

# El renacimiento del derecho romano

*Elisur Arteaga Nava \**

*El derecho romano, durante algunos años, dejó de ser una disciplina importante en la formación de los juristas; no obstante ello, de un tiempo a la fecha, se ha visto un renacer, cuando menos desde el punto de vista editorial, con la edición de un crecido número de obras en español. Sin duda el interés por esa ciencia se despertará con la reedición de una de las obras monumentales de la ciencia jurídica, la de R. von Ihering el espíritu del derecho romano, que próximamente saldrá a la luz; ella es ejemplo de auténtica erudición, originalidad, profundidad y de narración amena. Ese trabajo, junto con las obras de Savigny y Mommsen, son las tres grandes cumbres del derecho romano y de su historia.*

*The Román Law, for some years, stopped being an important discipline in the formation of ofjurists; however, a renaissance has lately sprung, at least from an editorial point ofview, with the edition of a large number of works in Spanish. There is no doubt the interest in that cience will awaken with the reedition of R. von jhering 's monumental El espíritu del derecho romano (The spirit of the Román Lawl which will soon see the light. This is an example of authentic erudition, originality, depth and pleasant narration. This work, along with those ofSavigny and Mommsen, are the three great pinnacles of the Román Law and its history.*

**Sumario: 1. Nota introductoria. / 2. El espíritu del derecho romano de Ihering. / 3. Vida y obra de Ihering. / 4. La influencia de la obra de Ihering. / 5. El derecho romano en la actualidad. / 6. Algunos temas desarrollados por Ihering. / 6. 1. Costumbre y derecho. / 6. 2. Las fuentes griegas del derecho romano. / 6. 3. El concepto del respeto a la ley. / 6.4. El temor y el cumplimiento de la ley. / 6. 5. Derecho y moral. / 6. 6. La ley y la fuerza. / 6. 7. Evolución de los conceptos. / 6. 8. La interpretación de la ley y de los contratos. / 7. Epílogo. / 8. Características de la edición.**

## 1. Nota introductoria

Hasta hace unos veinticinco años el derecho romano fue una disciplina que mereció un espacio considerable en las escuelas y facultades de derecho; en el lapso en que los planes de estudio contemplaron ciclos académicos anuales, su estudio se cubría en dos años, en cursos que excedían las sesenta horas. Mientras hubo abogados que dominaban el latín se contó con sobresalientes maestros; en los años cincuenta y sesenta sobresalieron don Luis Armas Farías, un brillante latinista y romanista como muy pocos; él para ingresar al claustro de profesores de la facultad de derecho de la Universidad Nacional, al sustentar su oposición, hizo sus réplicas en latín e impartió con autoridad y generosidad el segundo curso de derecho romano durante más de cuarenta años en la Escuela Libre de Derecho.

Otro gran romanista lo fue don Javier de Cervantes, un caballero elegante y distinguido, siempre vestido de negro, que aunaba al dominio del derecho romano un profundo conocimiento de la historia del derecho, como que fue el heredero de la cátedra que dejara a su muerte don Toribio Esquivel Obregón. Impartía el curso de historia del derecho tanto en el doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM, como en la Escuela Libre de Derecho. Otro gran maestro, un jurista sin par, excepcional expositor y un buen latinista, fue don Jerónimo Díaz, quien enseñaba el primer curso de derecho civil tomando como libro de texto el *traité élémentaire de droit civil*, en sus explicaciones partía necesariamente y en todos los casos, del derecho romano; junto a ellos, aún jóvenes estaban don Ramón Sánchez Medal y don Sabino Ventura Silva, quienes igualmente eran latinistas y profundos conocedores del derecho romano; sirvieron la

\* Profesor-investigador, Departamento de Derecho, UAM.

cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Durante los años cuarenta y cincuenta todavía se veían casos en que los estudiantes de licenciatura, al sustentar su examen profesional, escogían como temas de tesis alguna de las materias que son objeto del estudio del derecho romano. Esto ya casi desapareció.

El cambio de los planes de estudio y, principalmente, al convertir los ciclos de anuales en semestrales, repercutió en la enseñanza del derecho romano; lo que es más, en algunas escuelas o departamentos de derecho desapareció como disciplina obligatoria o, en el mejor de los casos, se conservó como optativa. Esto repercutió en la formación de los juristas.

Durante mucho tiempo, a falta de otra obra más didáctica, en las escuelas y facultades se tuvo como libro de texto *el tratado elemental de derecho romano* de E. Petit. Su consulta, aunque ha venido a menos, sigue siendo indispensable.

El estudio del derecho romano vino a menos durante algún tiempo; no obstante ello, de unos años a la fecha se ¡ha notado, cuando menos desde el punto de vista de la labor editorial, un renacer, prueba de ello es la publicación, en castellano, entre otras, de *las pandectas* y *las institutas* y de las obras de Juan Iglesias y Alvaro D'Ors, en España; de Marta Morineau Iduarte, Román Iglesias González, Guillermo Floris Margadant y José de Jesús Ledesma, en México. El los han venido a dar un nuevo sentido a la enseñanza de esa rama del derecho. A lo anterior debe sumarse la reedición y publicación de un número crecido de obras que, aunque no están referidas propiamente al derecho romano, sí explican su surgimiento y desarrollo, como lo son las de Tito Livio, Cicerón, Herodiano y, recientemente Quintiliano.

Próximamente, bajo el sello editorial de oxford university press, saldrá a la luz la reedición de una de las obras cumbres del derecho: *el espíritu del derecho romano* del gran maestro R. von Ihering.

## 2. El espíritu del derecho romano de Ihering

*El espíritu del derecho romano* del profesor R. von Ihering (1818-1892) es una de las obras de derecho romano más importantes que se escribieron en el siglo XIX; ha llegado a ser considerada como un clásico del derecho; es una de las que más trascendencia han tenido en la cultura jurídica. Esas son

verdades incontrastables; esto así ha sido desde que apareció publicada por primera vez (1852-1865), en el idioma alemán en que fue escrita.

La importancia y trascendencia de la obra de Ihering, considerada en su conjunto, rebasa, con mucho, lo ordinario; en el campo del derecho romano y de la historia de Roma, su valor sólo es comparable con el que se ha reconocido a las también monumentales e invaluable producciones de Savigny (1779-1861), con su *historia del derecho romano en la edad media*<sup>1</sup> y a las de Theodor Mommsen (1817-1903), con su *historia de Roma*,<sup>2</sup> *derecho constitucional romano* y *derecho penal romano*.<sup>3</sup>

W. Kunkel, una autoridad en lo relacionado con el derecho, ha reconocido: "... con arte admirable, partiendo del trasfondo histórico cultural, la ciencia del Derecho romano se encuentra representada por Zasius, Savigny, Ihering y Windscheid."<sup>4</sup>

*El espíritu del derecho romano*, es un ejemplo de erudición, profundidad, sapiencia, amenidad y de clara exposición. Es obra de un depurado y elegante latinista; está escrito en un estilo seco, directo y preciso, que está más cerca de Tito Livio, Tácito, Julio Cesar y Cicerón, que de Virgilio y a Apuleyo; su narrativa es clara y sin desperdicio; contiene giros elegantes y bien logrados; frecuentemente se inicia de manera lapidaria: "*Tres veces Roma ha dictado leyes al mundo y tres ha servido de lazo de unión entre los pueblos: ...*"<sup>5</sup>

La obra, tiene otras características: es rica en ideas originales y en información; su autor, al narrar, al apoyarse en la etimología para fundar su dicho, en-

1. " Pero quizá se deba indicar aún el modo de cómo, a partir de los umbrales del siglo XIX, la investigación del Derecho romano vino a experimentar un nuevo auge. Alemania fue el punto de partida y el centro de este movimiento durante más de un siglo, y la personalidad de quien propiamente arrancó todo fue Federico Carlos VON SAVIGNY (1779-1861)." W. KUNKEL, *historia del derecho romano*, editorial ariel, Barcelona, 1998, p. 198.
2. AGUILAR, S. A., Madrid, 1965, dos volúmenes. En español el tomo V de la *historia* se publicó bajo el título *el mundo de los Césares*, fondo de cultura económica, México, 1982.
3. El propio KUNKEL, refiriéndose a MOMMSEN, ha dicho lo siguiente: "Esforzándose por cumplir esta misión, la ciencia del Derecho romano gravita sobre los hombros de Teodoro MOMMSEN (1817- 1903), el cual, originalmente jurista y educado por la ciencia jurídica del siglo XIX, en la penetrante comprensión y engarce sistemático de los conceptos de ésta, dominando ampliamente la tradición romana, vino a poner sobre nuevas bases todas las ramas de la ciencia de la Antigüedad romana e indicó cuáles eran sus quehaceres comunes." *Ob. cit.*, p. 200.
4. *Ob. cit.*, p. 233.
5. IHERING *inicia su obra* la lucha por el derecho: "La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha", *Editorial José M. Caiica Jr., s. a., Puebla, 1957, p. 46.*

seña a pensar en forma lógica, lleva a deducir, con sentido común, conclusiones razonables de los hechos, tal y como, hace más de dos mil años, lo hicieron quienes conformaron el derecho que da nombre a la obra.

*El espíritu del derecho romano*, se inscribe dentro de la corriente que enseña el derecho romano como resultado de un desarrollo histórico prolongado, no como un producto terminal y aislado de su contexto; esto último derivó en los cursos de *institutas* o de *pandectas*, que se impartían en las escuelas de derecho del siglo XIX y de principio del XX.<sup>6</sup> El volumen tercero, ha sido calificado como " ...un tesoro inapreciable y que hace posible por primera vez una profunda filosofía del derecho ."<sup>7</sup>

A través del libro de Ihering quedan de manifiesto el carácter universal del derecho romano y la necesidad de que el mundo moderno comprenda su grandeza para estar en posibilidad de dar soluciones jurídicas a los problemas que la globalización trae aparejado.

### 3. Vida y obra de Ihering

Enrique Príncipe y Satorres, traductor de la obra, en la introducción que preparó y que la precede, aportó los datos biográficos más importantes en relación con el autor, sus obras, su desempeño como investigador y maestro universitario. Ihering murió el 17 de septiembre de 1892 en Gotinga, Alemania, siendo profesor de derecho romano en la universidad de ese lugar desde 1872.<sup>8</sup>

Juan Iglesias clasifica a Ihering, junto con Brinz, Dernburg, Glück, Puchta, Vangerow y Windscheid, dentro de aquellos que realizan el estudio dogmático del derecho romano y que son conocidos por pandectistas; respecto de estos afirma que "... es una corriente que, produciéndose dentro de espaciosas y encontradas tendencias, procura la actuación del derecho romano justineano, en consonancias con las exigencias alemanas del tiempo. La pandectística se entrega a un doctrinarismo jurídico que asombra por su agudeza y artificio."<sup>9</sup>

Dejó inconclusa una *historia del desenvolvimiento del derecho romano*, con la que, a decir de Rizzi, se señalaba un método que habría de renovar los estudios históricos.<sup>10</sup> Fue reconocido como un miembro de *la nueva escuela histórica* y como uno de los más notables romanistas alemanes.

Diego A. de Santillán, en el prólogo que hizo para la traducción española de *la lucha por el derecho*, dice lo siguiente: "... fue Rudolf von Ihering el que halló probablemente más eco y adhesión en Alemania, su patria, y fuera de Alemania. Ningún otro ha podido complacerse en vida con tras profusa reedición de sus escritos y con las traducciones de los mismos a casi todos los idiomas cultos. Su obra se incorporó casi inmediatamente a la jerarquía de los trabajos clásicos en la esfera de la filosofía del derecho, ..." <sup>11</sup>

El libro de Ihering, por su contenido, se inscribe dentro del rubro que se conoció como *ciencias del espíritu*, en consonancia con ello, por su título, es una de las obras que reconocen, por sí, el orden a la que pertenece, al igual que otras como *el espíritu de las leyes* de Montesquieu,<sup>12</sup> y *la fenomenología del espíritu* de Hegel.<sup>13</sup>

### 4. La influencia de la obra de Ihering

La obra de Ihering, junto con la de Savigny y Mommsen,<sup>14</sup> contribuyó no tanto al resurgimiento del derecho romano, sino más bien a resaltar la importancia que él tiene para comprender e interpretar el derecho del occidente.

Gracias a las obras y comentarios de Bártole de Sa- sofferato, Baldo de Ubaldis, Andrés Alciato, en Italia, de Cujas, Doneau, Budé, Du Tillet, Hotomanus, Hugo Donellus, Ortolan y, sobre todo, Pothier en Francia y, posteriormente, Bonfante y Petit, el derecho romano era un arte vivo y, merced a las grandes obras de derecho civil de los franceses Argentré, Aubry, Rau, Dumoulin, Demolombe, Berthélemy, Laurent y otros, era una ciencia básica para los juristas.

6. Véase prólogo de José Ma. RIZZI a la edición española del *tratado elemental de derecho romano* de E. PETIT, editora nacional, México, 1963, p. 7.

7. Wilhelm DILTHEY, *psicología y teoría del conocimiento*, fondo de cultura económica, México, 1978, p. 403.

8. *Encyclopaedia británica, micropaedia*, volumen v, the university of Chicago, 1976, p. 557.

9. *Derecho romano*, editorial ariel, s. a., Barcelona, 1999, p. 51.

10. En el prólogo al *tratado elemental* de E. PETIT.

11. Ob. cit., p. 9.

12. Wilhelm DILTHEY, *el mundo histórico*, fondo de cultura económica, México, 1978, volumen vii, p. 106.

13. Fondo de cultura económica, México, 1966.

14. A esas autoridades, del siglo xix, deben agregarse los nombres de dos gigantes del derecho romano, el de O. KARLOWA y el de L. WEN- GER, en el siglo xx.

Dilthey afirma: "Ihering ha demostrado cómo el pensamiento jurídico ha creado los conceptos fundamentales del derecho romano por un trabajo espiritual consciente llevado a efecto en medio de la vida jurídica."<sup>15</sup>

Más adelante el mismo Dilthey sostiene: "Ihering señala que el método jurídico es el que corresponde al entendimiento analítico frente a su material, las circunstancias reales de la vida, valiéndose al efecto de la estructura de los conceptos jurídicos materiales de esta vieja jurisprudencia romana. Si se aborda este problema del sistema jurídico de modo general y comparado no se podrá prescindir de la intervención de la psicología, y el mismo Ihering, cuando en su *Espíritu del derecho romano* pasa a su otra obra, *El fin en el derecho*, y trata de demostrar que 'el fin constituye el fundamento de todo el sistema jurídico' se tiene que resolver a 'hacer filosofía dentro de su campo', es decir, a buscar un fundamento psicológico."<sup>16</sup>

### 5. El derecho romano en la actualidad

Algunos estudiosos han llegado a desvirtuar la naturaleza del derecho romano; tienen el concepto de que es una especie de historia y que, por lo mismo, se trata de una relación cronológica de acontecimientos, ello ha llevado a que los juristas tiendan a pasarlo por alto, a que cada día se vea que en las escuelas y facultades de derecho se tienda a reducir el tiempo dedicado a su estudio. Lo anterior explica el hecho de que en un breve lapso se hayan hecho, para 1912, nueve tiradas de la obra y que, con posterioridad, sólo haya sido necesario hacer publicaciones aisladas y que, finalmente, con relativo éxito, se haya publicado la edición abreviada a que se hace referencia al final.

El derecho romano es, ante todo, el resultado de un prolongado ejercicio intelectual lógico, aunque disperso, que terminó por ser sistematizado, empírico, pero ordenado, realizado por un número crecido de juristas, jueces, políticos, filósofos, comerciantes y gente común y corriente, pero con sentido común, elaborado y conformado durante muchos siglos, con base en la conducta humana, influenciado por las guerras, de agresión y defensa, a que fueron dados los romanos o a las que ellos tuvieron que enfren

tar, además de los actos y hechos jurídicos que derivaron en normas.

El derecho que estudia Ihering tiene una larga historia; es una manifestación de la cultura que se conformó con el paso de los siglos. Su integración comenzó con los inicios mismos de la incipiente ciudad, bajo el gobierno de los reyes, independientemente de que sea o no cierto lo que refiere el mito relativo a la fundación de ella.<sup>17</sup>

Fue el respeto a la ley y el temor a la fuerza, lo que en la época de la república influyó en el engrandecimiento de Roma y de sus instituciones jurídicas. El respeto de los juramentos, basado en principios religiosos, llevó a los romanos al cumplimiento cabal de los compromisos adquiridos, independientemente de que al pronunciarse o hacerse hubiere mediado fuerza, de que se tratara de una voluntad forzada.<sup>18</sup>

Ciertamente el derecho romano, por el prolongado período de tiempo en que surgió, desarrolló, maduró y vio su decadencia, reconoció la existencia de un número crecido de instituciones; algunas de ellas desaparecieron totalmente, otras evolucionaron o fueron sustituidas por otras.

En la obra de Ihering, ciertamente, se refieren hechos y acciones, pero no en un afán de hacer historia; la narración, más que estar encaminada a demostrar el nacimiento, evolución y desaparición de la instituciones jurídicas, está hecha con la finalidad de poner en evidencia la lógica rigurosa con que fueron regulados por el derecho. Es por ello que éste es fuente y base del derecho de occidente, entre otros del mexicano.

Ihering inicia su obra haciendo referencia a los intentos realizados para explicar la grandeza del derecho romano; reconoce que de todos, sólo dos autores: Savigny y Stahl, han estado cerca de la solución; pero lo hicieron de manera insuficiente.<sup>19</sup>

### 6. Algunos temas desarrollados por Ihering

La obra de Ihering es rica en ideas; muchos son los temas importantes que desarrolla; los más de ellos tuvieron o tienen trascendencia en el derecho moderno.

15. *Introducción a las ciencias del espíritu*, fondo de cultura económica, México, 1978, volumen i, p. 29

16. *Ob. cit.*, p. 66.

17. Tito Livio, *historia de Roma, desde su fundación*, editorial gredos, Madrid, 1990, libro i, 4 y ss., p. 171 y ss.

18. Tito Livio, *historia de Roma, primera década*, editorial porrua, s. a., 4 México, 1985, p. 349.

19. Véase introducción, título primero, cap. 2, pp. 25 y ss.

Contiene un número crecido de ideas originales; muchas de ellas han llegado a consagrarse como definitivas; otras, aunque cuestionadas, permanecen como postulados susceptibles de ser afinados y depurados.

### 6. 1. Costumbre y derecho

ihering inicia el libro primero de su obra con un epígrafe que, en forma abreviada, tomó de Cicerón: "*Justitiae initium es ab natura profectum, deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt, postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum me tus r eligio sanxit*"<sup>20</sup> El texto, entre otras cosas, alude al papel determinante que la costumbre tuvo para la sociedad y el derecho en el universo romano. En sociedades de desarrollo cultural incipiente, ante la falta de la idea de un legislador que, con autoridad moral y material, impusiera principios de observancia general, no hubo más que tomar como obligatorio aquello que era conocido y estaba a la mano: la costumbre.

Se trató de una solución común en la sociedad antigua; fue una idea que tuvo aceptación general en los pueblos primitivos o de organización política incipiente. Agatárquides, un autor del siglo segundo (a. C), en su obra *sobre el mar Eritreo*, hoy perdida, cuando se refería a los pueblos conocidos como los ictiófagos o de comedores de peces, afirmaba de ellos: "*No dictan justicia según leyes positivas: pues ¿qué necesidad hay de atarse a una ordenanza siendo posible tener un buen orden sin leyes escritas?*"<sup>21</sup>

Los griegos y los romanos, cada uno en los primeros años de su existencia como pueblos, ciudades estados o estados incipientes, tuvieron que hacer frente al mismo problema: la falta de principios que normaran la conducta de sus miembros en sus relaciones entre sí y con la autoridad que en su manifestación de monarcas, príncipes, tiranos, arcontes u otros; la carencia los llevó a ellos y a otros pueblos en las mismas circunstancias, a recurrir a la violencia y a la costumbre como medio para resolver diferendos.

Ya avanzado el desarrollo político, con el fin de salir de la anarquía, el desorden y la inseguridad, ante la falta de sistemas democráticos o de consenso, para definir normas de organización social, líderes militares o religiosos, personas con fama de prudentes y sabios, asumieron, de propia autoridad o por mandamiento de quienes en una comunidad tenían el poder, el papel de legisladores o fueron llamados a legislar y a organizar a ciertas sociedades; los mitos y la historia refiere los nombres Minos y Radamantis para Creta,<sup>22</sup> de Licurgo para Esparta,<sup>23</sup> Solón para Atenas,<sup>24</sup> Carondas para Turios,<sup>25</sup> Luculo para Cirene.<sup>26</sup> Heráclito se negó dar leyes a los efesios.<sup>27</sup>

Pero, a pesar de todo, ellos, como legisladores, no hallaron un terreno virgen en el se pudiera desmontar y barbechar a placer; por más autoridad que se haya reconocido o libertad en la organización que pudiera haberseles dado, tenían que tomar en cuenta la moral y la costumbre prevaleciente.

De Grecia y en Roma se conservan testimonios de que sus ciudadanos hacían o no hacían tal o cual cosa por cuanto a que así lo disponía o prohibía la costumbre.

20. Pág. 125. La frase completa de CICERÓN es "*Justitia est habitus ariitni communi utilizóte conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab constietudine probatas legum me tus et religio sanxit.*" Que traducido es. "*La justicia es el habito del ánimo que conservada la común utilidad, atribuye a cada quien su propia dignidad. Su inicio partió de la naturaleza; luego, por razón de la utilidad, algunas cosas vinieron a costumbre; después el miedo de las leyes y la religión sancionaron tanto las cosas originadas en la naturaleza como jas aprobadas por la costumbre.*" CICERÓN, *de la invención retórica*,. hibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana, México, 1997, pp. 131 y 132.
21. Sobre el mar Eritreo, en la obra de Luis A. GARCÍA MORENO y F. Javier GÓMEZ ESÍ'ELOSIN, relatos de viajes en la literatura griega antigua, alianza editorial, Madrid, 1996, p. 192. En la obra de Diódoro DE SICILIA, the library of history, iii, 21, 6, en la que aparecen muchos de los fragmentos de la obra de Agatárquides, no se da cuenta de esta característica de los ictiófagos. Véase edición de C. H. OLDFATHER, Harvard university press, Cambridge, Mass. 1994. tomo i i, p. 145.

22. APOLODORO, biblioteca, iii, 1, 2, editorial gredos, Madrid, 1985, p. 136.
23. PLUTARCO, *vidas paralelas, Licurgo*, capítulos iv. vi y siguientes, editorial planeta, Barcelona, 1991, pp. 284 y ss.
24. PLUTARCO, *vidas paralelas, Solón*, capítulos i, v y siguientes, editorial planeta, Barcelona, Barcelona, 1990, pp. 81, 86 y ss. y Diógenes LAERCIO, *vidas de los filósofos más ilustres, Solón*, libro i, editorial porrúa, México, 1991, p. 19.
25. PLUTARCO, sobre el entrómetimiento, en obras morales y de costumbres, (moralta), 519 B, 8, tomo vii, editorial gredos, Madrid, 1995, p. 298.
26. PLUTARCO, *vidas paralelas, Luculo*, cap. i i, op. cit., p. 335.
27. Diógenes LAERCIO, *vidas de los filósofos más ilustres, Heráclito*. "Como le pidiesen que les pusiese leyes, lo omitió por causa de que la ciudad estaba ya depravadísima en las costumbres y mal gobierno, y retirándose al templo de Diana, jugaba a los dados con los muchachos. A los efesinos que estaban a su rededor les dijo ¿Qué os admiráis, perversos? ¿no es mejor hacer esto que gobernar la república con vosotros?" Libro noveno, editorial porrúa. México, 1991, p. 225. •

En una época tardía, en las *institutos de Justiniano*, se reitera y reafirma el concepto: *ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati, legem imitantur*<sup>28</sup> y que, a pesar del tiempo transcurrido, sigue teniendo vigencia. Los griegos ya habían resaltado la importancia que en el mundo del derecho tenía la costumbre; Heródoto había escrito: "En efecto, si a todos los hombres se les diera a elegir entre todas las costumbres, invitándoles a escoger las más perfectas, cada cual, después de una detenida reflexión, escogería para sí las suyas; tan sumamente convencido está cada uno de que sus propias costumbres son las más perfectas."<sup>29</sup> Jenofonte, en su *memorable o recuerdos de Sócrates*, reconoce que, según éste, la mejor costumbre para cada quien es la propia, la de la ciudad o la del lugar donde se vive: "... ves que el Dios en Delfos responde a quien le pregunta la manera de ser agradable a los Dioses: *sigue la Ley de la Ciudad*. Pues bien la Ley manda en todas partes que cada uno honre a los Dioses según su poder. ¿Podrá, pues, culto más alto y piadoso que el que ellos mismos prescriben?"<sup>30</sup>

## 6. 2. Las fuentes griegas del derecho romano

Al sistema jurídico que occidente heredó de Roma se le ha denominado, con toda propiedad, derecho romano; como que fue elaborado y sistematizado por los juristas, jueces y gente común y corriente de esa nación. Afirmarlo no implica el sostener que ellos hayan sido los que, de la nada, lo crearon y llevaron a su máxima altura. La influencia extranjera, sobre todo la griega, fue y ha sido reconocida desde la antigüedad.

Lo anterior es una afirmación válida a pesar de que, como Mommsen lo sostiene, los italianos y los griegos tuvieran caracteres opuestos: "Los griegos tienden a sacrificar el interés general al *individuo*, la nación, al *municipio*; el municipio, al *ciudadano*: su ideal en la vida es el culto de o bello y el bienestar, y, con frecuencia, el placer del ocio; su sistema político consiste en profundizar cada vez más, en provecho del cantón o de la tribu, el foso separatista del particularismo primitivo y en disolver, hasta

en cada localidad, todos los elementos del poder municipal."<sup>31</sup>

El propio Mommsen, por lo que se refiere a los romanos afirmaba: "... por el contrario cohiben al hijo con el temor al padre, al ciudadano con el temor al jefe del Estado y a todos con el temor de los dioses; sólo desean y honran las acciones útiles. El ciudadano debe pasar todos los momentos de su corta existencia trabajando sin descanso."<sup>32</sup>

Ihering inicia el libro primero de su obra, al que titula *origenes del derecho romano*, con dos frases, una anónima: "*Omnes veteres philosophi ad incubula accedunt, qui in pueritia facillime se arbi-trentur naturae volimatam posse cognoscere.*"<sup>33</sup> La otra, de Quintiliano: "*Rationem praestat praecipue analogía nonnunquam et etimología.*"<sup>34</sup>

El mismo Ihering, en su obra, reconoce la influencia que el derecho, la idea de justicia y el concepto de la ley de los griegos, tuvieron en el derecho romano,<sup>35</sup> aunque no deja de haber juicios en el sentido de que el derecho en general había surgido de la propia Roma, con excepción del derecho internacional.<sup>36</sup> Existe la versión de que, antes del año 302 de la fundación de Roma, para organizar jurídicamente al estado y sociedad romanos, fue menester enviar embajadores a Grecia a fin de que se enterasen de sus leyes y las tomaran como modelo: "... se envió a Atenas una legación integrada por Espurio Postumio Albo, Aulo Manlio y Publio Sulpicio Camerino, y se les encargó que copiasen las famosas leyes de Solón y tomasen conocimiento de la instituciones, costumbres y leyes de otras ciudades de Grecia."<sup>37</sup> Según Tito Livio de esa legación y de las consultas realizadas entre los ciudadanos roma-

28. *Inst.* 1, 2, 9. Citada por Juan IGLESIAS, quien traduce: "*Derecho no escrito es el que confirmó el uso. Pues las costumbres de larga duración y refrendadas por el consentimiento unánime de los que las usan, son semejanzas a la ley.*" *Ob. cit.*, p. 62.

29. *Historia, libro iii, 38, 1, editorial gredos, Madrid, 1986, p. 88.*

30. JENOFONTE, obras completas, libro iv, cap. iii, 17, *Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1946, p. 301.*

31. *Historia de Roma*, Aguilar, s. a., de ediciones, Madrid, 1965, tomo 1, p. 46 y ss.

32. *Ob. cit.*, p. 47.

33. "Todos los filósofos antiguos regresan a sus años de niñez principalmente aquellos que en la infancia, se han sentido capaces de conocer, con mucha facilidad, la inclinación de su naturaleza." p. 107.

34. "*La analogía es señaladamente superior al método de razonamiento y algunas veces lo es aún a la etimología.*" p. 109.

35. "En el último estado del Derecho romano se descubren vestigios sueltos que atestiguan la introducción de instituciones jurídicas extrañas (por ejemplo, la ley Rodia), o que por lo menos lo hacen presumir, apoyándose en el origen extranjero de ciertas voces (por ejemplo, *hypotheca, emphyteusis, antichresis*)." p. 17. POLIBIO, Dionisio DE HALICARNASO y otros, que han servido y sirven de fuente a los estudiosos del derecho romano, fueron escritores helénicos que escribieron sus obras en griego.

36. Véase página 117.

37. Tito LIVIO, *historia de Roma desde su fundación*, libro iii, 31,8, editorial gredos, Madrid, 1990, p. 424; véase también libro iii, capítulos 32 y 33. Los historiadores han cuestionado la veracidad del dicho de LIVIO.

nos derivó la elaboración de lo que se conoce como la *ley de las doce tablas*<sup>38</sup>

Independientemente de la veracidad del testimonio, con una mayor información, autores contemporáneos han reconocido esa influencia: W. Kunkel ha afirmado: "El contenido de las instituciones trasluce mucho el influjo griego sobre Roma, aun cuando no esté del todo claro el camino que tomó. ... la opinión dominante se inclina por otorgar a los etruscos el papel de intermediarios, a menos a lo que a la época arcaica se refiere."<sup>39</sup> El mismo autor sostiene que fueron Q. Mucio Escéy la y Servio Sulpicio Rufo los juristas que contribuyeron decisivamente a la asimilación de las influencias griegas y, con ello, a la creación de la jurisprudencia científica.<sup>40</sup>

En lo que se conoce como elementos de un derecho griego que influyó en la conformación del sistema normativo romano, es preciso, de igual manera, no pasar desapercibida la influencia que en él tuvieron las leyes de otros pueblos con una organización más antigua; existen testimonios, que si bien no son del todo confiables, sí son un indicio de que aquella se dio.<sup>41</sup> Ihering, sobre este particular, afirma: "*La antigüedad y el Oriente nos sum inistran pruebas de escasa importancia, pero tanto en Grecia como en Roma existía la creencia de haberse adoptado instituciones de origen extranjero; ... No obstante ello hay una etapa de la historia en que se niega esa influencia*<sup>42</sup>

Aunque existe una idea general en el sentido de que los griegos elaboraron una teoría completa de la justicia, lo cierto es que cuando se alude a ella, lo común es reducir el objeto de estudio a uno que otro autor, como pudieran ser Platón<sup>43</sup> y Aristóteles, que se pase por alto a autores menos conocidos; que rara vez sean objeto de estudio, en relación con ese tema, los trágicos, comediantes, historiadores y geógrafos; y casi nunca lo sean los mitógrafos y autores de cantos e himnos religiosos. Aquí se alude a los autores y a las fuentes, que si bien son poco conocidas, influyeron a conformar el concepto griego de la justicia y la ley, que terminó por influir en el nacimiento y desarrollo del derecho romano. El que se resalte la influencia de los pensadores griegos en él, no significa desconocer el papel que en su conformación tuvieron los romanos o que se pretenda negarle originalidad; simplemente se le ubica como un eslabón del desarrollo del pensamiento jurídico de occidente.

Cuando se recurre a la fuente jurídica griega, se aportan datos que permiten esbozar su naturaleza, alcances y limitaciones, cuando toman ejemplos, al parecer aislados de la historia poco conocidos y se hacen apuntes generales sobre el tema, es con el fin ubicar a un lector poco informado en el contexto temporal, con el fin de que esté en posibilidad de juzgar, con vista a la obra, cuál fue la auténtica aportación del genio romano<sup>44</sup>

### 6. 3. El concepto del respeto a la ley

En una época temprana de la vida de los pueblos griegos ya se observa que existía un concepto de lo que es la ley y de su respeto; ello como algo diferente de la costumbre y los usos; aquella contenía un texto conocido, fue dada por alguien que tenía autoridad, era obligatoria y existía la convicción de que lo mejor era obedecerla; ella se acataba no por temor al casti-

38. (j)p. cit., libro iii. cap. 33; véase también el tomo i, p. 17 de esta obra y a W. KUNKEL, *ob. cit.*, p. 32 y siguientes. "*Pero este año la agitación fue tal. que hubo que formar una delegación de tres patricios, cuya misión, según los historiadores cuentan, era hacerse en Atenas con una copia de las leyes de Solón, y enterarse de las instituciones y del derecho de las demás ciudades griegas. Cuando la diputación estuvo de vuelta en 302/452, se nombraba para el año siguiente un Colegio de diez miembros, confiándoles la doble carga de hacerlas leyes reclamadas por la plebe, y de gobernar el Estado en lugar de los cónsules, v sin tener que temer el veto de los tribunos.*" Pablo KRÜGER, *historia, fuentes y literatura del derecho romano*, editora nacional. México, 1967, p. 11. Véase también a Pietro BONFANTE, *storia del diritto romano*, dott. A. giuffrè editore, Milano, 1959, volumen primero, p. 119.

39. *Ob. cit.*, p. 12.

40. *Ob. cit.*, p. 110.

41. PLUTARCO, *vidas paralelas. Licurgo*: "Embarcándose con esta determinación, se dirigió en primer lugar a Creta, donde se dio a examinar el gobierno que allí regia; y acercándose a los que tenían mayor concepto, admiró y tomó varias de sus leyes para trasladarlas y usar de ellas restituido a su casa; pero también hubo algunas que no le parecieron bien." Capítulo iv, p. 284, *op. cit.*

42. "*El espíritu ... tomo i, p. 117; "Nada se pide a nadie, a excepción del derecho internacional. El Estado, el derecho, la religión: Roma lo produce todo.*" "*Así, el rasgo fundamental de la manera de ver los romanos es que Roma no ha pedido prestado nada y aquello que ha nacido en ella se lo debe a sí propia, habiéndolo creado con intención y conocimiento.*" p. 118.

43. Es de sobra conocida la influencia de PLATÓN en la formación del concepto de justicia en los romanos; esto ha sido estudiado en forma amplia y profunda; para ilustrar este fenómeno es suficiente invocar, para los efectos de este estudio introductorio el siguiente ejemplo: PLATÓN asentaba: "La justicia... no consiste en decir la verdad y en restituir a cada cual aquello que le pertenece." PLATÓN, *Diálogos. La república*, libro I; "... lo propio de la justicia es dar a cada cual aquello que se le debe..." *Ob. cit.*, libro 1, en la obra *diálogos*, editorial porrua, s. a., México, 1993, p. 438b; en el *digesto*, en una parte que es sumamente conocida se dice: "*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" 1, 1, 10.

44. Véase, por ejemplo a Werner JAEGER, *paideia, los ideales de la cultura griega*, fondo de cultura económica, México, 1967, pp. 500 y ss.; y del mismo autor véase su obra *Aristotle. fundamentals of the history of his development*, Oxford at the elarendon press, l.undooii. 1968, pp. 43 y ss.

go sino por la convicción de que lo que ella prescribía es lo mejor para la ciudad y para los ciudadanos. No debe descartarse un elemento importante, que en la antigüedad, tanto en Grecia como en Roma, derecho y religión eran una misma cosa; quienes actuaban como legisladores, recurrían al expediente de presentar su obra como inspirada divinamente o bien, para alcanzar respeto a las leyes que daban, se apoyaban en juramentos ante los dioses. Existe en la literatura griega y romana un número crecido de testimonios de ese respeto a la ley:

"Demarato le dijo a Jerias: "... te diré que la pobreza viene siendo, desde siempre, una compañera inseparable de Grecia, pero en ella ha arraigado también la hombría de bien -conseguida a base de inteligencia y de unas leyes sólidas-, cuya estricta observancia le permite defenderse de la pobreza y el despotismo..."<sup>45</sup>

Asimismo, se reconocía que la prosperidad producía el efecto contrario: "... rogándole, según es fama, que les dictase leyes y diese a su pueblo una forma prudente y justo gobierno, les respondió que «era muy difícil dar leyes a los cireneos mientras estuviesen en tanta prosperidad», pues nada hay más indomable que un hombre engreído con su dicha, ni, a la inversa, nada más dócil que el abatido por la fortuna..."<sup>46</sup>

En idéntico sentido, por lo que hace a los espartanos el mismo Demarato informaba al rey persa: "... pese a ser libres, no son libres del todo, ya que rige sus destinos un supremo dueño, la ley, a la que, en su fuero interno, temen mucho más, incluso, de lo que tus súbditos te temen a tí."<sup>47</sup>

En una etapa de su desarrollo político, en Grecia existía la convicción de que todos, sin importar que fueran reyes o súbditos, estaban sujetos al yugo de la ley; cosa contraria se observaba en Persia: "Cambises se había prendado de una de sus hermanas, así que, con el propósito de casarse con ella, convocó -debido a que pretendía hacer algo insólito- a los llamados jueces reales y les preguntó si existía alguna ley que permitiese, a quien lo deseara, contraer matrimonio con una hermana suya. (Los jueces reales son unos persas escogidos para dicho cargo hasta el momento en que mueran, o hasta que se descubre alguna injusticia suya. Estos individuos administran justicia a los persas, son intérpretes del derecho consuetudinario y todo es de su incumben

cia.) Pues bien, ante la pregunta de Cambises, [le] dieron una respuesta justa y, a la vez, prudente: le dijeron que no acertaban a encontrar ninguna ley que permitiera a un hermano contraer matrimonio con su hermana, pero que, no obstante, habían encontrado otra ley, según la cual al rey de los persas le estaba permitido hacer lo que quisiera. Así, no derogaron la ley por temor a Cambises; pero, para no perderse a sí mismos al atenerse a ella, dieron con otra ley complementaria que asistía a quien quería casarse con sus hermanas. Cambises, en consecuencia, se casó entonces con su amada..."<sup>48</sup>

En la Grecia del siglo VIII a. C., al igual que en la Roma republicana, el poder de una autoridad se medía no tanto por los ejércitos y armas de que dispusieran, se determinaba en función de la sabiduría de sus determinaciones: -Calídice respondió: "- abuela, lo que los dioses nos dan, aun afligidos, debemos los hombres soportarlo por necesidad, pues son sin duda mucho más poderosos. Sin embargo, te explicaré con claridad y te daré los nombres de los varones para quienes es grande el poderío y el honor, se destacan sobre el pueblo y protegen las almenas de la ciudad con sus determinaciones y sus rectas sentencias."<sup>49</sup>

Jenofonte, refiriéndose a Agesilao, rey de los lacedemonios, dice de él que "... por encima de todo se mostraba esclavo de las leyes a pesar de ser el más poderoso de la ciudad. Y así, ¿Quién iba a desobedecer viendo al rey obedeciendo? ¿Quién, que reconociese tener menos de lo que debía, iba a intentar cualquier revolución, si sabía que el rey también soportaba la tiranía de la ley? En la ciudad trataba también a sus adversarios como un padre trata a sus hijos..."<sup>50</sup>

Dionisio de Halicarnaso, aludía al antiguo respeto a las leyes que se daba en el espacio griego: "En un principio, todas las ciudades griegas estaban gobernadas por reyes, pero no despóticamente, como las naciones bárbaras, sino conforme a unas leyes y a unas costumbres heredadas de sus antepasados, y el mejor rey era el más justo, el que observaba más las leyes y el que no se apartaba en nada de las costumbres tradicionales. Homero también atestigüa esto al llamar a los reyes: «administradores de justicia» y «administradores de las leyes»."<sup>51</sup>

45. HERÓDOTO, *historia*, libro vii, 102, 1. editorial gredos, Madrid, 1985, p. 144.

46. PLUTARCO, *vidas paralelas*, Luculo, cap. ii, op. cit., p. 335.

47. *Op. cit.*, vii, 104, 4, p. 148.

48. *Op. cit.*, libro iii, 31, 1 a 6, editorial gredos, Madrid, 1986, pp.76 y 77.

49. *Himnos homéricos*, ii, 145 y ss., editorial gredos, Madrid, 1988, p. 69.

50. JENOFONTE, *obras menores*, *Agesilao*, 1, 2, editorial gredos, Madrid, 1984, p. 85.

51. *Historia antigua de Roma*, libro v, 74, 1, 2, editorial gredos, Madrid.



Es ese modelo que tuvieron a la vista y que, a través de diferentes vías, influyó en los romanos de la primitiva república; Tito Livio refiere reiterados ejemplos de respeto a la ley, de temor a la autoridad, de la autoridad de las costumbres y del respeto a los juramentos.<sup>52</sup>

#### **6. 4. El temor y el cumplimiento de la ley**

Cicerón, en el pasaje con el que Ihering inicia el título primero de su obra, alude al *legum metus*, es decir al miedo a la ley.

Cuando no existe el convencimiento voluntario de que la mejor convivencia entre humanos se da por razón del respeto u observancia de la ley, o en los casos en que se está frente a una sociedad de costumbres bárbaras, como lo era la romana en los primeros tiempos, no queda más alternativa a los reyes, príncipes o tiranos que imponerse mediante el miedo y el terror; bien decía el trágico: "... ¿qué mortal es justo si no ha temido a nada?..."<sup>53</sup> Aunque existen ilusos que piensan otra cosa, no hay duda de que, sobre todo, en sociedades subdesarrolladas, es el temor, en los más de los casos, el elemento que determina a un individuo a respetar la ley. El temor puede ser de diferentes clases: al castigo o pena que deriva de la desobediencia, a ser excluido del grupo al que se pretende pertenecer, a la reprobación social e, incluso, en cierto tipo de mentes, a una sanción extraterrenal por virtud de un pecado, que es una forma de violar la ley.

#### **6. 5. Derecho y moral**

Los griegos de la antigüedad y los romanos de la república, se sentían sometidos a los dictados de la ley positiva; no sólo eso, también a los de la moral, entendida como la costumbre reiterada, se sentían comprometidos a comportarse con lealtad frente a todos, incluso con sus enemigos, Apuleyo refiere lo siguiente:

"Los atenienses, en cambio, como fueran leídas en público, unas tras otras, unas cartas de su enemigo Filipo de Macedonia, que habían caído en sus manos, por respeto al derecho natural, común a la humanidad entera, prohibieron que se leyera una de ellas, porque estaba dirigida a su esposa Olimpia. Trataron con respeto a su enemigo, más bien para no divulgar sus confidencias conyugales, pensando

que la observancia de los derechos humanos ha de ser antepuesta a la propia venganza. Así se comportaron unos enemigos frente a un enemigo..."<sup>54</sup>

Tito Livio, por lo que hace a los romanos, refiere una acción igualmente honrosa: "Era costumbre de los faliscos encargar al mismo maestro la instrucción y custodia de sus hijos... Acostumbraba este hombre, durante la paz, llevar los niños fuera de la ciudad para sus juegos y ejercicios. Como la guerra no le había hecho abandonar esa costumbre, sacábalos a distancias más o menos cercanas de las puertas, variando sus juegos y entretenimientos; y un día que había avanzado más de lo ordinario, y encontrando propicia la ocasión, llegó hasta los puestos y el campamento romano, llevándoles hasta el pretorio delante de Camilo. Allí, añadiendo a su infamia lenguaje más infame aún, dijo: 'Que ponía a Falerias en poder de los romanos, entregándoles los hijos de los principales personajes de la ciudad.' En cuanto Camilo escuchó estas palabras, contestó: 'Aquí no encontrarás un pueblo ni un general que se te parezcan, malvado, que vienes con infame presente. No tenemos con los faliscos ningún pacto de los que establecen los convenios de los hombres, pero los sentimientos de la naturaleza nos son comunes con ellos. La guerra como la paz tienen sus leyes y nosotros hemos aprendido a observarlas, tanto por equidad como por valor. Armas tenemos, pero no contra esa edad que encuentra perdón hasta en las ciudades tomadas por asalto; ...' Dicho esto, le desnuda, le ata las manos a la espalda y hace que sus discípulos le lleven a Falerias, habiéndoles dado varas para que azotasen al traidor al llevarle delante de ellos a la ciudad." <sup>55</sup>

#### **6. 6. La ley y la fuerza**

Ihering dedica una parte importante de su obra a realzar la importancia que la violencia tuvo en el desarrollo de la vida romana y de cómo de ella derivaron principios que conformaron el derecho, en su doble manifestación: público y privado. La relativa ausencia de violencia física oficial en el mundo moderno o, más bien, lo sofisticado del aparato represivo y la hipocresía con que ella se oculta, que llega al grado del cinismo, al ser negada o ignorada, ha llevado al hombre actual a olvidar o pasar por alto la importancia que en las relaciones humanas tuvo y tiene la fuerza en el mundo del de-

52. *Historia romana, primera década*, libro i, 59, p. 45; libro ii, I, p. 48 y 4, p. 51, editorial porrua, México, 1985.

53. ESQUILO, *las euménides*, 700, en la obra *tragedias*, editorial gredos, Madrid, 1993. d. 525.

54. *Apología*, 86, 1, editorial gredos, Madrid, 1980, pp. 194 y ss.

55. *Historia romana, primera década*, libro quinto, cap. 27, editorial porrua, colección sepan cuantos, México, 1985, pp. 216 y 217.

recho, tanto entre naciones como entre individuos. Eso ya lo había reconocido Ihering:

*"La fuerza individual es el origen del derecho, decimos, y estas palabras son casi ininteligibles para nosotros, que habituados a confiarlo todo al Estado, a definir el derecho como si fuera voluntad del Estado y abandonarle su realización, apenas si conocemos la fuerza individual, y dondequiera que se muestra sin la autorización del Estado la perseguimos y la castigamos como un atentado al orden jurídico."*<sup>56</sup>

La violencia fue un patrimonio común de la humanidad. Esto no pasó por alto a los grandes pensadores y escritores griegos y romanos de la antigüedad; Heráclito sostenía "Pólemos (la guerra) es el padre de todas las cosas y el rey de todas, y a unos los revela dioses, a los otros hombres, a unos los hace libres, a otros esclavos."<sup>57</sup>

Esa misma idea es deducida de hechos mitológicos: "Hércules se llevó a los bueyes de Gerión sin haberlos comprado y sin que se los hubiese dado, dejando comprender que su acción era justa según la naturaleza y que los bueyes y todos los demás bienes de los débiles e insignificantes pertenecen de derecho al más fuerte y al mejor."<sup>58</sup>

Ya en tiempos históricos, Plutarco refiere que Lisandro, general espartano: "En el decir era resuelto y sabía dejar parados a los que le contradecían; así, a los de Argos, que disputaban sobre el amojonamiento de sus territorios y parecían exponer razones más justas que los lacedemonios, enseñándoles la espada: 'El que manda con ésta -les respondió- es el que aleja mejor derecho sobre los mojones de sus términos' "<sup>59</sup>Fue un expediente común al que se recurrió en la antigüedad; el mismo Lisandro, "Al ver que los beodos vacilaban cuando iba a atravesar su territorio, les envió un mensajero para informarse si debían pa-

sar por su tierra con las lanzas levantadas o envainadas."<sup>60</sup>

Lo mismo se observa en Roma:

Ihering, en el capítulo I, del libro primero, al que titula *el principio de la voluntad subjetiva es la fuente originaria del derecho privado de Roma*, inicia su exposición con un epigrafe, el texto es de Tito Livio: *Se in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse*,<sup>61</sup> corresponde a la respuesta que los galos, con altivez, dieron a los romanos cuando estos les preguntaron: "¿Con qué derecho venían a exigir terrenos a otro pueblo y a amenazar con la guerra, y qué tenían que hacer ellos, siendo galos, en Etruria?" Enseguida pasa a desarrollar el tema de la importancia que la violencia tuvo para la formación del derecho:

*"No existe ningún derecho que no haya procedido del esfuerzo individual y cuyos orígenes no se pierdan en las profundidades de la fuerza física. Para la multitud de pueblos, ese período de formación violenta del derecho ha desaparecido completamente de su memoria nacional. Su tradición enmudece acerca de los antepasados que fundaron el mundo del derecho con la rudeza de sus brazos, ...El sudor y la sangre de los hombres que cimentaban el origen del derecho quedan ocultos por el nimbo divino que a éste circunda."* "No acontece así con el Derecho romano, en el que el tiempo no ha podido borrar la huella de sudor y de sangre con que la fatiga de los hombres le han manchado. Para la historia de él, el principio de la fuerza individual, como fuente de derecho, es una de las verdades primordiales"<sup>62</sup> Pero en la antigüedad el valor no se demostraba únicamente por el hecho de hacer frente al enemigo y no huir del campo de batalla; se manifestaba, sobre todo, por el hecho de luchar cara a cara con el enemigo mediante el uso de lanzas o espadas; ese es el tipo de enfrentamientos que ensalza Eurípides, cuando en voz de Lico, un hombre joven, usurpador del reino de Tebas, dice: "La prueba de valor de un hombre no es el arco, sino el mantenerse a

56. Pág. 132.

57. Diels-KRANZ Y WALZER, fragmento 53, en la obra de Rodolfo MONDO L., *Heráclito, textos y problemas de interpretación*, siglo XXI editores, s. a., México, 1966, p. 37.

58. PLATÓN, *diálogos, Gorgias o de la retórica*, editorial porrua, México, 1993, p. 171.

59. *Vidas paralelas, Lisandro, xxi i, editorial planeta, Barcelona, 1991, p. 383. El mismo PLUTARCO en sus obras morales y de costumbres, (moralia), de LISANDRO refiere lo mismo, aunque con otras palabras: "A los argivos que parecían tener argumentos más justos que los espartanos en torno al territorio en litigio, les dijo mientras desenvainaba la espada: 'El dueño de ésta es quien mejor argumenta sobre los límites de la tierra' 190 E, editorial gredos, Madrid, 1987, p.77. PLUTARCO, en la misma obra, da una tercera versión: "En respuesta a los argivos que disputaban con los espartanos por las fronteras de su tierra y les decían que hablaban con más justicia que ellos, sacó la espada y dijo: Quien domine ésta, es quien habla mejor sobre fronteras y territorios" 229 C, oh. cit. p. 206.*

60. PLUTARCO, *obras morales y de costumbre, ob. cit., 229 C*, p. 206; el mismo PLUTARCO, en su *Lisandro*, proporciona una variante: "Los beodos no eran seguros en ninguno de los dos partidos, y les preguntó cómo pasaría por sus términos, si con las lanzas derechas o inclinadas." *Ob. cit., xxii*, p 383.

61. "Que llevan el derecho en las armas, y que todo pertenecía a los varones esforzados." *Libro v, 36, versión de editorial porrua, s. a., México, 1985, p. 223.*

62. Pág. 131.

pie firme y sostener la mirada frente a una puntiaguda mies de lanzas, firme en su puesto.<sup>63</sup> Es en ese contexto que Ihering, en su obra, cuando refiriéndose a los primeros años de Roma, hace notar: *"El mundo romano fue fundado por la espada. La espada o la lanza son su más antiguo símbolo de derecho. No recibieron los romanos de sus dioses, como los judíos del Dios de Israel, la tierra prometida; no tuvieron que recurrir ni a la venta ni al engaño, como Dido cuando fundó Cartago; no tienen ninguna propiedad transmitida, en el sentido del lenguaje jurídico (derivada de Dios o de los hombres); su propiedad es originaria, la cogen donde la encuentran"*<sup>64</sup>

Es por ello que a finales de la república, era natural invocar la fuerza como una vía para resolver dife- rendos. Cuando los mamertinos de Mesina, con base en una ley romana, recusaron a Pompeyo como juez y desconocieron su jurisdicción: "... «¿No cesaréis -les respondió- de citarnos leyes viendo que ceñimos espada?»".<sup>65</sup>

El derecho, tal como surgió en Roma, es el derecho del más fuerte; tratándose de relaciones entre particulares, ante dos o más opciones, los romanos se inclinaron por dar carácter de obligatorio y convertir en principio jurídico aquella que favorecía al más poderoso, independientemente de que tuviera o no la razón. Como que pareció algo lógico a los juristas romanos que quien pudiera más, tuviera la razón e impusiera su voluntad a quien podía menos. Así, si se ignora el hecho, ello no dispensa el derecho: *ignorantia facti, non juris excusat*. Cuando está en duda un derecho o un lucro, siempre es mejor la causa del que posee (*Cum de lucro duorum quaera-*

*tur, melior es causa possidentis*). Muchas cosas se prohíbe que se hagan, que hechas se sostienen (*Multa fieri prohibentur quae tamen facta tenent*). En lo relativo al lucro, es mejor el derecho de quien demanda, que el del quien es demandado (*In eo quod vel is, qui petit, vel is, a quo petitur, lucrifac- turus est, durior causa est petitoris*).

Cuando en una relación entre particulares, un fuerte obtenía de otro, mediante el ejercicio de la fuerza, un compromiso, se consideró que había mediado voluntad, por lo que existía una obligación jurídicamente válida: *coacta voluntas, voluntas est o coactus voluit, sed voluit*. O su otra variante: no se puede alegar lo que se ha concedido alguna vez por necesidad (*in argumentum trahi nequeunt quae propter necessitatem sunt aliquando concessa*). Como que el romano fue, entre otras características, un derecho impuesto por el más poderoso, eso explica el hecho de que de las dos opciones que había, una declarar que una voluntad forzada no era voluntad o, la otra, que a pesar de la presión ejercida, lo era y que se estaba obligado a cumplir, terminó por imponerse y convertirse en principio jurídico, la opción que favorecía a quien era más fuerte.

Con el tiempo el elemento fuerza como factor importante en la definición del derecho perdió espacios, para dar lugar a otro tipo de valores o intereses.

Otro elemento que contribuyó a la conformación del derecho en Roma es el egoísmo; éste desempeñó un papel importante: *"Ihering indaga las causas que hicieron de Roma la Nación del Derecho; encuentra como principal característica el egoísmo; un egoísmo noble, porque no es el torpe egoísmo individual; un egoísmo que en rigor no lo es, sino el sentimiento de la propia dignidad y de la justicia que se le debe, sentimiento que después se extiende a toda la patria, y llega a hacer del derecho del Estado una religión."*<sup>66</sup>

## 6. 7. Evolución de los conceptos

En Grecia como en Roma el concepto de la ley evolucionó; algunos dirán que degeneró; por ello la frase de Elio Aristides: *"Que es difícil, Calicles, pasar la vida justamente en medio de grandes oportunidades de cometer injusticia."*<sup>67</sup>

63. HERACLES , pp. 162 y ss., en la obra *tragedias*, editorial gredos, Madrid. 1985, p. 92: en esa misma tragedia, a través de un hombre viejo, como lo eran Anfitríón, padre de Heracles, Eurípides pone en evidencia la debilidad de quien usa lanzas y resalta la importancia del arco y la Hecha: "El hoplita es hambre esclavo de sus armas. Si sus compañeros de jila no son valientes, muere con ellos por la cobar día ajena; si rompe su lanza, no puede apartar de sí la muerte, pues sólo tiene este medio de defensa. En cambio, cuantos abrazan el arco con mano certera tienen una ventaja: lanzan miles de flechas y protegen de morir el cuerpo de otros,... Y lo más astuto en la batalla es hacer daño al enemigo y proteger el propio cuerpo sin depender del azar." 190 y ss., pp. 93 y 94. El tema de que el valor se manifiesta a través de un enfrentamiento directo y personal con el enemigo es muy antiguo, Arquidamo, general espartano, hijo de Agesilao: "Al ver un dardo lanzado por una catapulta traída entonces por primera vez de Sicilia, exclamó: Por Heracles, el valor del hombre ha desaparecido" " PLUTARCO, máximas de espartanos, en obras morales y de costumbres (moralia), tomo iii, 219 A, 8, editorial gredos, Madrid, 1987. p. 173. Ese tema se revivió con la invención y perfeccionamiento de las armas de fuego y, más recientemente, con la invención y uso de la bomba atómica.

64. P. 134.

65. PLUTARCO, *vidas paralelas, Pompeyo*. x. editorial planeta, s. a., Barcelona, 1991. p. 505.

66. Leopoldo ALAS, prólogo de 1881, a la primera traducción española de *la lucha por el derecho*, contenido en la edición de editorial .lose M. CAJICA, ob. cit., p. 188.

67. Discursos, contra Platón: en defensa de la retórica, 355, editorial gredos, Madrid, 1987, tomo i, p. 382.

En cuanto al cumplimiento de la ley, una es la Roma de los reyes, otra la de la república y una más la del imperio.

Como se desprende, sobre todo, de la obra de Tito Livio, en esa ciudad estado incipiente, débil y llena de enemigos que él describe y que llega a idealizar, existía una mística de sacrificio, de respeto a la ley, desinterés por las cosas privadas y entrega a la cosa pública.<sup>68</sup> No todo corresponde a la realidad. Livio, en parte, construyó un modelo para un estado que estaba en vías de cambiar sus costumbres y de objetivos de vida, tanto privada como pública.

Durante el imperio, el poder absoluto cambió las costumbres; la austeridad fue sustituida por la pompa y el boato; el respeto a la ley decayó, su lugar fue ocupado por el capricho y la arbitrariedad; el temor se sobrepuso a la seguridad; las costumbres austeras y sobrias casi desaparecieron de las grandes urbes que conformaban el imperio; la vida sexual cambió. Los lazos de familia evolucionaron. El concepto de justicia se desvirtuó. Era explicable, pues bien decía Tácito, refiriéndose a Nerón: "... *lo ilícito atrae más*..."<sup>69</sup>

Se trató de algo generalizado que comenzó un poco antes de Julio Cesar. De Mario se dice que: "... habiendo peleado en la guerra con el mayor valor unos mil camerinos, les concedió el derecho de ciudadanos, y como esto pareciese contra la ley, y aun algunos se lo objetasen, respondió que con el ruido de las armas no había podido oír la ley."<sup>70</sup>

El respeto a la ley, con temor y convicción se dio en los años de los reyes y la república; vino a menos al principio del imperio y desapareció ya avanzado éste, con sus altas y bajas. Lo mismo se observa en la polis griega. En la Roma imperial se produjo un cambio; el concepto de respeto a la ley se transformó; quienes han leído a Apuleyo, Petronio,<sup>71</sup> Dión de Prusa,<sup>72</sup> Luciano, Tácito, Plutarco y otros, saben que fué la arbitrariedad una forma común de gobernar, la irresponsabilidad una modalidad de relacionarse entre sí de los ciudadanos; de explotar y humillar al extranjero un sistema de traficar con quienes no

eran romanos. No está alejado de la realidad Ludwig Friedlaender, cuando dice:

"De los tejados de las casas llovían tejas y los vecinos derramaban cubos de agua sucia o de cosas peores desde las ventanas altas o dejaban caer tiestos y otros objetos que iban a estrellarse ruidosamente contra los adoquines, cuando no mataban o dejaban malheridos a los viandantes."

"Aún eran más serios los peligros que amenazaban a los inquilinos de las casas vecindad. Estas eran, en su mayoría, obra de especuladores, y estaban construidas del modo menos escrupuloso que puede imaginarse. Esta clase de especulación era tentadora, pero peligrosa; ... Explotaban al máximo los terrenos construyendo el mayor número posible de pisos y comprimiendo cuanto podían el espacio de las viviendas, y esforzándose además en reducir al mínimo los gastos de construcción: método que contribuyó a la vez, en una medida considerable, a

augmentar los peligros de incendio..... Respondía

muy bien a los fines de una especulación preocupada solamente del aspecto exterior, sin cuidarse en lo más mínimo de la solidez de las construcciones ni de la seguridad de quienes las habitaban."<sup>73</sup> La pobreza aquejaba al grueso de la población; los más no tenía qué comer ni en dónde vivir dignamente; ella se integraba de esclavos, libertos, extranjeros, clientes y gente de la plebe sin recursos ni educación, que ordinariamente no tenía acceso a un *iudex* o pretor para plantear un *iudicium*, no le alcanzaba la *iustitia* que en ellos se decía impartir y que no estaban en posibilidad de pagar los honorarios de los oradores o *advocati*.

*Los senatus consultus, sententias*, las respuestas de los *prudens*, que conformaron el derecho romano y que lo hicieron universal y famoso, eran emitidos en relación con negocios en los que era parte sólo un reducido número de ciudadanos nobles o ricos, que contaban con los recursos suficientes para subsistir y pagar el costo de la justicia. Cuando en el *digesto* se declara: "*Iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum, ab iniquo separantes, licitum ab illicito dicentes*." Cuando se habla del cultivo de la justicia, se afirma que se profesa el conocimiento de lo bueno y de lo justo, etc., debe entenderse ello como algo referido a un beneficio que sólo alcanza a un reducido número de privilegiados.

68. Véase a T. MOMMSEN, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.

69. Cornelio TÁCITO, *anales*, libro XIII, 12, alianza editorial, Madrid, 1993, p. 432.

70. PLUTARCO, *vidas paralelas, Mario*, xxviii, editorial planeta, Barcelona, 1991, p. 78.

71. *El salir icón*, 76 y ss., red editorial iberoamericana, México, 1984, p. 148 y ss.

72. *Discursos, VII, Euboico*, 12, 25, 34, editorial gredos, Madrid, 1988, pp. 348, 353 y 356.

73. *La sociedad romana, fondo de cultura económica*, México, 1984, pp. 24 y 25.

Por ello es una ironía que se hable de lo práctico y valioso del derecho romano y se le tome como un instrumento para impartir *iustitia*. Lo fue, siempre y cuando a la afirmación se le dé un alcance limitado, que se entienda que quienes lo conformaron o tuvieron acceso a él, fueron sólo unos cuantos; y lo es en la medida que exista alguien que lo conozca y recurra a él, que también son unos cuantos.

El que los más hayan estado excluidos del derecho a la justicia no fue privativo de Roma y Grecia. No fueron casos aislados. Quienes dentro de mil o dos mil años estudien los fragmentos de leyes mexicanas, sobre todo las partes que subsistan de la constitución, deducirán de su sola lectura que la sociedad a la que ellas regían era altamente desarrollada, civilizada y con un respeto a la vida y dignidad humanas: Nada más alejado de la realidad.

Este fenómeno se da en la actualidad; gente poco informada se sorprende de lo abundante y valioso de la producción que en materia constitucional se ha dado en Latinoamérica; parte del supuesto de que se trata de sociedades con instituciones políticas y jurídicas sólidas; ignoran o pasan por alto, que los tratados y manuales de derecho constitucional se produjeron en países gobernados por dictaduras militares, que ascendieron al poder merced a golpes de estado cruentos y en tiempos de arbitrariedad y despotismo.

Ciertamente esto, desde la perspectiva de la ciencia pura del poder, fue válido, lo fue en el sentido de Heráclito que decía: "Es ley también obedecer a la voluntad de uno sólo."<sup>74</sup>

#### **6. 8. La interpretación de la ley y de los contratos**

El apartado que Ihering dedica a la interpretación de la ley y de los contratos es de valor singular; si no cambió el concepto que existía, cuando menos introdujo nuevos elementos que hasta antes de él habían sido pasados por alto. Por lo que toca a los actos jurídicos afirma:

*"En el último estado del Derecho romano se presentan para los actos jurídicos las dos especies de interpretación: la primera en los actos del derecho estricto, y la segunda, o sea la interpretación lógica, en los demás actos. Los juristas traducen esta distinción como la antítesis entre la palabra y la voluntad o el contenido."*<sup>75</sup>

Más adelante hace notar: *"El principio dominante de la interpretación literal, tal como se conserva en la jurisprudencia posterior, es que todo lo que se quiere decir debe estar expresamente dicho; no hay consideración para una voluntad no expresada, mientras que, por el contrario, a lo dicho se da valor en toda su extensión;..."*<sup>76</sup>

Ihering reconoce: *"Esta rigidez de la interpretación daba ocasión a serios conflictos en las relaciones del comercio jurídico"*<sup>77</sup> Por lo que hubo necesidad de establecer una distinción: *"... la interpretación de los actos jurídicos y de las leyes se regían por los mismos principios, por que la antigua jurisprudencia se vio obligada a atenuar para la segunda el rigor que aplicaba a la primera. Ciertamente que en las leyes también las palabras juegan un gran papel; pero, como ya se ha visto, a los Romanos conciliar la autoridad que atribuían a los auspicios con las ineludibles exigencias de la vida, supieron también contener en los límites soportables y prácticos las sumisión que profesaban a los términos de la ley."*<sup>78</sup>

Enseguida aporta un número crecido de ejemplos de los que queda en evidencia que en la jurisprudencia antigua no siempre terminaba por prevalecer el rigor de la palabra.<sup>79</sup> Finalmente llega a afirmar: *"... la jurisprudencia antigua, a pesar del carácter riguroso de la interpretación literal, rehusaba plegarse de un modo absoluto al texto de la ley. ...la interpretaba según quería hacerlo; y sometiendo en apariencia a la ley, se colocaba en realidad fuera de ella"*<sup>80</sup>

#### **7. Epílogo**

El que en una sociedad o en un estado todos estén sujetos a lo que dispone la ley, es un anhelo que ha existido desde la antigüedad; ya Babrio, en una fábula, había hecho notar ese estado ideal: "Reinó una vez un león nada irritable ni cruel ni, en absoluto, propicio a la violencia, sino afable y justo como pudiera serlo un hombre. Dicen que durante su reinado se convocó una asamblea de animales salvajes y que se ofrecieron reparaciones legales y se presentaron reclamaciones unos a otros. Cuando todos los animales rindieron cuentas, el lobo al cor-

74. Fragmento 33, en Rodolfo MONDOLFO. *ob. cit.*, p. 35.

75. Pp. 155 y 156.

76. Pág. 157.

77. Pág. 160.

78. Pág. 163.

79. A partir de la p. 166.

80. Pág. 171.

dero, el leopardo a la cabra montesa, al ciervo el tigre, y todos estuvieron en paz, dijo la liebre asustadiza: «¡Cuánto deseé yo siempre que llegase este día en el que incluso los débiles habrían de resultar temibles a los violentos! >>»<sup>81</sup>

No existe una justicia de valor absoluto; no se puede pretender que una misma ley tenga vigencia universal; existe en el mundo diversidad étnica, lingüística y cultural; por ello las sociedades no pueden ser regidas de igual manera; las normas jurídicas deben estar de acuerdo con la forma de ser de los miembros de la sociedad que la conforman; de ahí lo acertado del dicho de Solón: "... preguntado después si había dado a los atenienses las mejores leyes, respondió: «De las que podían recibir, las mejores.»"<sup>82</sup>

El legislador no puede aspirar a hacer normas químicamente perfectas ni exactas. "Dícese además que, no habiendo escrito las leyes con bastante precisión, y teniendo éstas diferentes sentidos, con esto se acrecentó el poder de los tribunales, porque, no pudiendo dirimirse las diferencias por la letra de las leyes, sucedía que era necesario el ministerio de los jueces y había que acudir a ellos en todas las dudas, con lo que en algún modo tenían las leyes bajo su potestad."<sup>83</sup>

Se trata de una aspiración que, cuando menos hasta ahora, ha sido fallida o inalcanzable; ya hace más de dos mil seiscientos años "...Anacarsis se rió del cuidado de Solón y de que pudiera pensar que contendría las injusticias y codicias de los ciudadanos con leyes escritas, que decía no se diferenciaban de las telas de arañas, sino que, como éstas, enredaban y detenían a los débiles y flacos que con ellas chocaban, pero eran despedazadas por los poderosos y ricos. A esto se dice haber contestado Solón que los hombres guardan los contratos cuando no tiene interés en quebrantarlos ninguna de las partes, y él unía de tal modo las leyes con los intereses de los ciudadanos, que todos conocían estarles mucho mejor que quebrantarlas el obrar con justicia; pero el resultado fue más conforme con la conjetura de Anacarsis que con las esperanzas de Solón. Dícese también que Anacarsis, habiéndose encontrado en una junta pública, se había maravillado de que entre los griegos el hablar es la parte de los sabios, y el decidir la de los necios."<sup>84</sup>

Nicolao de Damasco, que fue una figura bien conocida en su tiempo (siglo 1 a. C), en uno de los pocos fragmentos que se conservan de su obra, cuando alude a los padeos, un pueblo de la India, dice que ellos "... en todo momento se pide de los dioses no otra cosa sino la justicia."<sup>85</sup>

En la India, en Grecia y en Roma el reclamo fue uno: justicia; lo sigue siendo en el mundo actual; el derecho es una vía para acceder a ella; pues, como sostenía Epicuro, "Las leyes son promulgadas por los sabios, no para no hacer mal, sino para no sufrirlo."<sup>86</sup> Por ello, cuanto más se conozca será más alcanzable el ideal y, a no dudarlo, el derecho romano, una ciencia y un arte que se estudia, analiza y describe en esta obra de Ihering, que tuvo un número reducido de titulares, coadyuvará a que, cuando menos, se entrevea la meta.

## 8. Características de la edición

La edición que ahora se hace se basa en la traducción de la obra que directamente del alemán realizó Enrique Príncipe y Satarres ^que reconoció un número crecido de reediciones.<sup>87</sup>

Desde hace muchos años se dejó de reeditar, ello llevó a que el grueso de los juristas y del público en general la desconocieran; es casi imposible encontrarla en el mercado; los pocos ejemplares que de ella se ponen a la venta alcanzan precios elevados.

En español se publicó y se encuentra con alguna dificultad una edición abreviada de *espíritu del derecho romano* de Ihering;<sup>88</sup> fue a través de ella como los juristas de los años cincuenta en adelante conocieron, aunque sea parcialmente, la genial obra.

81. *Fábulas de Babrio*, en la obra *fábulas de Esopo, vida de Esopo y fábulas de Babrio*, 102, editorial gredos, Madrid, 1993, p. 358.

82. *Idem*, cap. xv, p. 97.

83. *Idem*, xvii, p. 101.

84. PLUTARCO, *vidas paralelas, Solón*, v, p. 86.

85. *Fragmentos*, en la obra *paradoxógrafos griegos, rarezas y maravillas*, editorial gredos, Madrid, 1996, 33 *ibid.* III 9 (*sobre la justicia*), 49, p 154 y 155.

86. *Obras completas*, fragmento 81.

87. El espíritu del derecho romano, en las diversas fases de su desarrollo, casa editorial bailly-bailliere, Madrid, 1912, en cuatro tomos; en el texto de la obra el traductor reconoce que cotejó su versión con la que O. DE MEULENAERE, hizo al francés.

88. Traducción de Fernando VELA, revista de occidente, Madrid, 1947; en 1962 se hizo una segunda edición.