendió Pais.<sup>138</sup> Una serie de datos extraídos del propio contenido de la ley hacen perfectamente verosímil su cronología: así en la venta del deudor insolvente *trans Tiberim* subyace el hecho de que una de las dos orillas del Tíber estaba fuera del territorio romano, lo que efectivamente sucedió hasta la toma de Veyes el año 396 a. C. La exigencia de que el *vindex* sea *adsiduus* indica que la ley es posterior a la creación de las primeras tribus rústicas.<sup>139</sup> Tito Livio refiere que antes de la designación del decenvirato legislativo (3, 33) fue enviada una embajada a Atenas con el encargo de *inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta, mores iuraque nescere* (3, 31); Dionisio (10, 56) alude también a este hecho e igualmente Pomponio (D. 1, 2, 3, 4)... *per quos (legati) peterentur legibus Graecia civitatibus*; Aulo Gelio (20, 1, 4) y Cicerón (*De legibus*, 2, 59 y 64), por su parte, hacen referencia a influencias de las leyes de Solón (s. VI a. C.) en la ley decenviral. La inverosimilitud de esta parte de la tradición, duramente criticada por Pais,<sup>140</sup> no ofrece ninguna duda. Se pensó, sin embargo, en una posible influencia griega a través de las ciudades de la Magna Grecia, pero incluso esta hipótesis debe ser excluida,<sup>141</sup> puesto que del análisis del contenido de la Ley no se deduce sino su genuina originalidad, salvo por lo que se refiere a las prescripciones relativas al lujo en los funerales, a las que justamente alude Cicerón y que incluso pudieron haber sido imitadas de las leyes de Solón a través de Etruria. Las necesidades de explicar las coincidencias de este género mediante influjos es, además, propio de las mentalidades primitivas, siempre prontas a imaginar embajadas y similares medios de comunicación, circunstancia a la que ha de añadirse la tendencia analítica de considerar muy antiguas las relaciones entre Grecia y Roma.

También está en contra de la realidad histórica y del propio contenido de la Ley, la finalidad que la tradición atribuye a la exigencia de su promulgación; Livio habla, en efecto, de que con la legislación decenviral se había pretendido establecer la igualdad jurídica para todos (3, 34... *omnibus, summis, infimis-*

---

<sup>138</sup> Pais, Ettore (1915-1921). *Richerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*. Roma: Ermanno Loescher. Tomo I, pág. 598 y ss. y II, 546 y ss.

<sup>139</sup> Arangio-Ruiz, Vicente. *Storia*, cit., pág. 58 y ss.

<sup>140</sup> Pais, Ettore. *Richerche*, cit., III, pág. 283 y ss.

<sup>141</sup> Arangio-Ruiz, Vicente. *Storia*, cit., pág. 56 y ss.

que, *intra aequasse*), en relación con lo cual se encuentra en la creación de una comisión mixta de patricios y plebeyos para la elaboración de las leyes (3, 31); igualmente incongruente con las pretensiones políticas que la tradición quiere atribuir a la Ley (Livio 3, 9). La crítica de Baviera ha sido definitiva a este respecto.<sup>142</sup> La finalidad real debió de ser la necesidad de tener constancia del derecho aplicable, arrebatando así —en buena parte— a los pontífices pertenecientes a las clases dominantes, el monopolio que tenían sobre el derecho, con lo que se produjo un paso decisivo para su laicización.<sup>143</sup> A esta necesidad de certeza en el derecho alude justamente Pomponio en D. 1, 2, 2, 3: *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae excolerunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem...*, a ello vino a poner fin precisamente el decenvirato legislativo (*postea ne diutius hoc fieret...* D. 1, 2, 2, 2, 4). Las XII Tablas constituyen así un instrumento de las libertades ciudadanas, idea en la que descansa el hecho de la prohibición, por las mismas impuesta, de que los magistrados pudieran dar leyes contra algún particular (*privilegia ne inroganto*).<sup>144</sup> Cabe decir, pues, que las XII Tablas en cuanto derecho fijado por escrito, significan un avance o hito decisivo en la estructuración de la comunidad jurídico-política que será la *civitas*.<sup>145</sup>

### **IV. 3. Palingenesia**

El texto original de las XII Tablas, probablemente perdido en el incendio de Roma causado por la invasión gala (390-389 a. C.), ha podido ser en gran parte reconstruido en base a las referencias y citas, a veces incluso literales, de los autores de fines de la República y comienzos del Principado. A pesar del arcaísmo que presenta el latín de estas citas, no cabe duda de que el mismo ha sido modernizado, e incluso es preciso precaverse contra el riesgo de admitir como perteneciente al texto de las XII Tablas todo lo que aquellos autores

---

<sup>142</sup> Baviera, Giovanni (1925). *Contributo critico alla storia della Lex XII Tabularum* en *Studi Perozzi*. Palermo, pág. 1 y ss.

<sup>143</sup> Arangio Ruiz, Vicente. *Storia*, cit., pág. 54 y ss.

<sup>144</sup> Cic. *De Legibus*, 3, 4, 21).

<sup>145</sup> Fuenteseca, Pablo (1987). *Lecciones de Historia del Derecho Romano*. Madrid: El Autor, pág. 83 y ss.

refieren a las mismas, en virtud del fenómeno de la concentración histórica, propio de los escritores de la antigüedad. Algunas citas contienen la indicación numérica de la tabla en que se encontraban algunas materias, lo cual unido al antes mencionado comentario de Gayo a la ley decenviral, permitió la reconstrucción del orden de materias. Entre los más importantes de estos intentos cabe destacar los de Dionisio Godofredo,<sup>146</sup> Dirksen,<sup>147</sup> Schoell,<sup>148</sup> Voigt<sup>149</sup> y, finalmente, Bruns<sup>150</sup> y Riccobono,<sup>151</sup> texto que seguiremos aquí nosotros al analizar el contenido de la Ley, que se presenta integrado por un conjunto de preceptos, fundamentalmente relativos al *ius civile* mediante los que se regula parcialmente el derecho primitivo, recogiendo los *mores maiorum* e introduciendo algunas innovaciones. Su estilo se caracteriza por la sobriedad de expresión, con frecuentes elisiones verbales y uso del imperativo, lo cual había de tener influencia en el modo de redacción de las leyes posteriores y en los dictámenes de los juristas.

Las Leyes de las XII Tablas tienen la forma de mandatos y prohibiciones breves, a veces hasta el punto de resultar oscuras. Se refieren a la comparecencia antes el tribunal y a la ejecución, al derecho de familia, de testamentos, sucesión, propiedad, contratos y delitos, como las clasificarían los juristas modernos. Otras tratan de cuestiones de derecho sagradas, derecho público y derecho penal, para adoptar de nuevo un sistema moderno de clasificación. Algunas regulan la conducta de los ciudadanos, tales como varias leyes que prohíben, a la manera típica de los antiguos estados-ciudad, la ostentación de lujo excesivo en los funerales. Las XII Tablas reflejan la vida de una primitiva sociedad agrícola que creía en la hechicería (*malum carmen incantare*) y tenía un concepto rígido y a menudo severo de la responsabilidad. Sin embargo, aun cuando arcaico en forma y contenido, el derecho decenviral había avanzado

---

<sup>146</sup> Godofredo (1622). *Corpus Iuris Civilis Romanum in quo institutions*. Geneve.

<sup>147</sup> Dirksen, Heinrich (1824). *Versuche Zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts*. Leipzig: J.C. Hinrichs.

<sup>148</sup> Schoell, R. (1866). *Legis duodecim tabularum reliquae*. Leipzig: B. G. Teubner.

<sup>149</sup> Voigt, M. (1866). *Die Zwölf Tafeln*. Aalen.

<sup>150</sup> Burns, C (1909). *Fontes Iuris Romani Antiqui*. Tomo I. 7ª edición. Tübingen: In Libreria I.C.B. Morí, pág. 15 y ss.

<sup>151</sup> Riccobono, Salvator (1941). *Fontes Iuris Romani Anteiusiniani*. Tomo I. 2ª edición. Firenze: Leges, pág. 21 y ss.

considerablemente más allá de la etapa más primitiva. Muestra alguna evolución en la técnica jurídica. La fuerza privada no controlada se reprimía y reemplazaba por formas regulares de procedimiento; la venganza privada estaba limitada en algunos casos por el principio de la represalia y, en otros casos, la pena pública o la composición privada habían ocupado su lugar. Aparece la facultad de hacer distinciones más sutiles en el diferente trato previsto para el homicidio voluntario y casual.

#### ***IV. 4. Pervivencia a través de la interpretatio***

La *interpretatio iuris*, reconocida como una fuente oficial del *ius civile*, se remonta a épocas muy tempranas y debe de haber comenzado pronto después de la promulgación de las XII Tablas. Pretendía sacar provecho del derecho llevándolo a consecuencias no afrontadas por los decenviros y realmente ajenas a sus intenciones, pero que podían deducirse de las palabras. Esto se llevó a cabo de diversos modos. El formalismo arcaico excluía todo cambio en la letra del derecho o de las formas de acción judicial proporcionadas por él. Pero la significación de las palabras que se encuentran en las fórmulas jurídicas podía extenderse más allá de su sentido literal. El jurista Gayo (siglo II d. C.) refiere el siguiente caso que se supone haber ocurrido en los primeros tiempos.<sup>152</sup> Un hombre perdió el pleito porque había explicado el daño cometido por el acusado tal como era —o sea, como un corte de sus viñas (del demandante)— en tanto que las XII Tablas se ocupaban tan solo del corte de “árboles” como causa de acción. Sin embargo, podía haber ganado la causa si hubiese usado la fórmula correcta suministrada por la ley, puesto que la palabra “árbol” podía sobreentenderse que comprendía viñas.

Otro método —quizás el más arcaico, pero también el más ingenioso— era el de servirse directamente de normas de derecho, entendidas en un sentido muy formalista y literal, para producir efectos ajenos a su fin original. Fue este método el que enriqueció el derecho romano sin necesidad de recurrir a la legislación. Como ejemplo, puede mencionarse la invención de un modo de enajenar a su hijo de la patria potestad, posibilidad no proporcionada por el derecho. Este se efectuaba mediante un uso habilidoso de la norma de las XII

---

<sup>152</sup> Gai, *Inst.* 4, 11.

Tablas, según la cual terminaba automáticamente la *patria potestas* sobre el hijo que el padre había vendido por tercera vez. El padre enajenaba al hijo tres veces como mera formalidad y por un precio ficticio. El adquirente manumitía dos veces al hijo que, de este modo, se reintegraba a su antigua condición de *filius familias*. Sin embargo, después de la tercera enajenación y manumisión el hijo ya no volvía a caer bajo la *patria potestas* del padre.

Durante un milenio, las XII Tablas continuaron siendo el único intento hecho por los romanos de una codificación completa de sus leyes, pues el Edicto del pretor, aun en su forma final y semejante a una ley, no era una verdadera codificación del derecho sino solamente una exposición de las formas y condiciones de recursos judiciales. Y durante un milenio este primer intento, que inauguró la historia documentada del derecho romano, fue considerado por los romanos como la base de todo su orden social, sin tener en cuenta el hecho de que la mayoría de sus normas perdieron la importancia práctica. No fue hasta el tiempo de Justiniano en el siglo VI d. C. cuando se hizo otro intento próspero de codificación –en esta época de un carácter enteramente diferente– y esta segunda codificación señaló el final de la historia del derecho romano, en cuanto derecho del Estado romano.