

Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Scienze Politiche, Sociali e della Comunicazione (DISPSC)

Dottorato in Scienze del Linguaggio, della Società, della Politica e dell'Educazione

Tesis:

**Arraigo y desarraigo del constitucionalismo colombiano
La constitución débil**

Doctorando

Juan Carlos Moncada Zapata

Fecha: diciembre, 2020

Investigador Responsable

Phd. Prof. Gianfranco Macrì

Prof. associato di Istituzioni di diritto pubblico

Docente di Diritto interculturale e delle religioni

Direttore dell'Osservatorio sulla Cooperazione e la Sicurezza nel Mediterraneo
(OCSM)

Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1. MODELO NORMATIVO DE <i>LEYES DE MANU</i>	12
JUSTICIA	17
Justicia inmanente versus Justicia trascendente	17
Doctrina del karma	19
Castigo físico	21
<i>Lex talionis</i>	23
Justicia poética	27
Culpa heredada	28
Responsabilidad vicarial	30
Proporcionalidad	32
Justicia retributiva	33
Actividad judicial y cosa juzgada	35
Fuego y justicia	38
Fuentes del derecho y libros sagrados	39
LIBERTADES	44
Nacidos en vano	45
Un mundo de siervos	45
Estatuto matrimonial	46
Castas	48
DISTINCIÓN DE PODERES	50
Responsabilidad del rey	50
Los sacerdotes de Manu	52
La figura real y la distinción de poderes	53
Test de Montesquieu	54
CAPÍTULO 2. MODELO NORMATIVO DEL MUNDO	
HOMÉRICO: <i>ODISEA</i>	60
JUSTICIA	65
Escalafón del castigo en el Olimpo	68
Actividad judicial	70
Fuego y justicia	75
¿Culpables los hombres, culpables los dioses?	77
La justicia del miedo y la tortura	79

Pena capital	81
Un mundo de predestinaciones	83
La idea de lo justo	84
LIBERTADES	84
Esclavitud	85
Autonomía de la voluntad y fatalismo	88
La propiedad depende la fuerza	90
Estratificación y rol social de la mujer	92
Creencias religiosas foráneas	94
Desigualdad natural	94
DISTINCIÓN DE PODERES	95
Ordenación política de los gobiernos homéricos	95
Territorios sin fronteras	97
La patria	98
La lealtad	99
El ágora	100
Un mundo sin representación	101
Choque de decisiones, no de reglas	102
La guerra	104
Los heraldos, el canal de información	107
Fusión de lo público y lo privado	108
CAPÍTULO 3. MODELO NORMATIVO DE LAS XII TABLAS	110
JUSTICIA	121
Límites de la actividad judicial	121
Justicia compartida	123
Ejército de intérpretes	126
Pena capital, <i>provocatio</i> y <i>Lex talionis</i>	128
Fuego extinguido, Roma extinguida	137
LIBERTADES	140
La propiedad	141
Estratificación social	143
Estatuto de la familia	146
Libertades antiguas y modernas	147
DISTINCIÓN DE PODERES	150
¿Ambiente constituyente?	150
Esquemas de división del poder en Roma	152
Producción, interpretación y aplicación del derecho	161

CAPÍTULO 4. COLOMBIA Y LA CONEXIÓN INDOEUROPEA	166
Cultura legal hispanoamericana y tradición occidental	166
El hombre medieval	168
Teología, poética y derecho medieval	171
Irrupción de santo Tomás: <i>Summa Theologiae</i> o <i>Suma de Teología</i>	172
Concepto tomista de la ley	174
Santo Tomás y la codificación justiniana	175
La justificación del casuismo y su proyección en Hispanoamérica	177
Inaplicación de normas y espíritu tomista	181
Entrada de Dante Alighieri: <i>summa poética</i>	182
El regreso de Odiseo	184
Dante, <i>Lex talionis</i> y Ley del <i>contrapasso</i>	187
Alfonso x: aparición de la <i>summa jurídica</i>	189
Legislación alfonsina, derecho graciano y celebridades intelectuales de la antigüedad	193
Gobierno de las leyes: apuesta de Alfonso x	197
Aspectos de las <i>Siete Partidas</i> transmitidos al derecho indiano: criterios de tratamiento penal	199
Aspectos de las <i>Siete Partidas</i> transmitidos al derecho indiano: criterios en materia civil	207
DESCUBRIMIENTO DE AMÉRICA, SEGUNDA ESCOLÁSTICA Y LEGISLACIÓN INDIANA	210
Recopilación de leyes de Indias	214
Administración de justicia	215
Se obedece, pero no se cumple. La inaplicación de leyes	216
Algunos aspectos del estatuto indiano	217
Del Consejo Real y la Junta de Guerra	219
División de funciones	220
Regulación de nativos y espíritu esclavista	220
Cárceles y carceleros	221
Novísima Recopilación de Leyes de España	221
PRIMERAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA	223
TRÁNSITO DE LA COLONIA A LA REPÚBLICA	226
DEROGACIÓN TARDÍA DE LA LEGISLACIÓN INDIANA	229
DERECHO MODERNO E INDIANO: DIVORCIO APARENTE	231
CAPÍTULO 5. ACTUALIDAD NORMATIVA COLOMBIANA	234
CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA DE 1991	235

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA DE 1886	236
CONSTITUCIONES DE COLOMBIA 1810-1886	239
LEGISLACIÓN INDIANA 1492-1810	239
DIVISIÓN DE PODERES: ENSAYO Y ERROR	241
Test de Carl Schmitt	242
Sistema constitucional receptor de ideas encontradas	243
La llamada reviviscencia de normas	245
Jueces fijan efecto de las leyes	246
Los jueces deciden sobre la reforma constitucional	248
Incursión del neoconstitucionalismo: el legislador como adversario	250
Jueces determinan sus propias fuentes del derecho	257
Las reformas constitucionales de los jueces: mutaciones constitucionales	259
Aversión a la metodología: el estado judicial	261
¿Y a los jueces quién los ronda?	262
Magistratura en Colombia: no es un punto de llegada, sino de partida	263
CONCLUSIONES	267
BIBLIOGRAFÍA	279

Resumen

Colombia es la tierra del derecho y la legalidad, pero no es la tierra de la jerarquía normativa, ni de las constituciones estables. Rige un sistema legal alimentado de fuentes del derecho, variadas y confusas, marcado por la fuerte influencia de los jueces. Tenemos Constitución rígida y distinción de poderes, pero solo en las formas exteriores. Nuestra Constitución data de 1991 y ha recibido ya 56 reformas en el corto lapso de veintinueve años, lo que denota su rasgo débil e inestable, rasgo que se confirma con cualquier mirada hacia atrás de nuestra historia constitucional local. Ese constitucionalismo inseguro tiene un comportamiento cuyos aspectos más visibles y ‘caóticos’ nos propusimos describir; y es la consecuencia de variables históricas que obligan a escapar del marco de la propaganda histórica que afirma que la hora cero de nuestro pasado como nación —y de nuestro derecho constitucional— marca las 6 de la tarde del 20 de julio de 1810 (Declaración de Independencia). Si admitimos las innegables conexiones de nuestro sistema legal con la *legislación de indias*, que rigió la América hispana por trescientos años, y con el derecho castellano medieval, que nos conecta hasta el derecho romano por la vía de las *Siete Partidas* (y no solamente a través del Código Napoleónico), obtendremos buenas razones que ayudan a explicar la ‘debilidad’ de nuestro constitucionalismo, cual es nuestro objetivo. En el rastreo de esas conexiones, descubrimos, por ejemplo, que una faceta de nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, la *excepción de inconstitucionalidad* (nuestro ‘control difuso’) es un rotundo facsímil de la *dispensa eclesiástica*, que hunde sus raíces en las *Siete partidas* y en el *Decreto de Graciano*.

Sería rentable para investigaciones posteriores afianzar este camino; pero un vacío habría permanecido si, agregándonos en la lista de herederos de la tradición del pensamiento griego y del derecho romano, no tenemos claras las condiciones básicas de un sistema jurídico de la tradición legal de Occidente (preferimos hablar de tradición *indoeuropea*), de modo de podernos comparar y conocer y hablar de «caos». Tres sugestivos modelos normativos nos ayudan a entender esas condiciones básicas: *Leyes de Manu*, *La Odisea* de Homero y las *XII Tablas*, y ayudan a compararnos a través del histórico combate entre gobierno de los hombres versus gobierno de las leyes. Tenemos ideas francamente supersticiosas acerca de cómo llegaron los contenidos de esta tradición indoeuropea a Latinoamérica y a Colombia, que impiden entender que existe una batalla latente de principios en el subterráneo de nuestro sistema legal, que aún no se resuelve. Entender esa pugna de contradicciones implícitas y escondidas, aclarar el antagonismo de principios *indianos* y *modernos* en nuestro ordenamiento jurídico ayuda a explicar por qué modificamos inexorablemente, cada año, nuestra Constitución tornadiza y vacilante, y a entender por qué nuestro constitucionalismo inseguro no arraiga, y vagan sus normas en un incesante espíritu de provisionalidad y transitoriedad.

Abstract

La Colombia è la terra del diritto e della legalità, ma non è la terra della gerarchia normativa, né delle costituzioni stabili. Governa un sistema giuridico alimentato da fonti del diritto, vario e confuso, segnato dalla forte influenza dei giudici. Abbiamo una costituzione rigida e una distinzione dei poteri, ma solo in forme esterne. La nostra Costituzione risale al 1991 e ha già ricevuto 56 riforme nel breve arco di 29 anni, il che denota la sua caratteristica debole e instabile, una caratteristica che è confermata da ogni sguardo alla nostra storia costituzionale locale. Questo costituzionalismo insicuro ha un comportamento i cui aspetti più visibili e "caotici" ci siamo proposti di descrivere; ed è la conseguenza di variabili storiche che ci costringono a uscire dal quadro della propaganda storica che afferma che l'ora zero del nostro passato come nazione - e della nostra legge costituzionale - segna le 6 del pomeriggio del 20 luglio 1810 (Dichiarazione di Indipendenza). Se ammettiamo le innegabili connessioni del nostro sistema legale con la legislazione indiana, che ha governato l'America ispanica per 300 anni, e con la legge castigliana medievale, che ci collega al diritto romano tramite il Siete Partidas (e non solo attraverso il Codice Napoleonico), avremo buone ragioni che aiutano a spiegare la 'debolezza' del nostro costituzionalismo, che è il nostro obiettivo. Nel tracciare queste connessioni, abbiamo scoperto, ad esempio, che un aspetto del nostro sistema di controllo della costituzionalità delle leggi, *l'eccezione dell'incostituzionalità* (il nostro "controllo diffuso"), è un clamoroso facsimile della dispensa ecclesiastica, che ha le sue radici nei Siete Partidas e nel Decreto di Graziano. Sarebbe vantaggioso per ulteriori ricerche consolidare questo percorso; ma un vuoto sarebbe rimasto se, aggiungendoci alla lista degli eredi della tradizione del pensiero greco e del diritto romano, non ci fossero chiare le condizioni fondamentali di un ordinamento giuridico della tradizione giuridica occidentale (si preferisce parlare della tradizione indoeuropea), quindi saper confrontare, conoscere e parlare di "caos" in Colombia. Tre suggestivi modelli normativi ci aiutano a comprendere queste condizioni di base: le Leggi di Manu, l'Odissea di Omero e le XII Tavole, aiutano a confrontarci attraverso il combattimento storico tra il governo degli uomini e il governo delle leggi. Abbiamo idee francamente superstiziose su come i contenuti di questa tradizione indoeuropea abbiano raggiunto l'America Latina e la Colombia che ci impediscono di capire che c'è una battaglia di principi latente nel sottosuolo del nostro sistema legale, che non è stata ancora risolta. Comprendere quella lotta di contraddizioni implicite e nascoste; chiarire l'antagonismo dei principi indiani e moderni nel nostro sistema legale aiuta a spiegare perché ogni anno modifichiamo inesorabilmente la nostra Costituzione mutevole e vacillante, ea capire perché il nostro costituzionalismo insicuro non mette radici e le sue norme vagano in un incessante spirito di provvisorietà e transitorietà.

INTRODUCCIÓN

Colombia es la tierra del derecho y la legalidad, pero no es la tierra de la jerarquía normativa, ni de las constituciones estables, a pesar de las apariencias. Rige un sistema legal alimentado de fuentes del derecho, variadas y confusas, marcado por la fuerte influencia de los jueces. Esta influencia no se refiere al impacto natural del ejercicio de la jurisdicción en el marco clásico de las funciones del estado, como podría ser la función unificadora de la casación, no. Hablamos de preponderancia de los jueces —los constitucionales, más visiblemente— no solo en la mecánica secreta del funcionamiento del sistema jurídico, sino también en la definición de sus contenidos, a un punto, que decisiones de cada día ponen en entredicho postulados que utilizamos habitualmente para describirnos, como el de la división o separación de poderes.

Tenemos Constitución rígida, pero solo en las formas exteriores, en la fisonomía, en el empaque. La actual Carta constitucional de Colombia data de 1991 y ha recibido 56 reformas expresas en el corto lapso de 29 años, algunas de ellas muy comprensivas. Si se le compara con leyes locales de gran trajín administrativo, como decir la Ley de Seguridad Social de 1993, que ha recibido un número similar de reformas, verificamos que la Constitución no ofrece características de jerarquía y resistencia superior a las que cabe esperar de nuestras leyes ordinarias.

Pero este fenómeno no es nuevo. Ni el de las fuentes confusas ni el del constitucionalismo cambiante, sino que tiene antecedentes en nuestro pasado republicano, hasta 1810, cuando ocurrió la Declaración de Independencia de España. Hasta entonces, nuestras constituciones fueron todas provisionales, y todas, sin excepción, de contenido volátil, mudable, inestable. Pero este, que es un rasgo de nuestra idiosincrasia legal, como veremos, va más atrás todavía. Tiene antecedentes de nuestra época *indiana*, es decir, el período de trescientos años en el que rigió para la geografía actual de Colombia —y de Latinoamérica— el derecho

castellano y la denominada *legislación de indias*. Sorprende verificar que la mecánica interna de las fuentes de aquel derecho, pero también sus principios y contenidos, sobreviven aún, aunque no seamos conscientes de ello. Y lo ignoramos porque no tenemos centros de investigación de historia del derecho ni revistas destinadas a ese propósito en Colombia. Peor todavía, prevalece la tendencia de hacer la historia legal de nuestro país con base en propaganda que afirma que el día cero de nuestro pasado como nación es el de la Declaración de Independencia de 1810. Ello, en un ambiente de prejuicios sobre el pasado español que se mantiene a más de dos siglos, y que se traduce en franca displicencia por el derecho de aquella tradición indiana que tiene la tremenda característica de conectarnos hasta el derecho romano, por la vía de las *Siete partidas* (muchos creen que conectamos con el derecho romano únicamente por la vía del Código Napoleónico). Esa displicencia llega a un punto tal que no se incorporan asignaturas de derecho indiano en las facultades en las que se forman nuestros abogados, y no parece ser una preocupación próxima. Solo Argentina, Chile y México dan muestras —no suficientes— de sintonía con esa necesidad desde hace ya casi un siglo, como demuestran las obras de Levene y Góngora; y dan muestras de esa preocupación, las recientes jornadas académicas en algunos países del entorno regional, que buscan analizar la cuestión de la supervivencia del derecho español en los distintos países hispanoamericanos, a partir del momento en que dejaron de formar parte de la monarquía y se constituyeron como naciones independientes.

Por supuesto que recibimos la influencia de la Revolución francesa y de la Europa ilustrada; y es verdad que nuestro constitucionalismo acoge las herramientas que recomienda esa tradición, *moderna* ya. Pero esa influencia y esas herramientas entraron en una pugna constitucional y en una batalla latente en el subterráneo de nuestro sistema legal, que aún no se resuelve. Entender esa pugna implícita, todavía escondida, aclarar ese antagonismo escondido de principios indios y modernos, ayuda a explicar por qué modificamos inexorablemente, cada año, nuestra Constitución tornadiza y vacilante, y a entender a qué se debe la dinámica caótica de nuestro sistema legal.

Somos la tierra del derecho, pero no el campo fértil del constitucionalismo moderno, a pesar de que lo profesamos. Nuestra separación de poderes es una ilusión que nos repetimos a diario, sin que haya sido posible su realización práctica. Repicamos sin tener las campanas.

Identificamos en este trabajo aspectos caóticos del funcionamiento de nuestras instituciones y de nuestro ordenamiento jurídico. Pero ¿cómo lograr una comprensión de ese caos y una caracterización creíble de los problemas que genera? Pequeños cambios efectuados a un esquema, a un sistema, a un principio, pueden traducirse en consecuencias tremendas en el comportamiento de ese sistema, como en el *efecto mariposa*.

Nos pareció que la manera más segura de ponernos de acuerdo en los aspectos caóticos de nuestro sistema legal era buscar las raíces de la tradición legal de Occidente, a la que pertenecemos; entender cómo llegaron sus contenidos a Latinoamérica y a Colombia con el paso de los siglos, y verificar cómo se fraguaron las ideas de justicia, libertades y separación de poderes en nuestra historia reciente y actual.

Como raíces, escogimos *Leyes de Manu*, *La Odisea* de Homero y las *XII Tablas*, lo que no significa desconocer o subestimar referencias igualmente válidas, pero que nos llevarían a una ruta infinita: la mesopotámica o hitita, por ejemplo. En fin, estos modelos no solo nos van a conducir a través de un lenguaje y ambiente común de ideas para poner a Colombia en la perspectiva de nuestra historia común con Italia, España, Francia, y otros, sino que nos proveerán claves para hacer frente al sistema legal de Colombia, para hacernos representaciones, comparar instituciones, comprender de dónde venimos, adquirir un contexto, idealizar modelos para hacer comprensible el nuestro, ¿quiénes somos nosotros en la perspectiva de la Antigüedad indoeuropea, ¿cuáles son algunos rasgos de la tradición general de Occidente, las propiedades observables de esa tradición desde el punto de vista normativo?, ¿cuál es la ubicación de nuestro sistema legal y cómo pueden esas

raíces ayudar a descubrir características nuestras? Por ejemplo, en este trabajo descubrimos que una faceta de nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes es un facsímil de la *dispensa eclesiástica* que hunde sus raíces en las *Siete partidas* y en el *Decreto de Graciano*, redactado hoy en día en lenguaje secular, pero de idéntica lógica de aplicación. No lo hemos visto hasta ahora en vista de nuestra ignorancia del derecho indiano.

¿Estado de la cuestión? Improvisaríamos. No hay en Colombia referencias comparativas de su sistema legal con la Antigüedad. Nuestros constitucionalistas parecen contentos al hacer la historia de nuestro derecho a partir de la leyenda de 1810, y pocos quieren mirar atrás al grueso cauce normativo que nos conduce al derecho medieval castellano.

Acudimos en todos los casos a los autores clásicos y, directamente, a los libros normativos de la Antigüedad, en la forma más directa que nos fue posible para tratar de aportar la mayor credibilidad a los datos.

Explicar, al fin, por qué nuestro constitucionalismo inseguro no arraiga, y vagan sus normas en una brevedad y espíritu de transitoriedad que no descansa.

CAPÍTULO 1

MODELO NORMATIVO DE *LEYES DE MANU*

Manava-Dharma-Sastra o el libro de *Las Leyes de Manu* es la referencia normativa más comentada y completa del antiguo derecho sánscrito de la India. En su traducción francesa, Loiseleur-Deslongchamps remonta su redacción al siglo XIII a. C., pero varios expertos han planteado una datación distinta, incluso una que dice que este código obtuvo su forma y redacción final en algún momento durante los siglos II a. C y II d. C. Por nuestra parte, preferimos seguir los cálculos del historiador escocés y artífice de *The Imperial Gazetteer of India*, Sir William Wilson Hunter, quien explica que el libro de *Las Leyes de Manu* (*Leyes de Manu* o *Manu*, en adelante) fue el resultado histórico de algunos intentos de síntesis y codificación de las costumbres de varios centros brahmánicos del norte de la India, seguramente, motivados por el deseo de protegerse ante el ascenso del budismo y el jainismo que promovían el rechazo a la autoridad de los Vedas —en que estaban imbuidas las *Leyes de Manu*— y combatían el excesivo ritualismo que caracterizaba a la cultura brahmánica. Buda, como se sabe, vivió entre los siglos V y VI a. C., con lo cual es presumible que *Leyes de Manu* hubiera adquirido su forma actual para esa época.¹

¹ Hunter, William Wilson (1886). *The Indian Empire: Its People, History and Products*. Second Edition, London Trübner, pp. 113 y 114. La obra de Hunter, por otra parte, da credibilidad tanto a la descripción del sistema de castas imperante en las antiguas sociedades del tipo brahmánico de la India, como a las referencias geográficas de *Manu*, y recoge la opinión de varios de sus contemporáneos y antecesores sobre la datación de este código.

En cuanto a A. Loiseleur-Deslongchamps, hemos trabajado sobre la versión castellana de la edición francesa: Loiseleur-Deslongchamps: *Mánava DharmaSâstra, Leyes de Manu*, Instituciones religiosas y civiles de la India. Casa Editorial Garnier Hermanos, París, 1924 (Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. Tr. y notas: A. Loiseleur-Deslongchamps. París: Garnier Frères. 1909).

Esta versión castellana de la edición francesa, que a su vez es traducción del sánscrito al francés, estuvo a cargo de Ventura García-Calderón Rey (1886-1959) afamado intelectual peruano radicado en París, candidato a premio nobel de literatura en 1934 y vinculado a los primeros esfuerzos de acercamiento del pensamiento de la India al mundo hispanoamericano.

Las citas de esta obra se harán con referencia, no a páginas, sino a la métrica de las *slokas* y a la estructura de *Las Leyes de Manu*, que consta de doce libros. Ejemplos: para citar la primera *sloka*, diremos 1.1, y para citar la última diremos 12.126.

Hay otra edición castellana traducida del francés: *Leyes de Manu. Instituciones Religiosas y Civiles de la India*, a cargo de Eduardo Borrás. Editorial Schapire, Buenos Aires, 1945. Borrás se refiere a esta obra como «una maraña de leyendas, primorosas en su mayor parte, que han brotado del feliz ayuntamiento de la poesía con la religión».

Manu, igual que Moisés respecto de los Diez Mandamientos, recibió estas leyes de Brahma como una verdad revelada. En la cultura de la India, se le presenta como el antepasado común de los hombres, el primero desde la Creación; y como el encargado de preservar a la humanidad de su extinción ante la amenaza de una gran inundación sobre la Tierra, que le anticipó un pez fabuloso, un evento catastrófico similar también al que nos transmiten las leyendas bíblicas del diluvio universal. De modo que obtenemos una mejor comprensión de Manu cuando advertimos que combinaba los roles de Adán y de Noé, dos de las figuras míticas de los relatos hebreos,² aunque vamos a referirnos, principalmente, a la obra que le otorgó su reputación de legislador legendario.

En su prefacio de la edición francesa, Loiseleur Deslongchamps afirma que *Leyes de Manu* no constituye un código «en el sentido ordinario de esta palabra». A su entender, *código* solo puede usarse para aludir a una colección de normas que regulan delitos o asuntos civiles, mientras que *Manu* conjuga «lo que concierne a la conducta civil y religiosa del hombre». Quedamos atónitos. La expresión *código* no se la inventaron Portalis, Cambacérès o Napoleón con el Código Civil de Francia, sino que se ha utilizado a lo largo de la historia para referirse a ordenamientos jurídicos de gran cobertura que buscaron mejorar la seguridad del comercio, la centralización política y la estabilidad de organizaciones políticas o religiosas.

El *Código de Hammurabi* y sus posteriores *Leyes hititas*; el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano y el *Código Yōrō* del año 757 en Japón; *Las siete partidas* de Alfonso X y las *Leyes de Toro* de 1505, en las que se basaron las fuentes del derecho indiano colonial americano; el *Código Civil* de Andrés Bello de 1855 hasta el *Codex Iuris Canonici* de 1917 y las *Sacrae disciplinae leges* (que subrogó a aquel en 1983), han utilizado pacíficamente el concepto de *Código*,³ y en todos ellos, con mayor o menor

² Mitos hindúes. Edición de Wendy Doniger O'Flaherty. Traducción de María Tabuyo y Agustín López, Ediciones Siruela, 2004, Madrid. pp. 151 a 155.

³ *Law code, also called Legal Code, a more or less systematic and comprehensive written statement of laws. Law codes were compiled by the most ancient peoples...* Cfr.: <<https://www.britannica.com/topic/law-code>>.

intensidad, se han compilado o mezclado normas espirituales y temporales, terrenales y eternas, normas sobre la vida y la muerte. De modo que el criterio de Loiseleur Deslongchamps no nos convence, y, al contrario, sorprende el hecho de que, habiendo traducido *Leyes de Manu*, dejara de notar que este estatuto se refiere a sí mismo en términos de *código* en múltiples oportunidades, por ejemplo, para referirse al privilegio de su lectura (2.16); para delinear el sistema de castas (1.102); como sinónimo de texto revelado (2.143 y 2.149); para referirse a su propia perfección y completitud (12.107 y 12.126); para fijar pautas interpretativas, anticipar contradicciones o usar reglas de reenvío (5.162); o para para fijar el carácter indiscutible de sus fuentes normativas, enlistarlas y atribuir competencias (2.10 y 3.232, 8.3).

Si se admite que, además, es posible localizar un código en la tradición y costumbres legales de un pueblo,⁴ *Manu* exhibiría un doble prestigio, pues fueron proclamadas en la forma escrita que conocemos, sintetizadas en 2685 *slokas*⁵ y, al mismo tiempo, fueron el resultado de siglos de decantación de unas 100 000 *slokas* que se transmitían oralmente,⁶ producto de la refinación de la cultura normativa védica y de la necesidad de una ordenanza que permitiera defender la rigidez dogmática de la cultura brahmánica y la estabilidad de los privilegios de su poderosa

Se debe considerar que *Leyes de Manu* vienen precedidas de libros sagrados de mayor autoridad en su cultura y de mayor antigüedad: los Vedas, de alrededor del milenio III a. C.; o del 1500 al 1200 a. C., según los más recientes estudiosos.

Los Vedas o libros sagrados de los brahmanes están conformados por cuatro libros, siendo Rig Veda, el primero de ellos y el más apreciado. Max Müller, el famoso filólogo y orientalista alemán, y también profesor en la Universidad de Oxford hasta su muerte en 1900, no entendía por Veda más que al Rig Veda pues «los otros tres no ofrecen más que un interés litúrgico», al tiempo que rebajó también de trascendencia a las *Leyes de Manu*, por considerar que, «según la teología brahmánica, no pertenecen a la revelación: no forman parte de la *scruti*, sino únicamente de la *sinriti*, que significa "recuerdo" o "tradición"». Max Müller, *Historia de las Religiones*. Traducción de Luis de Terán, revisada por M. H. Alberti. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1945. pp. 18 y 54.

⁴ "b. *Complesso di norme, in alcuni casi scritte o comunque fissate, in altri legate alla tradizione e alle consuetudini*": <www.treccani.it/vocabolario/codice/>.

⁵ Shloka: "A kind of meter employed in Sanskrit literature, including Buddhist scriptures. In the shloka style, a verse consists of two lines, each with sixteen syllables. Each line is further divided into two eight-syllable parts, so that each verse contains four eight-syllable parts. Shloka style conforms to the following rule: In each line, the sixth, seventh, and fourteenth syllables must contain long vowels, and the fifth, thirteenth, and fifteenth syllables must contain short vowels. The other syllables can contain either long or short vowels. There are also irregular forms of shloka that depart to some degree from this standard form." Cfr.: <<https://web.archive.org/web/20111001040840/>> y <http://www.sgilibrary.org/search_dict.php?id=2009>.

⁶ Hunter, William Wilson. *Op. Cit.*, p. 113.

clase sacerdotal, ante la incertidumbre sobre el futuro que generaba el budismo en expansión.⁷

De modo que negar la condición de *Código* a un estatuto tan completo y sofisticado como *Leyes de Manu* solo puede valorarse como una opinión aferrada al modelo de codificación de los siglos XIX y XX en Europa, e inspirada en un sesgo cultural eurocentrista basado en la particular ideología subyacente a la Revolución francesa y al Código napoleónico.⁸

Pero *Leyes de Manu* no solo traduce normativamente uno de los sistemas filosófico-religiosos más potentes de todos los tiempos, sino que entraña un arsenal de conceptos y técnicas legales conectadas asombrosamente con el derecho que caracteriza a Occidente actual,⁹ que no hunde sus raíces únicamente en el período

⁷ «El brahmanismo es una religión de transición entre la religión védica (basada estrictamente en los ritualistas textos Vedas) y la religión hinduista (basada en los místicos textos Upanishads): Cfr: Jaccoliot, Louis. *L'Olympe brahmanique. La mythologie de Manou (El Olimpo brahmánico, la mitología de Manu)*. 1881. *Fakirs et bayadères (Fakires y devadāsīs)*; 1904.

No es coincidencia, añadimos aquí, que siempre que se han producido grandes y medianas compilaciones normativas en la historia, hubieran sido el resultado de crisis y transiciones: cuando Justiniano subió a Trono, en el 527, el panorama era este: «Desde hacía diez siglos, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los juriconsultos y las constituciones imperiales llenaron millares de volúmenes, cuyas reglas de derecho formaban un verdadero caos». Cfr.: Eugene Petit. (1892). *Tratado elemental de derecho romano*. México: Editorial Época. Traducido de la novena edición francesa. 1977.

Y lo mismo se verifica siempre que se indaga por el contexto en que se produjeron las grandes codificaciones de la historia: la *Ley de las XII Tablas* (del 451 a. C.), o *Las siete partidas* de Alfonso X, *el Sabio* (de 1252 d. C.) que fueron respuesta a períodos de crisis. En el caso de *Las siete partidas*, el panorama era sofocante: precedentes remotos de leyes romanas, usos legales locales, leyes visigodas previas a Justiniano, costumbres legales de los municipios medievales, nuevas disposiciones de grupos dominantes políticamente, todas esas fuentes normativas conformando una trama legislativa sumamente enredada y de difícil interpretación: Cfr. López Estrada. (1992). *Las siete partidas. Antología*. Editorial Castilla, Madrid, p. 28.

Y puede añadirse todavía, como ejemplo, el derecho indiano americano, es decir, el que rigió durante el período de la colonización española; con frecuencia se explica que este derecho carecía de toda idea de sistema y abigarraba toda clase de normas: las dictadas específicamente para las Indias, costumbres criollas, costumbres indígenas y estatutos legales que incluían hasta disposiciones de *Las siete partidas*, todo lo cual obligó a una compilación en 1680, que se concretó en la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*.

⁸ Ferrante, R. «Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX-XX en Europa, con particular atención al caso italiano». En: *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. vol. 25, julio-diciembre de 2013. Trad. del italiano Pablo Moreno Cruz. <<https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3595/3773>>.

⁹ Merryman ha intentado describir los hechos históricos más importantes y las corrientes de pensamiento que han influido más decisivamente sobre lo que él llama la tradición legal de derecho civil (sus reglas, instituciones y procesos legales), que le parece también la más antigua y difundida, y cuyo origen remonta al 450 a. C., supuesta fecha de publicación de la *Ley de las XII Tablas*. Según él, una tradición legal «es un conjunto de actitudes profundamente arraigado, históricamente condicionado, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural».

Cfr.: Merryman, John Henry y Rogelio Pérez-Perdomo. (2014). *La tradición jurídica romano-canónica*. Tercera edición, México: FCE. p. 21.

grecorromano de la llamada Antigüedad clásica, dentro de la cual se acostumbra a reducir nuestra historia legal, sino que ocupa una geografía más amplia y abarca también varias lenguas llamadas indoeuropeas¹⁰ habladas por varias civilizaciones, entre las cuales hubo intercambios e influencias recíprocas que solo escritores y comparatistas aislados han logrado incorporar en sus análisis.¹¹

Puede ser que el desconocimiento de *Manu* en el ambiente de la tradición romana sea un buen ejemplo de lo que Claude Lévi-Strauss denunciaba como *falso evolucionismo*, es decir, esa:

[...] tendencia a reservar el privilegio del esfuerzo, de la inteligencia, y de la imaginación a los descubrimientos recientes, mientras que los que la humanidad ha culminado en su periodo «bárbaro» serían producto del azar, y éste no tendría más que como mucho, algún mérito.¹²

En el ámbito del derecho se produce, con frecuencia, también esta aberración, y en el caso de *Leyes de Manu* es perceptible la tendencia a invisibilizar su aporte que incluye una impresionante oferta para la historia de las instituciones legales.

En tres enfoques vamos a examinar a *Manu*: justicia, libertades y separación de poderes, todos ellos conceptos esenciales del constitucionalismo moderno aterrizados en la práctica durante las revoluciones americana y francesa. Con elementos como el alma y el infierno, el nacimiento, la teología, el matrimonio, el servicio fúnebre, los alimentos, la purificación del hombre, el dueño de casa, los utensilios, las mujeres, la herencia, la beatitud, las clases de transmigraciones, los

¹⁰ Existe, al día de hoy, una muy establecida gramática comparativa indoeuropea que indica que las lenguas anatolia, indo-irania (que incluye el sánscrito, en cuyo ambiente fueron redactadas las *Leyes de Manu*), griega, latina, germánica, armenia, tocharia, céltica, baltoeslava y albana tuvieron una lengua madre que los expertos denominan proto-indoeuropea, que habría existido entre los años 3000 y 4500 a. C., lenguas que comenzaron a divergir de su origen común en algún momento de ese período y en algún lugar de la geografía indoeuropea que abarca las áreas de asentamiento europeo actual, más gran parte del sudoeste y sur de Asia, incluyendo el norte y centro de la India. Disponible en: <<https://www.britannica.com/topic/Indo-European-languages>>.

¹¹ P.e. Fustel de Coulanges. *La Ciudad Antigua. Historia sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Estudio preliminar de Daniel Moreno. Editorial Porrúa, Núm 181. Primera edición. 1864. Décima primera edición. 1998.

¹² Claude Lévi-Strauss. *Raza y cultura*. Madrid: Altaya, 1999. pp. 37-104. Disponible en: <https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/307211/mod_resource/content/1/28%20%28Unidad%205%29.pdf>.

sacrificios, el bien y el mal, las oblaciones al fuego, las ofrendas a los dioses, el mantenimiento del fuego sagrado —que servía tanto a las ofrendas domésticas como al cocido de los alimentos—, las libaciones, los deberes de un rey, la decisión de asuntos judiciales, los castigos criminales y el testimonio (1.111 y ss., 2.67, 2.231, 3.67, 3.70 y ss., etc.) determinamos, y con el triple enfoque anunciado intentaremos obtener un modelo de referencia normativo de la antigüedad indoeuropea (que no solo Antigüedad clásica), que aún no ha sido contado, en este caso el de la India, que vamos a poner al lado de otros dos modelos de la misma tradición: el homérico y el romano.

JUSTICIA

Justicia inmanente versus Justicia trascendente

Las Leyes de Manu se vale de un instrumento de castigo bastante conocido en sociedades que fusionan en un mismo estatuto su normativa terrenal y religiosa. Se trata de medidas de *justicia inmanente* combinadas con medidas de *justicia trascendente*. Es decir, experiencias punitivas de este mundo, terrenales y humanas, enlazadas con experiencias punitivas espirituales, cuyo ciclo comienza con una transgresión en la Tierra, pero el reproche se prolonga al inframundo, o transita o se extiende a otra vida, en la que se recibe el castigo consecuente.¹³

Mancillar el lecho del padre espiritual, por ejemplo, ameritaba una marca física en la frente (9.237) y se imponía de un modo en que el crimen y el castigo parecía tener su origen y su fin aquí en la Tierra. Pero no era siempre así, como en este caso de mancillar el lecho del padre espiritual, pues ese mismo evento acarreaba también

¹³ «Es común... el concepto de que lo inmanente es lo que, formando parte de la sustancia de una cosa, no subsiste fuera de la cosa misma. En tal sentido se dice comúnmente “justicia inmanente” para indicar la justicia inherente al proceso mismo de los acontecimientos, o “peligro inmanente” para indicar el peligro propio de una situación determinada». Cfr. Vocablo *Inmanencia* del Diccionario de Filosofía de Nicola Abbagnano, con traducción de Alfredo N. Galletti, FCE, Bogotá, 1997, pp. 678-679. Ver también vocablo *Trascendente*, p. 1155. El concepto correlativo de *justicia trascendente*, añadimos aquí, debería explicarse por oposición al de *justicia inmanente*, para aludir a una justicia basada en acciones que ocurren o transitan hacia más allá de los acontecimientos humanos, al *más allá*, como cuando la transgresión de una regla en el mundo físico tiene consecuencias fuera de él, en una atmósfera metafísica, adonde se transita para dar cumplimiento a castigos prometidos.

la consecuencia mística de renacer cien veces en *estado de matorral*, en el perpetuo devenir de las vidas subsiguientes (12.58). Ese mecanismo de escarmiento que armonizaba y juntaba ambas formas de justicia no nos resultará extraño si intentamos conectarnos con la cosmogonía de *Manu*, que explicaba el mundo como el albergue indivisible de lo natural y lo sobrenatural o como un mismo ámbito que comprime las cosas terrenales y materiales con las celestiales o espirituales.

La justicia trascendente es un recurso que se usaba también de manera autónoma: una conducta ocurrida en esta vida generaba consecuencias en las *mansiones del infierno* o en vidas subsecuentes. Por ejemplo, quien hablaba mal de su director, «se tornará en asno después de su muerte; si lo calumnia, se tornará en perro; si goza de sus bienes sin su permiso, en insecto; si lo mira con ojos envidiosos, en gusano» (2.201). También, el asesino de un brahmán «pasa al cuerpo de un perro, de un jabalí, de un asno, de un camello, de un toro, de un cabrón, de un morueco, de una bestia salvaje, de un pájaro, de un chandala y de un pukkasa, según la gravedad del crimen» (12.55), en una serie aterradora y meticulosamente planeada de transmigraciones.

Muchas *slokas* fueron dedicadas a la grave problemática de la mentira en la actividad judicial, en las que encontramos ejemplos adicionales en los que se apela a mandatos de justicia inmanente y trascendente: los falsos testigos —a quienes *Manu* comparaba con «incendiarios» (3.158)— eran excluidos de las ceremonias de los brahmanes y perdían toda esperanza de felicidad tanto en la Tierra como en el cielo: «El hombre injusto, el que ha adquirido su fortuna por falsos testimonios..., no puede gozar de felicidad aquí abajo» (4.170) y cae, además, «en los lazos de Varuna, sin poder oponer resistencia durante cien transmigraciones» (8.82). En la Tierra, también en el infierno, se debe desagraviar, y numerosas reglas lo ratifican: quien «declara ante la asamblea de hombres respetables una cosa distinta de la que ha oído o visto se ve precipitado, después de su muerte, de cabeza al infierno y está privado del cielo» (8.75); y el *insensato* que interrogado en una información

judicial hace falsa deposición «será precipitado de cabeza en los abismos más tenebrosos del infierno» (8.94).¹⁴

A quien dice la verdad le beneficia el mecanismo, es decir, obtiene justicia trascendente lucrativa como obtener «el más alto renombre en este mundo» o «llegar a las mansiones supremas» del cielo (8.81), de modo que el premio también se concedía entre la Tierra y el cielo, idea que los hombres de aquel mundo profesaban sin dificultad, considerando que vivían bajo la observación permanente de las divinidades guardianas de cada rincón (8.84, 8.85, 8.86 y 8.91), amenazados perpetuamente por toda clase de tormentos metafísicos.

Doctrina del karma

El mecanismo resultaba más poderoso cuando a él se encadenaba la potente doctrina del *karma*, que supone la existencia de un ciclo infinito de nacimiento, muerte y transmigración, regido por una ley causal universal por cuya virtud las buenas y malas acciones determinan los modos futuros de la existencia de una persona. «Cada uno tiene lo que se merece», parecería ser la frase promocional de *Manu*: las personas buenas se benefician de cosas buenas, y las malas sufren. «El hombre nace solo, muere solo, recibe solo la recompensa de sus buenos actos y solo el castigo de sus malos actos» (4.240). Si alguien bueno padecía sin razón aparente, no se le observaba como a la víctima de una infamia, sino que el espectador suponía que en una vida anterior ese alguien había estado ligado a malas acciones que se están ajusticiando ahora. Cada quien es responsable de su propia desgracia y cada quien debe ser culpabilizado de su propio sufrimiento. Dentro del plan perfecto de *Manu*, el mundo queda explicado como un lugar de

¹⁴ Cuesta trabajo entender la relación entre transmigración e infierno en *Manu*. Cuando la religión revelada alude al *infierno* —y lo hace muy frecuentemente—, no se refiere a un sitio de permanencia definitiva, a un destino, sino que se trata de un lugar de paso (11.206), un mundo temporal de torturas en el que las partículas elementales del cuerpo se separan, se disuelven para, luego de aquellas torturas, constituir un nuevo cuerpo y volver al mundo: «Después de haber pasado numerosas series de años en las terribles mansiones infernales, al concluir este período, los grandes criminales están condenados, para que acaben de expiar sus faltas, a las transmigraciones siguientes...» (12.54, conc. 12.16, 12.17, 12.22), en las que los condenados continúan el ciclo eterno.

operación autónoma, estable y justo, en el que todo castigo es adecuado y toda recompensa merecida.¹⁵

La transmigración siempre era, pues, el resultado de las buenas o malas acciones (1.11) y su aplicación a diferentes hipótesis no tenía pausa: Más allá de la *ignominia aquí abajo*, después de su muerte, la mujer infiel «renace en el vientre de un chacal o sufre de elefantitis y de consunción pulmonar» (5.164). De modo similar, se podía renacer en pájaro, en bestia inmunda o feroz (11.9, 4.200), en buitres, cigarra o cigüeña (12.63). Se renacía en oso por el robo de una mujer (12.67), en garza por robar el fuego (12.66) y se renacía en estado animal durante veintiuna transmigraciones sucesivas si una transgresión era grave (5.35). También se tiene *muerte violenta* en tantas reencarnaciones como pelos hubiera tenido un animal degollado ilícitamente (5.38). Golpear a un brahmán «aunque sea sino con una brizna de hierba» automáticamente implicaba veintiuna transmigraciones (4.166 y 4.169), o incluso podía suponer un renacimiento degradado en una casta social inferior (12.61).

Nadie podía escapar o liberarse de ese extraño ciclo cósmico, salvo quizá un sacerdote cumplidor de su deber, que podía acceder a la *condición suprema* o la *inmortalidad* (2.249, 6.44 y 12.82 y ss.) o renacer, por el contrario, como puerco (3.190) o como espíritu impuro (12.71), si se atrevía a despreciar las reglas de su casta.

Esta particular teoría de salvación de los hindúes védicos no deja de asombrarnos todavía.¹⁶ No tener una vida, sino varias; morir y pasar de un cuerpo a otro hasta el

¹⁵ En la actualidad, los filósofos examinan estas doctrinas bajo la teoría de la *hipótesis del mundo justo* o teoría de la *falacia del mundo justo*, que fue enunciada por Melvin Lerner en 1975: "Just-world hypothesis": Cfr.: K. Mitch Hodge: <https://www.academia.edu/1342218/Youll_Get_What_is_Coming_to_You_Why_is_the_Just-World_Hypothesis_Cognitively_Conjoined_with_Afterlife_Beliefs>.

¹⁶ En el intrincado hinduismo, el mecanismo de pasaje de una existencia a otra en que se apoya la transmigración, no se basa en el trasbordo de una entidad, de un alma o una conciencia a otro cuerpo; no se basa en una *reencarnación*, como a veces se cree; sino que una misma conciencia atravesaba varios cuerpos configurando una serie o un *rio* de conciencias: «así como en el disco de un espejo completamente limpio se ve la imagen reflejada de un rostro, pero el rostro no pasa del disco al espejo» y así como «se ve la imagen reflejada de la luna en un pequeño recipiente de agua, pero el disco de la luna no ha

infinito es una visión que no tendría eco en el cristianismo, que preferirá, en su reemplazo, la promesa de la resurrección de los muertos y el anuncio del juicio final.¹⁷ Tampoco tendría eco en la Grecia clásica, a pesar de los prestigiosos coqueteos de Platón,¹⁸ ni tampoco se admitió en la cosmogonía homérica, tan obsesiva en los asuntos de la muerte.

Castigo físico

«La energía más poderosa» (7.28), el castigo, se infligía para corregir la desobediencia en el ámbito de la comunidad o de la familia: «Una mujer, un hijo, un sirviente, un discípulo, un hermano de padre y madre, pero más joven, pueden ser castigados cuando cometen alguna falta, con una cuerda o con un tallo de bambú» (8.299), siempre en la parte posterior del cuerpo y nunca en las partes nobles (8.300). Y en el ámbito social, el cuerpo humano era la prenda de la justicia en una legislación implacable, pero también fuertemente regulada a este respecto: «los órganos de la generación, el vientre, la lengua, las dos manos, los dos pies en quinto lugar, los ojos, la nariz, las dos orejas» y «los bienes y el cuerpo» por los crímenes que merecen la pena capital (8.125).

bajado de su lugar y no ha pasado al pequeño recipiente de agua». Cfr.: Fernando Tola y Carmen Dragonetti. (1980). *El budismo Mahayana*. Bs. As.: Editorial Kier. p. 59.

La transmigración de las almas es el objeto del Libro Duodécimo de *Las Leyes de Manu*.

¹⁷ «Y así como el destino de los hombres es morir una sola vez, después de lo cual viene el Juicio». (Hebreos 9:27 El libro del pueblo de Dios). Cfr.: <http://www.vatican.va/archive/ESL0506/_P107.HTM>.

¹⁸ Platón trata el asunto del alma y de la transmigración en Fedro. El alma sería como un auriga que debe manejar dos corceles, uno de ellos dócil y de buen manejo, el otro brioso y de origen desconocido. Las almas que saben manejar sus corceles propenderán a seguir a los dioses, por acercarse más a su conocimiento y sabiduría. Otras, incapaces de controlar sus corceles, siguen el camino del vicio y terminan por perder sus alas, a consecuencia de lo cual caen a la tierra donde encarnan en el cuerpo de hombres. Después de la primera encarnación del alma y según como haya sido su vida, son objeto de un juicio y descenderán a lo más profundo de la tierra o irán a un pasaje de Urano donde recibirán las recompensas por las virtudes que han practicado. De igual modo, dice Platón, luego de mil años las almas son llamadas a un nuevo arreglo donde podrán escoger qué género de vida quieren vivir, si quieren encarnar como hombres o como bestias salvajes, pues en la primera encarnación solo podía ocupar el lugar de un hombre, nunca de una bestia. Explica Platón que las almas solo pueden regresar al punto de donde han partido y recuperar sus alas solo después de un destierro de 10 000 años. Sin embargo, puede acortarse este período si por tres ciclos de 1000 años escogen cultivar la filosofía de manera sincera en su corazón o aquellos que hayan amado a los jóvenes con corazón filosófico. Cfr.: Platón. Diálogos: Fedro o del amor. Estudio preliminar de Francisco Larroyo. Edición XVII Corregida y aumentada. México. 1978. p. 639. Ibidem. pp. 636-641.

En un contexto que eleva dramáticamente la importancia del orden sagrado, no resultaba extraña la aplicación de castigos severos, diseñados a veces de un modo en que sobrepasaban la responsabilidad personal del infractor. No se buscaba resocializar o rehabilitar a nadie, sino purificar y restablecer el orden. A los ojos de Manu, ese enfoque implicaba respuestas duras a transgresiones que consideraba importantes. La severidad resultaba instrumentalmente valiosa para proteger los libros revelados, sin que la integridad corporal o moral del infractor representara algún escrúpulo.

Podríamos afirmar, entonces, que el castigo era el principal seguro de estabilidad de las *Leyes de Manu*: «El castigo gobierna el género humano; el castigo lo protege, el castigo vela mientras todo duerme; el castigo es la justicia» (7.18). Tan evidente ese diseño que hasta los dioses debían sentirse *contenidos* en el cumplimiento de las funciones que expresamente tenían atribuidas (7.23). Aquel fue un tiempo asombroso, referido al sol, a los días y las noches, a calendarios de quincenas oscuras y quincenas iluminadas por la luna (1.65), también referido a una estructura de dioses jerarquizados, de santos y espíritus, de manes de los antepasados y divinidades domésticas que debían recibir ofrendas y ser satisfechas a cada tanto con oraciones, palabras sagradas pronunciadas mirando a ciertos puntos cardinales, con alimentos traídos y ofrecidos en cierto orden y disposición (3.80, 3.81); pero ellos también, los dioses encumbrados, debían sentirse observados, rondados y sometidos a la amenaza del castigo.

No obstante que la capacidad del agresor para reparar un daño con una compensación poco importaba para preservar su integridad física, resulta importante destacar que la mecánica de este sistema legal imponía castigar con arreglo a normas preexistentes a la comisión del hecho, con arreglo al principio de legalidad, lo que estamos acostumbrados a interpretar como señal distintiva del derecho punitivo moderno (*nullum crimen nulla poena sine previa lege*).

Pero es de la reverencia del género humano a los libros santos de lo que se trata *Manu*: «Es el temor del castigo lo que permite a todas las criaturas gozar de lo que les es propio y lo que les impide apartarse de sus deberes» (7.15, 7.22). El castigo es la salvaguardia de los inflexibles cuatro órdenes de la sociedad védica (7.17), pues de otro modo «los más fuertes asarían a los más débiles como a pescados en un asador» (7.20) ni tampoco «existiría más el derecho de propiedad». O peor: «el hombre de más baja condición ocuparía el lugar del hombre de clase más elevada» (7.21).

Lex talionis

En *Manu* no hubo *lex talionis*¹⁹ pues sus leyes confeccionaron su propio estándar de justicia, su propia escala de crímenes y sus específicos métodos de castigo para las transgresiones más graves.

Si el ladrón obra de noche, la consecuencia es la muerte a través del empalamiento, con previa amputación de las dos manos (9.276); eso no es «vida por vida». Y estaba destinado a morir en el agua aquel que rompe el dique de un estanque (9.279); esta no es la represalia del «ojo por ojo».

Y al orfebre que comete un fraude, «que el rey lo haga cortar en pedazos con navajas» (9.292); esta no es la retaliación del «diente por diente». Y si una mujer es infiel a su esposo, «el rey la haga devorar por los perros en un lugar muy frecuentado» (8.371); esto no es la revancha de «mano por mano».

Lo robado debía ser devuelto (8.40 y 8.320) sin duda, pero no era suficiente, pues el que ha sido sorprendido saqueando bienes de terceros sometidos a custodia (8.34) o substrayendo o malversando el tesoro del rey (9.280) era condenado al pisoteo de un elefante; eso tampoco es el resarcimiento del «pie por pie».

¹⁹ "Life for life, eye for eye, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot": Cfr.: <<https://www.britannica.com/topic/talion>>, <<http://www.treccani.it/enciclopedia/taglione/>>.

Ciertas violaciones de la ley traslucen que el castigo, era en aquel mundo, el sostén del orden sagrado y dejan ver líneas divisorias con las ideas retributivas modernas. La pena capital por raptó de hombres o mujeres de buena familia, el robo de joyas de gran valía (8.323), la violencia contra la mujer de un brahmán (8.359), por ejemplo. La muerte era también la pena para ladrones ocultos, o para quienes se introducen secretamente a una casa, o para aquellos bandidos que viven en los bosques y para quienes les ofrecen asilo, sus amigos y parientes patrocinadores (9.257, 9.269, 9.271). Y, asimismo, a aquel que es sorprendido en flagrancia «debe dársele la muerte sin vacilar» (9.270).

Y en una combinación entre castigo corporal y pena capital, se escarmentaba también del siguiente modo: quien ha manchado a la esposa de su padre puede escoger entre «extenderse en un lecho de hierro quemante y abrazar una imagen de mujer enrojecida al fuego» hasta la muerte (11.103) «o que habiéndose cortado él mismo el pene y las bolsas y teniéndolos en la mano, camine con firme paso a la región de Nirriti (divinidad que presidía el Sudoeste geográfico de Manu), hasta que caiga muerto» (11.104). Tampoco vemos aquí trazos del *ojo por ojo*, que tanta significación tendría en el derecho cuneiforme mesopotámico del Código de Hammurabi (aunque no así en las Leyes hititas).

Otras transgresiones no daban pena de muerte, pero eran castigadas severamente con mutilaciones. Mancillar a una mujer de distinta condición con el mero «contacto de su dedo» era un hecho escarmentado con el corte de dos dedos (8.367) o, jalar las barbas de un brahmán, con el corte de dos manos (8.283). Una regla decía que un hombre de *bajo nacimiento* perdía el miembro de que se valía para golpear a una persona inferior (8.279); pero «si ha levantado la mano o un bastón sobre su superior, debe cortársele la mano; si en un raptó de cólera le ha dado un puntapié, deben cortarle el pie» (8.280). Y «cualquiera que sea el miembro de que se vale el ladrón de un modo o de otro, para dañar a las gentes, el rey debe hacérselo cortar, para impedirle que cometa nuevamente el crimen» (8.334).

Esto no es talión, sino que supone una actitud más fatalista en la valoración del crimen. Pero hay más: si un hombre escupe con insolencia sobre un brahmán, «el rey debe hacerle mutilar ambos labios; si orina sobre este Brahmán, la uretra, si pee en frente de él, el ano» (8.282). Y aunque a ojos de un observador actual resulte difícil admitir que hay un sentido de proporcionalidad envuelto en tales sanciones, habría que reconocer de todos modos que ciertamente había un criterio: las penas estaban vinculadas a los actos cometidos: la lengua para el que insulta (8.270), los dedos para el que toca, el pene para el que orina. Allí no había venganza, no había una respuesta emocional sin límites, no había retaliación primaria, sino que el castigo había sido absorbido por *Las Leyes de Manu* y era administrado dentro de un orden establecido, como una actividad reglamentada, en un ambiente de legalidad del crimen y de sus consecuencias.

Tampoco había en aquel ambiente igual y directa retribución como en *lex talionis*, había disuasión a lo sumo, como en el caso de los cortes sucesivos de partes del cuerpo para el raponero: dos dedos por la primera, un pie y una mano si reincide, y la muerte por la tercera (9.277).

El castigo podría llegar a niveles extraños de creatividad a la hora de censurar insolencias de consejeros: «Que el rey le haga verter aceite hirviendo en la boca y en las orejas, si tiene la imprudencia de dar consejos a los Bracmanes sobre su deber» (8.272). Y en una hipótesis similar, si alguien ultrajaba con sus maneras a alguien de una casta superior, se le hundía en la boca «un estilete de hierro quemante de diez dedos de largo» (8.271). Siempre la división de castas, siempre el orden sagrado.

Las marcas físicas, huellas indelebles en el cuerpo, desempeñaban un rol similar como estigmas infamantes al servicio de *Las Leyes de Manu*: «estos hombres marcados con señales deshonorosas deben ser abandonados por sus parientes paternos y maternos y no merecen compasión ni cuidados» (9.239). Antes que infligir un sufrimiento, se buscaba que la sociedad pudiera identificar al delincuente

mediante señales perpetuas en la piel. Y si bien se contemplaban expiaciones que, de cumplirse, permitían conmutar una marca física infamante por una multa (9.240), Manu hacía gala de imaginación a la hora de poner estampas en la piel:

Que por haber mancillado el lecho de su padre espiritual, se imprima sobre la frente del culpable una señal que represente las partes naturales de una mujer; por haber bebido licores espirituosos, se le grabe una señal que represente la bandera de un destilador; por haber robado oro de un sacerdote, el pie de un perro; por el asesinato de un bracmán, la figura de un hombre sin cabeza (9.237).

No siempre se marcaba la frente; quien se atrevía a igualarse poniéndose *al lado* de un hombre de clase más elevada, sufría una marca «abajo de la cadera» o un «chirlo sobre las nalgas», y se arriesgaba también al destierro (8.281).

Finalmente, venían el castigo corporal y la multa, esta última como pena civil para el que niega una deuda (8.51), para conjuros mágicos o sortilegios (9.290), para sancionar el abandono de los padres (8.389) o por hacer un festín olvidándose de invitar a los vecinos (8.392). Y es común que funcione como pena accesoria, acompañando un castigo corporal (9.236), siempre proporcionadas a utilidad y valor (8.285).

El castigo corporal se aplicaba al demandante temerario que no expone los motivos de su demanda (8.58), al testigo por su falso testimonio (7.22), y estaban contemplados también la detención, los grilletes y otras diversas penas corporales (8.310). Ninguna de todas estas formas de castigo representaba *lex talionis*, en prueba final de lo cual estaba la norma que decía que si una persona hacía correr sangre con heridas era sancionado con una multa más los gastos de curación; y que quien causaba una fractura de hueso, se hacía acreedor al destierro (8.283 y 8.284).

Varias antiguas civilizaciones indoeuropeas habían convertido el talión como su denominador común. El portavoz de las leyes de Dios, Moisés (siglos XIV y XIII a.

C.), las pregonó mucho antes que griegos y romanos, y moldearía dentro del judaísmo, algunos de los enunciados más conocidos al respecto;²⁰ si bien, mucho antes todavía, una regla de identidad entre crimen y castigo había sido establecida por el rey Hammurabi en el emblemático código de la civilización mesopotámica del siglo XVIII a. C., exhibido actualmente como una de las joyas más preciosas del Museo del Louvre y escrito bajo formas cuneiformes de una majestuosa estela de basalto.²¹

Justicia poética

Como hemos visto, Manu tenía una gran inspiración para inventar mecanismos de advertencia y escarmiento. Hemos dicho que la transmigración permitía aplazar la imposición del castigo en el más allá, renaciendo en posiciones desventajosas o sufriendo en las horribles mansiones del infierno. Y que a Manu también se le antojaban, como muy necesarios, los castigos terrenales en esta vida y en la otra, a los que hemos aludido. Pero tenía todavía cartas guardadas bajo la mesa sagrada, una de las cuales conocemos hoy en día como *justicia poética*, un tipo de justicia que operaba en esta vida inmanente ciertamente, y concurrente también con el castigo físico y el castigo trascendente.

El término justicia poética ha hecho carrera desde que fuera acuñado por Thomas Rymer (1641-1713) para referirse a un resultado en el que el vicio es castigado y la

²⁰ Éxodo, Capítulo 21:

«22 Si unos hombres se pelean, y uno de ellos atropella a una mujer embarazada y le provoca un aborto, sin que sobrevenga ninguna otra desgracia, el culpable deberá pagar la indemnización que le imponga el marido de la mujer, y el pago se hará por arbitraje.

23 Pero si sucede una desgracia, tendrás que dar vida por vida,

24 ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie,

25 quemadura por quemadura, herida por herida, contusión por contusión.»

Cita tomada de <http://www.vatican.va/archive/ESL0506/___P21.HTM>.

El Exodo habría ocurrido cerca de 1440 a. C., según <<https://www.britannica.com/biography/Moses-Hebrew-prophet>>. Y en Levítico: «19 Si alguien lesiona a su prójimo, lo mismo que él hizo se le hará a él. 20 fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se le hará la misma lesión que él haya causado al otro. 21 el que mate a un hombre, será castigado con la muerte».

Cita tomada de <http://www.vatican.va/archive/ESL0506/___P39.HTM>.

Se supone que, en el Sermón de la Montaña, Cristo presentó una antítesis de la ley de Moisés, en la que contraponen a *lex talionis* el amor a los enemigos.

²¹ <<https://www.louvre.fr/oeuvre-notices/code-de-hammurabi-roi-de-babylone>>.

virtud recompensada, habitualmente de una manera discreta o irónicamente apropiada.²² Un infractor en Manu, sin ser consciente de ello, podía sufrir algún tipo de crueldad o soportar una vejez sin recursos o sufrir enfermedades, o perder a sus padres, o podía presenciar la transformación de sus amigos en enemigos (12.79 y ss.) como consecuencia de una mala acción.

Constituye un misterioso mecanismo de justicia sin venganza que, a pesar de su dinamismo insólito, exhibe un perfecto encadenamiento a la ley de causa y efecto (se insiste que en la vida actual) y que, suponemos, permitía corregir eventuales fallas de la justicia terrenal de Manu, que si flaqueaba en la protección de las sagradas escrituras, de todos modos terminaría por imponer, así no lo parezca a primera vista, alguna consecuencia buena o mala, en la permanente batalla del bien contra el mal.

Pero ni los temores a la suerte de cada quien en el más allá ni la justicia poética en este mundo, alcanzaban a completar todavía la lista de salvaguardias destinadas a asegurar el cumplimiento de las *Leyes de Manu*. En ese inventario, hacían falta, también, la culpa heredada y la responsabilidad vicarial.

Culpa heredada

Mientras la tradición bíblica del antiguo testamento iba a defender la idea de una naturaleza corrupta y pecaminosa de los hombres heredada desde Adán,²³ en *Manu*

²² Cfr.: <<https://www.britannica.com/art/poetic-justice-literature>>. Algunos ejemplos actuales podrían ser estos: «Un terrorista al que le estalla su propia bomba, un cazador aplastado por el elefante que acaba de cazar, un racista que descubre ancestros en África, un predicador moralizante cazado engañando a su esposa y como guinda del pastel, un juez juzgado, un abogado en el banquillo de los acusados...», todo son ejemplos de la llamada justicia poética, que a veces salta de las páginas de los libros y aterrizan en la vida real»: <<https://confilegal.com/20181111-que-es-la-justicia-poetica-y-en-que-consiste/>>.

²³ Y la tradición hebrea reforzará este aspecto en lo que los teólogos denominan «liderazgo representativo». Un ejemplo de un liderazgo que afecta a otros está planteado en Josué 7, con Acán y su familia: «La derrota de Israel en Hai se atribuyó a Acán, quien desobedeció a Dios y se apropió de forma indebida de plata y oro que escondió en su tienda. Aunque solo él había cometido este acto pecaminoso, sus hijos e hijas fueron apedreados con él, y cargaron con el castigo junto a Acán por su acto (Jos. 7:24-25). De forma parecida, la culpa del pecado de Adán se imputa o coloca sobre el resto de la familia de la humanidad». Cfr.: Biblical Doctrine, 2017 por John MacArthur y Richard Mayhue, y publicado por Crossway, un ministerio de publicaciones de Good News Publishers, Wheaton, IL 60187. Edición en castellano: Teología sistemática, 2018 por Editorial Portavoz, filial de Kregel Inc., Grand Rapids, Michigan.

la culpa no viene automáticamente. Pero una vez que ocurre una transgresión, esa culpa puede transmitirse a los hijos y nietos del autor de la falta: «La iniquidad cometida en este mundo, del propio modo que la tierra, no produce inmediatamente frutos, pero extendiéndose poco a poco, mina y derriba a quien la ha cometido»; y, «Si no es a él, es a sus hijos; si no es a sus hijos es a sus nietos a quienes está reservada la pena; pero, ciertamente, la iniquidad cometida no deja nunca de tener fruto para su autor» (4.172 y 4.173).

En ambos casos se trata de culpas invisibles que se transmiten de generación en generación como si se tratara de una enfermedad genética; se imputa a descendientes que no participaron en la transgresión, por la simple consideración de que ocupan un lugar similar o están emparentados con el directo responsable. No obstante, esa culpa genética tenía esperanza de cura mediante reglas de purificación: «Es preciso siempre hacer penitencia para purificarse pues los que no hayan expiado sus pecados renacerán con esas señales ignominiosas» (11.53). Sumergirse en el agua con sus vestidos, ingerir comida no sazonada, afeitarse la cabeza, abluciones (lavatorio), oblaciones (ofrendas) a los fuegos sagrados, abstinencias, libaciones (aspersión de una bebida como ofrenda), elevación de oraciones que borran manchas, o bien, actos consistentes en tocar una vaca o mirar el sol (5.57 y ss.) eran algunas de las acciones rituales a través de las cuales las personas, o las cosas en estado de impureza, se hacían dignas de entrar o regresar al contacto con el orden sagrado de *Manu*.²⁴

Considerar en sentido similar el mito de la eterna culpabilidad del Judío Errante: «La figura del eterno caminante aparece en numerosas leyendas. **En las grandes religiones se trata de individuos condenados a un perpetuo vagar por haber cometido una blasfemia o haber desobedecido a Dios**, como es el caso en el judaísmo de Caín, de Pindola en el budismo o de al-Sameri en el Islam»: <https://historia.nationalgeographic.com.es/a/judio-errante-mito-eterna-culpabilidad_12248/2>. El cristianismo, por su parte, diseñaría su propio «judío errante», un hombre condenado a la inmortalidad como chivo expiatorio de un pecado cometido por otros, y que la literatura colombiana recogerá en la pluma del diplomático y novelista Próspero Morales Pradilla, en su novela *Los Pecados de Inés de Hinojosa* (1986), y en la del premio Nobel Gabriel García Márquez, cuya alusión al mito ha sido motivo de atención de especialistas, como en el caso de la lingüista española Sultana Wahnón: «El judío errante en *Cien años de soledad*». Memorias del xx Congreso Nacional de Literatura, Lingüística y Semiótica. *Cien años de soledad*, treinta años después. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia: Instituto Caro y Cuervo, 1998, pp. 41-60.

²⁴ «Nel linguaggio mistico, la p. dell'anima è la rimozione degli ostacoli che si oppongono al raggiungimento della perfezione; si dice attiva in quanto legata alla mortificazione e alla penitenza; si dice passiva in quanto dipende, nei più alti stati mistici, dall'intervento diretto di Dio. Riti di p. Pratiche tradizionali, mediante le quali un soggetto (persona, gruppo, cosa, luogo ecc.) passa dallo stato di impurità a quello di purità o da uno stato di purità normale a quello di purità eccezionale richiesto da

Culpa religiosa, culpa secular y culpa individual serán ideas futuras que no aparecerán hasta que los individuos dejen de ser unos raros fenómenos transitorios en esa atmósfera de la transmigración y hasta que lleguen a existir como entidades físicas para el derecho. En *Leyes de Manu*, una vez más, la prelación radicaba en las reglas de purificación, y en el orden sagrado de las cosas en vez de la existencia de un estatuto individual de las personas, completamente irrelevante.

Responsabilidad vicarial

El diseño de la pena guardaba otro secreto: venía diseñada para cobijar a gente que nada tenía que ver con la hipótesis de hecho. «Aprende ahora ¡oh digno hombre! por una enumeración exacta y en orden cómo un falso testigo mata a sus parientes según las cosas sobre las que versa la deposición» (8.97), una severa regla de *Manu* según la cual grupos cada vez más numerosos de personas pierden la vida *ipso facto* por cuenta de las afirmaciones de un testigo espurio, al punto de que se «mata a mil por una falsa deposición relativa a hombres» (8.98 y ss.).

De modo que «sabiendo todos los crímenes de que uno se hace culpable por hacer una falsa deposición» es preciso que cada quien declare «con franqueza» todo lo que sabe, vio u oyó (8.101). De acuerdo a la naturaleza y cantidad de culpa se produce esta mortandad de los parientes, que nada tienen que ver con las acciones u omisiones del testigo mentiroso. Terminaban por sucumbir ellos en el ajuste social de cuentas, lo que —es fácil suponer— haría de la familia y del entorno unas instituciones de vigilancia policial de *Las Leyes de Manu*.

Se trata de un modelo de imputación de culpa conocido como *vicarial* (culpa por defecto, por transferencia o representación), modalidad de responsabilidad objetiva en la que alguien resulta castigado porque hace las veces, o tiene el poder y

determinate attività, o anche ritorna dallo stato di sacralità (che sottraendolo alle condizioni normali finisce con l'equivalere a uno stato di impurità) all'ambito del profano" Cfr: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/purificazione>>.

facultades de otra persona, o bien la sustituye en caso de ausencia. Los antiguos encontraban en este estándar una poderosa herramienta de control en diferentes ámbitos:

El causante de la muerte de un muévedo comunica su falta a la persona que come la comida que él ha preparado; una mujer adúltera la comunica al marido que tolera sus desórdenes; un discípulo que descuida sus deberes piadosos, a su director, que no lo vigila; el que celebra un sacrificio y no observa las ceremonias, al sacrificador negligente; un ladrón, al rey que lo perdona» (8.317; también 8.316).

En esta regla, quien prueba la comida preparada por el causante de la muerte, el marido que tolera, el director que no vigila, el sacrificador negligente y el rey que perdona, no tienen que ver directamente con la acción del sujeto responsable, lo que va en contravía, se percibe de inmediato, con nuestras ideas actuales de culpabilidad que advierten que el castigo o la pena debe fundarse en la comprobación de que el hecho puede reprocharse a su autor: culpabilidad de autor, y no de terceros.

La noción de justicia retributiva de la época moderna supone que es inadmisibles castigar inocentes, es decir, castigar a alguien por un hecho sobre el cual no tuvo control.²⁵ Habrá que tener cuidado, no obstante, con el uso de este prisma, porque la justicia retributiva no es un patrimonio del inventario exclusivo del liberalismo o de la filosofía liberal o de la época actual. Las ideas retributivas pueden ser consideradas apropiadas por parte de organizaciones no liberales o religiosas; y esas organizaciones no tienen por qué coincidir en la escala de lo que es punible ni

²⁵ “The concept of retributive justice has been used in a variety of ways, but it is best understood as that form of justice committed to the following three principles: (1) that those who commit certain kinds of wrongful acts, paradigmatically serious crimes, morally deserve to suffer a proportionate punishment; (2) that it is intrinsically morally good—good without reference to any other goods that might arise—if some legitimate punisher gives them the punishment they deserve; and (3) that it is morally impermissible intentionally to punish the innocent or to inflict disproportionately large punishments on wrongdoers. The idea of retributive justice has played a dominant role in theorizing about punishment over the past few decades, but many features of it—especially the notions of desert and proportionality, the normative status of suffering, and the ultimate justification for retribution—remain contested and problematic.” Disponible en: <<https://plato.stanford.edu/entries/justice-retributive/>>.

en la idea de autoría personal, ni coincidir en el juicio de quien tuvo, o no, control en un hecho.

La comunicación de una falta a personas que participaron en ella en *Las Leyes de Manu* dista mucho de ser una idea digna de ser aplaudida con los criterios del presente; pero dista mucho también de considerarse una idea incongruente para una época en la que el hombre no era el centro de la vida, sino, más bien, equivalente a cualquier partícula del todo *panteísta* del hinduismo brahmánico y, por tanto, no podían especular ideas de individuo ni de responsabilidad personal.

El hombre que consiente en la muerte de un animal, el que lo mata, el que lo corta en pedazos, el comprador, el vendedor, el que prepara la carne, el que la sirve y, en fin, el que la come, están mirados como partícipes en el crimen (5.51).

No estamos aquí en presencia de una especie de daño colateral, sino que hay castigo intencionalmente dirigido a todos aquellos que integran el circuito o recorrido de un hecho de interés sagrado, de modo de encargarlos o responsabilizarlos como colaboradores, a través de la amenaza de un castigo, de la protección de ese orden sagrado o de su estabilización. Las personas sometidas a ese orden no representaban una muralla sino un medio para ese propósito.

Proporcionalidad

En las instituciones civiles y religiosas de la India brahmánica, esta cuestión fue acometida en forma impresionante. Es cierto que a veces el mismo transgresor debía obrar como si fuera su propio agente punitivo. Ya citamos el caso de quien se tiene que cortar «él mismo el pene y las bolsas» y caminar con ellos en la mano «a la región de Nirriti, hasta que caiga muerto» (11.104). Y es cierto, también, que *Manu* complace algunos arranques de justicia privada. Era lícito, por ejemplo, forzar al deudor por medio de astucias y fraudes legales a que cumpliera con su obligación; y parece que se permitía encerrar al hijo del deudor, a su mujer, tomar sus ganados

directamente, o bien atar al propio deudor en su casa, obligándole a pagar de manera violenta: «Al acreedor que obliga a su deudor a devolverle lo que le ha prestado, no debe reprenderlo el rey por haber readquirido su bien» (8.49 y 8.50).

Justicia retributiva

Pero en *Las Leyes de Manu* hay alguien que centraliza claramente la función de castigar. No será alguien que resulta encargado de ello en el tránsito de un estado de naturaleza a uno civil, como proyectan los enfoques del contractualismo moderno (Rousseau, Hobbes, Locke), pero es clarísimo que esa potencia existe con esa competencia específica y que en la sociedad india de *Manu* la víctima no tiene el derecho de hacer justicia por su propia mano, esa prerrogativa la tienen el rey y su burocracia, que representan el brazo de la ley sagrada.

Y el rey la puede ejercer solo con referencia a criterios normativos de circunspección (7.26) y oportunidad (7.27), y a leyes: «el castigo es difícil de mantener para los que no tienen alma fortalecida por el estudio de las leyes, destruiría con toda su raza a un rey que se apartara de su deber» (7.28, 7.30). Tampoco se puede aplicar sin presencia de consejeros (7.30), siempre con una buena dosis de sano juicio (7.25) y cuidándose bien de anticipar que «Un castigo mal empleado devastaría los castillos, el territorio, los países habitados» (7.29).

Lejos de configurar un tipo de venganza, el castigo era razonado y administrado en función de la comunidad social: «Infligido con circunspección y con oportunidad trae felicidad a los pueblos; pero aplicado inconsideradamente, los destruye de arriba abajo» (7.19) Y he aquí que «un príncipe voluptuoso, colérico y bribón, muere por haber castigado» (7.27) sin arreglo a esas doctrinas.

Cabía la posibilidad de un castigo injusto —que resulta ser una de las principales preocupaciones del retribucionismo hoy día—, pero *Manu* reacciona sin titubear para condenarlo e incluso asignarle consecuencias: «quita la fama durante la vida

y gloria después de la muerte; cierra el acceso del [sic] cielo en la otra vida...» (8.127).

La noción de justicia retributiva de hoy enseña que es inadmisibles castigar inocentes, pero, también, pone de presente que sería malo castigar a un transgresor más de lo que merece, y que lo que merece debe ser en todo caso proporcional a la gravedad de los hechos. Y este es un aspecto moderno que dejaría asombrado a más de uno si lo consideramos con respecto a *Manu*, quien, con toda su severidad, se muestra perfectamente consciente en su decisión de considerar aspectos de gradualidad de las sanciones: «Que primero castigue con una simple reprimenda; enseguida con severos reproches; en tercer lugar con una multa; en fin, con un castigo corporal» (8.129), aunque puedan aplicarse las cuatro reprimendas si una sola no parece suficiente (8.130).

Consideraba la magnitud y medida de los daños infligidos al incorporar la distinción entre crímenes principales y secundarios (11.66), entre crímenes voluntarios e involuntarios, entre descuidos y daños sin intención (11.73 y ss.).

Los crímenes más relevantes estaban sujetos a valoraciones de gravedad, incluso aquellos que amenazaban a la clase sacerdotal, frente a la cual *Manu* no ahorra simpatías, como en el caso citado del asesino del brahmán que surte una serie de transmigraciones, siempre dependiendo de «la gravedad del crimen» (12.55).

El nivel de culpabilidad del responsable se tenía en cuenta con mucho detalle: la premeditación (9.242), el «dolo más o menos grande» (8.286), el grado de obstinación en las malas acciones (12.74), la reincidencia (8.367), las «facultades del culpable», el tiempo y el motivo (8.126). Eso sí, el contexto social no era considerado ni remotamente para socavar la culpabilidad del autor del hecho.

Admite, asimismo, la legítima defensa: «un hombre debe matar sin vacilar a quien quiera que se lance contra él para asesinarlo, no habiendo medio de escapar»

(8.350); y admite eximentes de responsabilidad en los casos en que «es el furor en lucha contra el furor» (8.351); usa el concepto de castigo equitativo (7.31), y se refiere sin rodeos a «pena exactamente proporcionada a sus fechorías» (9.262).

Al final volvemos a la confirmación de que no hay Talión en *Manu*, y es interesante anotar que si bien esas leyes adoptan un modelo de justicia retributiva en el que el castigo no está centrado en la víctima, tampoco en el agresor, tal enfoque no impidió en absoluto que se incorporaran criterios de proporcionalidad en la administración del repertorio de penalidades.²⁶ Las afrentas se interpretan contra el orden sagrado, y en ese sentido la medida y proporcionalidad no está referida a los individuos sino al restablecimiento de ese orden particular y a la relativa gravedad del desafío a ese orden.²⁷

Actividad judicial y cosa juzgada

Por lo que toca a la administración de justicia, *Manu* atesora proposiciones dignas de más frecuentes referencias. La justicia, dice *Manu*, «es el único amigo que acompaña a los hombres después de su muerte» (8.17) y, al ser así, no resultará extraño que, en vida, el ejercicio de sus cometidos tenga lugar en sitios especiales: la corte de justicia, a la que cada día el Rey (quien es el titular de esa función), con humildad, debe acudir en compañía de brahmanes, en quienes puede delegar, y en compañía de consejeros experimentados, a quienes puede invitar (8.1, 8.9, 8.10 y 8.11).

²⁶ “There are two basic senses of proportionality: cardinal and ordinal. Cardinal proportionality sets absolute measures for punishment that is proportional to a given crime; ordinal proportionality requires only that more serious crimes should be punished more severely. *Lex Talionis* (section 3.4) offers a theory of cardinal proportionality. In its traditional form—an eye for an eye, a tooth for a tooth—it seems implausible, both for being too lenient in some cases (take \$10 from a thief who stole \$10), and too extreme in others (repeatedly torture and rape someone who had committed many such acts himself).” Cfr. cit.: <<https://plato.stanford.edu/entries/justice-retributive/>>.

²⁷ Parece importante traer a colación que en las Leyes hititas del llamado derecho cuneiforme mesopotámico —aunque de la misma tradición indoeuropea—, estaba previsto que «si un hombre peca con una vaca, es acción execranda; muere»; mientras que un asesino «da cuatro personas, bien hombres, bien mujeres» (según que haya asesinado a un hombre o a una mujer), como resarcimiento definitivo por el crimen, lo que demuestra la relatividad de los principios retributivos y de proporcionalidad en cada civilización, en este caso de los hititas, un tipo de retribución marcadamente civil. Cfr. *Historia y leyes de los Hititas. Textos del Imperio Antiguo*. Edición de Alberto Bernabé y Juan Antonio Álvarez. Ediciones Akal, Madrid, 2000, pp 180 y 207.

Sentado o de pie, y «modestamente vestido» (8.2), el juez examina los asuntos de «las partes litigantes», que debe resolver en toda la regla. En ese sentido, tres brahmanes presididos por uno muy versado —siempre escogidos por el rey— constituyen el «tribunal del Brahama de cuatro caras» (8.11), a cada uno de los cuales se reconocía la dignidad de juez.

En el lenguaje de *Las Leyes de Manu* resulta interesante anotar que la justicia aparecía representada con un toro (8.16), símbolo de potencia e identificado frecuentemente con la figura mítica del minotauro, el toro de Minos, que, en la tradición helénica, representaba igualmente la majestad de la justicia. Siglos después, esa imagen será reemplazada por la conocida *Dama de la Justicia*.²⁸ Si bien esa *Dama* debía ser temida igual que el toro, vendría a personificar ya ideas de orden, balance, verdad, sabiduría, buen consejo y capacidad de interpretación de los dioses (pues ella misma era pitonisa en Delfos, oráculo que construyó), no solamente amenaza o intimidación. En tiempos más recientes, se le mostrará frecuentemente con vendas en los ojos, para alinearla a las aspiraciones e ideología de igualdad e imparcialidad de la función de la justicia en el mundo moderno.

En todo caso, existe una estructura y función de administrar justicia en *Manu*, celosamente ordenada a un punto en que al rey se le enrostra el infierno para después de su muerte si no ejerce las tareas de castigo, o si, haciéndolo, llegare a sacrificar inocentes (8.128).

²⁸ *Temis* para el mundo helénico; y *Iustitia* en la antigua Roma.

En el reino de Zeus, los jueces eran habitualmente considerados sirvientes de *Temis*, que llevaba la balanza como símbolo de poder supremo. Ella es «la regidora de todo derecho divino, es la diosa de las costumbres y del orden. No solo está bajo su dominio la ley de la hospitalidad, sino que ella es la salvaguardia de toda ley, en particular de la ley divina en su relación con la vida de los hombres, en cuanto interviene en lo terrenal. Es la diosa de los que imploran protección. La definición de lo que lleva a cabo es demasiado estrecha si la limitamos a la función de diosa de la justicia. *Temis*, que según Esquilo aconseja lo justo, no es únicamente una salvaguardia de la ley, los reglamentos, la moral y el orden. Su cuerno de la abundancia apunta a ello. No custodia una ley rígida, ni costumbres rígidas. También le atañen las bellas proporciones del ser, la medida divina que se manifiesta en lo existente. Es fácil de reconocer lo que se aleja de *Temis*, puesto que cuanto más alejado está de ella, más visiblemente lleva el sello de lo tosco, lo inacabado y lo deforme.» Friedrich Georg Jünger *Mitos Griegos*. Traducción de Carlota Rubies, 2014. Barcelona: Herder Editorial. pp. 54-58.

Entre los romanos, a *Iustitia* se le solía representar sobre un león, que le añadía su fuerza; y no solo llevaba una balanza sino además la cornucopia, un cuerno que podría suponer un signo o una bisagra de comunicación indoeuropea entre la mitología griecolatina e India: Cfr: <[https://es.wikipedia.org/wiki/Temis_\(mitolog%C3%ADa\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Temis_(mitolog%C3%ADa))>.

Observará el lector que *Manu* alude claramente a una función judicial, a jueces. Lo hará bajo una ideología distinta a la actual, pero es imposible pasar por alto el hecho de que leyes tan antiguas hablen con semejante naturalidad de tales conceptos y de otros referidos a reglas de procedimiento que el derecho procesal moderno incorporó apenas muy recientemente. Considérese que en el siglo VI a. C., *Leyes de Manu* aparece formulando los casos en que un proceso debe considerarse nulo, las salas de audiencia, los conceptos de demandante y demandado, el concepto institucional de tribunal, los principios de veracidad de testigos, de reincidencia, el acto del juramento, los requerimientos y decisiones con arreglo a pruebas y, a bocajarro, las «reglas de procedimiento» (8.45).

Pero el resplandor jurídico de la cultura védica en que surge *Manu*, brilla con toda intensidad al evidenciar que en aquellos tiempos conocían la noción de cosa juzgada y la de revisión de sentencias, lo que claramente ubica a este estatuto sagrado en una vitrina muy sofisticada si se le compara con los cánones procesales de hoy: «A todo asunto que en cualquier época fue visto y juzgado, debe considerarlo el rey como terminado, si se ha observado la ley; que no lo haga comenzar nuevamente» (9.233). Mientras que «cualquiera que sea el asunto que ha sido sentenciado injustamente por los ministros o por el juez, debe ser examinado por el rey nuevamente y debe condenarlos a una multa de mil panas» (9.234).

Bajo tales reglas procesales, se surtían debates sustantivos alrededor de la prohibición del interés sobre interés, la anulación de compraventas, el incumplimiento de contratos, la ineficacia de aquellos hechos por incapaces, las deudas, los «sueldos o salarios», las «empresas comerciales hechas por asociados» (8.211), las disputas del amo con sus criados, los límites de las propiedades, los malos tratos e injurias, el robo, el adulterio, los deberes de la mujer y del marido, las sucesiones, el combate de animales, etc. (8.4 y ss.) que no hacen sino confirmar el mérito de la contribución de *Manu* durante el mundo clásico indoeuropeo.

Fuego y justicia

Al examinar las claves de la estabilidad del orden sagrado de Manu, dejando a un lado el castigo, nos topamos con la materia incandescente: el fuego. No pensaban ellos que era el producto de una reacción química, sino que tenía una significación mística que permitía el contacto con la divinidad.

Hoy, encendemos una zipo con toda naturalidad, pero en el mundo antiguo de la India el fuego tenía una significación hartamente compleja. Al ser uno de los cinco elementos (1.17, 5.113), se le asociaba al surgimiento de los Vedas y de las divinidades (1.23, 2.230, 4.1), merecía cuidados y ofrendas con fórmulas sagradas y requería manifestaciones externas de veneración (2.84, 2.105, 3.67, 3.153, 6.9).

Había que alimentarlo mañana y tarde (2.67, 4.25), y funcionaba como agente de purificación (2.27, 5.105, 5.103, 9.318) y de bendición, como en el caso del fuego nupcial (3.171, 9.194). Observar extasiado su «puro brillo» configuraba una experiencia equivalente a la de ver a la «poderosa divinidad» de un brahmán (3.212, 9.317) y, en su presencia, no se podía jamás orinar (4.48). Tenía asignada una divinidad, Agni (3.85), protectora de los hombres, igual que lo sería Prometeo entre los griegos; podía aparecer como castigo en forma de «bolas de fuego quemantes» (3.133) o como pena para el adulterio (8.377). No debería parecer extraño, entonces, que descuidar el fuego sagrado o incluso robarlo de una capilla fuera considerado un crimen y motivo de penalidad (8.333, 11.65, 12.66, 11.59).

Pero el fuego también tenía una trascendental utilidad legal como «prueba de la culpabilidad y de la inocencia de los hombres» (8.116). No se usaba en este caso con propósitos punitivos, sino que funcionaba como una técnica judicial mística para resolver definitivamente sobre la veracidad de un juramento, cuando no había testigos (8.109). Parecían querer dar cabida a la acción de uno de los «grandes elementos», como si ellos fueran auxiliares de la justicia, con el propósito de validar un juramento: «A quien no le quema el fuego, no le hace sobrenadar el agua, no le

ocurre pronto desgracia, debe reconocérsele como verídico en su juramento» (8.115).²⁹ Sin el fuego sagrado no era posible resolver asuntos sustanciales de la justicia, como tampoco era posible acercarse a los libros sagrados para su interpretación. Fuego y estabilidad de *Leyes de Manu* se identifican en un mismo cometido.

Fuentes del derecho y libros sagrados

Corresponde ahora aventurarnos en el problema de las «fuentes del derecho» de los libros sagrados y su impacto en el trabajo judicial. El juez rey, como veremos en detalle más abajo, resuelve las causas de los litigantes, todas ellas agrupadas bajo «diez y ocho puntos sobre los que están basados los asuntos judiciales en este mundo» (8.7). Para esos efectos, debe tomar en cuenta «las costumbres particulares de los países, de las clases y de las familias, y de los códigos de leyes» (8.3), así como el mismo Veda y las leyes eternas (8.7), a todas las cuales se suman la tradición, las buenas costumbres y «el contenido propio [...]» (2.12).

Al recoger las fuentes prescritas se añadían también las normas de las provincias y los reglamentos de las compañías de mercaderes (8.41), todas las cuales eran aplicables siempre y «cuando estas leyes, estos reglamentos y estas costumbres no son contrarios a los preceptos de los Libros revelados» (8.41), y aquí llegamos a un punto crucial: la prorrata legítima que corresponde reconocer y adjudicar a *Manu* en la evolución de uno de los principios modernos más universales, el de la *Rule of Law*, que habría comenzado a tener sentido en el pensamiento de la Antigüedad clásica, y que se formula en nuestros días muy frecuentemente con el

²⁹ Esta herramienta se utilizó durante toda la Antigüedad indoeuropea y se extendería luego a la Edad Media bajo la denominación de ordalias o juicios de Dios (*Dei Iudicium*): «Así pues, se abre la posibilidad de definir la ordalia, de modo genérico, como un procedimiento observado con el fin de dirimir un litigio al margen de los medios probatorios habituales, que podía aportar pruebas concluyentes si no las había testimoniales o documentales, o, simplemente, zanjar una discusión que, de otro modo, se antojaba irresoluble. No obstante, en las sociedades tradicionales, como eran las antiguas, estos usos estaban impregnados de religiosidad, de modo que, al margen de la mecánica de su desarrollo, existía la convicción, más o menos consensuada, de que la providencia divina tutelaba su transcurso con vistas a un desenlace justo.» Cfr.: *Observaciones acerca del uso de las ordalias durante la Antigüedad Tardía* (siglos IV-VII d. C.). Esteban Moreno Resano, Cuadernos de Historia del Derecho, 2014, nro. 21, pp 167-188.

lenguaje de la *supremacía constitucional* (*government by constitution*), una doctrina bajo la cual se invoca la necesidad de una ley fundamental, jerárquicamente superior y relativamente invulnerable, reformada solo bajo ciertas condiciones, y que tiene la portentosa capacidad de sujetar a gobernantes y gobernados. Si nos atenemos a estas ideas, *Manu* provee una ley fundamental todavía más admirable en ese sentido, absolutamente inviolable, que no admite reforma ni modificación.

A todo señor, todo honor, diríamos de Aristóteles cuando defiende el «gobierno de la ley» sobre el «gobierno de un hombre» y al invocar la primacía de la ley como «razón sin apetito»;³⁰ pero *Manu* representa cabalmente un estatuto que tradujo en la vida real esa superioridad normativa que hoy reivindica el constitucionalismo como su característica más significativa.

En efecto, las normas se validaban dentro del orden sagrado de *Manu* si guardaban la consonancia jerárquica derivada de su origen divino: «El Veda es un ojo eterno para los Manes (Pitris), los Dioses y los hombres; el Libro santo no puede haber sido compuesta (sic) por los mortales y no es susceptible de ser medido con la razón humana» porque, como se afirma en otra *sloka*, «los decretos de la divinidad son un misterio» (7.205), dogmas y secretos apenas confiados a los sacerdotes que realizaban su vocación únicamente develando una legislación ya otorgada, y transmitiéndola a su sociedad.

Cualquier acción, hecho o contrato basado en —o referido a— preceptos normativos de aquel mundo, que no respetara la prelación de los Vedas, sencillamente se consideraban sin efecto: «Las colecciones de leyes que no estén fundadas en el Veda [...] no producen buen fruto alguno después de la muerte pues los legisladores han declarado que no tienen otro resultado que las tinieblas infernales» (12.95). La interpretación funcionaba igual: «Solo el que razona fundándose en la Santa

³⁰ *Política*, Libro 3 Cap. xvi. Cfr. Aristóteles. *Política*. Altaya, p. 142.

Escritura y en la colección de la ley [...] conoce el sistema de deberes religiosos y civiles» (12.106).

Esa pirámide normativa, si se nos permite extrapolar el término, nos parece completamente verosímil por dos razones: porque esa norma superior estaba escrita de un modo tan preciso, que resultaba perfecta para ser comparada o confrontada con aquellas reglas derivadas, y porque la noción de nulidad existía y tenía un alcance de ineficacia jurídica sorprendentemente nítido para aquellos hindúes: «En todo proceso en que se ha prestado un falso testimonio, debe volver a comenzar el juez, y lo hecho debe considerarse como nulo» (8.117) o «Lo que se ha dado por la fuerza a una persona que no podía aceptarlo, o se ha poseído por fuerza o escrito por fuerza, lo ha declarado nulo *Manu*, así como todas las cosas hechas por obligación» (8.168). En la misma línea, la justicia podía anular una venta de cosa ajena (8.199) o una compraventa cualquiera (7.5) o incluso cualquier «bribonada» en un negocio (8.165); podía anular un matrimonio por un «defecto» de la mujer (9.73) y en la misma lógica, un sacrificio se anulaba con una mentira (4.237).

Podríamos decir que el mundo védico tenía una organización normativa funcional para un control de legalidad a cargo de sacerdotes brahmanes, encargados de mantener el orden de lo divino y de lo humano: «El Bracman, al venir al mundo, está colocado en primera línea sobre la tierra; soberano señor de todos los seres, debe velar por la conservación del tesoro de leyes civiles y religiosas» (1.99, en concordancia con 1.88). No solo se prohibía que delegara sus funciones de interpretación «a un hombre de la clase servil», (8.20), sino que no se permitía a un hombre de «clase inferior» instruir o explicar esos textos revelados (1.103).

Configuraban los sacerdotes una casta de intérpretes exclusivos y excluyentes de la literatura normativa sagrada, dentro de la cual se inscribían las *Leyes de Manu*, reglamentarias, por decirlo así, de los Vedas (1.102), que no se podían transmitir a infieles: «La Ciencia divina, abordando a un Bracmán, le dijo: soy tu tesoro,

consérvame, no me comuniqués a un detractor; con este medio siempre estaré llena de fuerza» (2.114), mientras que a los fieles se les perseguía si no tenían el salvoconducto brahmánico para acceder a dichos textos: «Quien adquiere por el estudio, sin haber recibido permiso, el conocimiento de la Santa Escritura, es culpable del robo de textos sagrados y desciende a la morada infernal» (2.116). Y si quedaban dudas de la imagen del brahmán como intérprete y «encarnación de la justicia» (1.98) había que recordar que, más respetable que un padre, era aquel encargado de comunicar los libros sagrados (2.146). El intérprete no lee las escrituras a todas horas: «Cuando relampaguea, truena, llueve o caen del cielo por todos lados grandes meteoros, debe suspenderse la lectura, hasta el mismo momento del día siguiente» (4.103). Tampoco las lee sentado de cualquier modo: «que no estudie acostado en su lecho, ni con los pies sobre una silla, ni estando sentado con las piernas cruzadas...» (4.112), posturas estas que quizá no resulten tan reprobables para los magistrados modernos, en su tarea de iluminar los graves problemas de la interpretación constitucional.

Leyes de Manu, precisémoslo, abraza dos estatutos: «Es preciso saber que la revelación es el Libro santo (Veda) y la tradición, el Código de Leyes (Dharma-Sastra); una y otra no deben ser discutidas en ningún punto, pues el sistema de los deberes procede enteramente de ellas» (2.10). De modo que tanto los *Veda* como *Leyes de Manu* eran libros de culto incuestionables, benditos e inviolables, al punto que «todo hombre que desprecie estas dos bases fundamentales, debe ser excluido de la compañía de las gentes de bien como ateo y despreciador de libros sagrados» (2.11). En todos estos libros venerables «se encuentra completamente expuesta la ley, así como el bien y el mal de las acciones y las costumbres inmemoriales de las cuatro clases» (1.107), y es que aquel que «desea el bien de su alma debe conformarse siempre con perseverancia a la costumbre inmemorial» (1.108). La precisión la hacemos para destacar que *Leyes de Manu* supone una comunidad de intérpretes exclusivos y excluyentes de textos irrenunciables y augustos que ofrecen dos características insistentes: no se discuten bajo ningún pretexto sus normas superiores, y están perfectamente acabadas y completas, lo que no deja de evocar

las propiedades formales de coherencia que reivindican para sí los sistemas jurídicos modernos ni los requerimientos que envuelven los controles de legalidad y de constitucionalidad.

Si hubiese alguna duda de esa completitud, aquí está la regla de clausura de esta ordenanza intangible, para casos no previstos: «En los casos particulares que no se mientan especialmente, si se pregunta lo que debe hacerse, helo aquí: que la decisión pronunciada por Bracmanes instruidos tenga fuerza de ley sin disputa» (12.108, en concordancia con 11.83), con una interesante advertencia de evitar también todo acto, aún legal, que pudiera suponer «un porvenir desgraciado» o «causar aflicción a las gentes» (4.176).

Las relaciones analógicas o de semejanza son frecuentes para comparar y englobar ciertas conductas dentro de un estándar conocido (11.56), pero la contradicción no se toleraba bajo ninguna hipótesis. No se admite allí un conflicto de preceptos a pesar de que *Leyes de Manu* contiene centenares de *slokas* que lo facilitan. Solo una norma de ese estatuto contempla la posibilidad de una ilusoria o aparente contradicción y es esta: «cuando la Revelación presenta dos preceptos, contradictorios en apariencia, los dos están reconocidos como leyes, y ambas leyes han sido declaradas perfectamente válidas por los sabios» (2.14). Y si, bajo algún estándar profano de la interpretación de textos, alguien se pregunta cómo es esto posible, la respuesta brilla de inmediato:

Por ejemplo, se dice en los Libros sagrados que el sacrificio debe celebrarse después de la salida del sol, antes de su salida, cuando no se ve el sol ni las estrellas; en consecuencia, el sacrificio puede tener lugar en uno u otro de estos momentos (2.15).

El aspecto ingenuo de este canon bajo nuestra aureola moderna no mancha su belleza. Así pues, *Manu* niega toda posibilidad de contradicción en su complejo entramado normativo porque equivaldría a suponer que el mismísimo ser supremo se desmiente.

LIBERTADES

Leyes de Manu sorprende con el ensamble escrupuloso de todas sus partes y conquista con su belleza poética, pero al tiempo transmite el desconsuelo de pensar que nadie podía borrar su pasado ni cambiar su futuro, a no ser a lo largo de varias generaciones y eternos períodos de purificación (10.64, 10.65). Cada palabra de *Manu* tiende a momificar su férrea estructura social y a perpetuar un estatus personal invariable. No importa el mérito o el esfuerzo, solo la jerarquía social de los antepasados de cada quien y la casta que veía nacer a cada uno.

Así eran las cosas. Pero sería un error juzgar este sistema social como la antítesis de la igualdad de oportunidades, de los derechos civiles, del feminismo, de los derechos de los homosexuales o de la moderna y emblemática declaración universal de los derechos humanos, porque estaríamos cayendo en el sesgo simplista de observar la antigüedad a través del prisma de la modernidad. Era una sociedad que creía profundamente en la «diferencia natural» de los hombres, que no tenía nuestra ideología de la libertad, ni razonaban a partir del concepto de individuo. El acatamiento y conformismo con esas diferencias «naturales» no debió ser discutido hasta que el budismo hizo sentir su influencia mediante críticas a la cultura de resignación al dolor que, en su perspectiva, propiciaba el brahmanismo. Pero antes de esa coyuntura, la ley del karma debió aparecer ante ellos como como la verdad más obvia y como la representación más sensata del mundo. Por lo demás, el sistema de castas no era reserva exclusiva de la sociedad brahmánica de la India.

Démonos, no obstante, la oportunidad de explorar ese mundo de la natural desigualdad en el que las oportunidades se ofrecían en función del género y la localización de la persona en la estructura comunitaria y en la que se castigaban las transgresiones del orden sagrado en función del sexo, el oficio, la casta o el turno de transmigración. Veamos:

Nacidos en vano

Había lugar en aquella sociedad para un tipo de personas que, a pesar de existir, vivían despojadas de toda condición humana. Lejos de constituir un fin en sí mismas, había personas respecto de las cuales se consideraba, por diversas razones, «nacido en vano», como en el caso del fruto del «comercio ilegal» entre una mujer y el hermano de su marido (9.147). Y había personas que no podían ser tratadas como seres sociables por haber nacido mudos, ciegos, sordos o deformes, ejemplos de esa supuesta desigualdad natural que les condenaba a «ser despreciados por las gentes de bien» (11.52). *Manu* instruye también sobre otra clase de hombres considerados «cadáveres vivos», a quienes se les niega (no digamos ya su individualidad o racionalidad) sino la propia condición de seres vivos. Estos «cadáveres» eran, por ejemplo, aquellos que habían sido engendrados por la lujuria de una mujer de la clase servil con un brahmán (9.178), que vagaban desprovistos de identidad y de conciencia, y que no podían ser sujetos de nada en el esquema de expiaciones, deberes y responsabilidades.

Un mundo de siervos

Una persona de clase inferior tampoco tenía valor por sí misma, sino uno equivalente por referencia a objetos o animales. Piénsese que matar una rana o a un arrendajo azul, por ejemplo, acarrearía las mismas penitencias que si se mataba a un humano de la clase baja (11.131). Había una pirámide social sostenida por una muchedumbre de prisioneros, criados, los comprados o regalados, los que pasaban de padre a hijo, los que devenían esclavos por castigo y los nacidos de esclavas (8.415), todos ellos personas enteramente sometidas, carentes de responsabilidad, realce u honra, muchos de ellos «de nacimiento abyecto», que adquirirían «el mal natural de su padre o el de su madre o los dos a la vez» sin que nunca pudieran ocultar su origen (10:59).

Estatuto matrimonial

Conocieron la institución del matrimonio, pero no suponía un vínculo conyugal paritario: incluía la posibilidad para una niña de ser concedida en matrimonio por su padre a los 8 años,³¹ lo que supone que el consentimiento válido era el del padre y no el de la contrayente (9.88 y 9.94). Al esposo, por su parte, se le toleraba la infidelidad, y la esposa tenía, no obstante, la obligación de «reverenciarlo constantemente como a un Dios» (5.154).

A la hora del castigo, la posición de los cónyuges variaba considerablemente, pues a diferencia del hombre, a la mujer infiel la esperaban los perros, que la devoraban en público (8.371). Y a pesar de que las *Leyes de Manu* regularon ampulosamente el deber de rendir homenaje a la esposa (3.55 y ss., 9.101) —lo que constituía una condición de prosperidad en esa cultura—, los prejuicios sobre una supuesta «vileza natural» de las mujeres impregnaron toda la literatura legal de los vedas: «Manú ha dado en lote a las mujeres el amor de su lecho, de su asiento y de su adorno, la concupiscencia, la cólera, las malas inclinaciones, el deseo de hacer el mal y la perversidad» (9.17). Si eran perversas y corruptoras por naturaleza (2.213), no debería sorprender que se les describiera y juzgara como la falsedad personificada, y que se les impidiera de raíz el acceso a las Santas Escrituras (9.18). Y dado que «son infieles a sus esposos» por aquella condición innata, había que vigilarlas permanentemente, y castigarlas con arreglo a esa lógica (9.15). Todos en aquella sociedad nacían con las cartas marcadas, pero las mujeres cumplían su destino en un ambiente de mayor suspicacia y de evidente inferioridad desde que sus mismas concepciones biológicas pregonaban acerca del poder procreador superior del macho frente al de la hembra (9.35).

Y más allá de su inferioridad, las mujeres no tenían siquiera una existencia aislada de su marido, con quien formaban «una sola persona» (9.45); no podían liberarse

³¹ No podemos certificar si estamos hablando de las mismas métricas del calendario romano.

de la autoridad de aquel «ni por venta ni por abandono», ni tampoco gozaban de vocación hereditaria (9.46) pues una esposa, un hijo y un esclavo «no poseen nada por sí mismos» y «todo lo que pueden adquirir es propiedad de la persona de quien dependen» (8.416). A diferencia del marido, una mujer «virtuosa» tampoco tenía el derecho a casarse por segunda vez (5.162, 5.168), mientras que un rígido sistema herencial cerraba finalmente el circuito familiar justificando exclusiones en el tratamiento de los hijos de una mujer, quienes perfectamente podían ser todos parientes, pero no todos herederos (9.160, 5.162).

Se podrían proporcionar criterios para precisar el valor equivalente que se le asignaba a la mujer en aquella civilización (9.50). Matar a una mujer, lo mismo que a un hombre de la clase baja, se consideraba un «crimen secundario» (11.66) y en las causas judiciales ella solo podía dar testimonio por ella misma (8.68). La independencia personal, la capacidad de autogestión de su vida jamás constituyó una opción. Durante su infancia, la mujer debía depender de su padre, de su marido durante la juventud, de sus hijos si el marido ha muerto, de..., etc., etc., etc., hasta llegar a depender del soberano si faltaban los anteriores, porque «una mujer no debe nunca gobernarse a su antojo» (5.148, 9.3) ni hacer nada por propia voluntad, ni siquiera en su casa (5.147).

Y el soberano, que debía custodiar cuidadosamente sus propias riquezas, estaba autorizado para sacrificar a su esposa y sus riquezas, para salvarse a sí mismo, si llegara el caso (7.213) y debía asegurar que las mujeres estériles, las que no tenían hijos, las que no tenían parientes, las que son fieles a su esposo ausente, las viudas y las que sufren de alguna enfermedad fueran equiparadas, para efectos de la protección de todas ellas (8.28, 9.80 y ss.), sin ninguna posibilidad de comportarse como seres independientes, amarradas a una legislación fuertemente prejuiciosa, que tampoco se quedaba corta a la hora de evaluar el papel de las mujeres en los asuntos públicos, campo en el cual se les comparaba con «idiotas» o «pájaros habladores o enfermos o lisiados», por lo que *Manu* ordena tener el buen cuidado

de excluirlas de toda deliberación, y de fijar la máxima atención de su conducta en los temas diplomáticos (7.148 bis y 7.150, 7.153).

Castas

Muchos expertos sienten frustración al intentar definir el complejísimo sistema de castas de la India, ensamblado a partir de una serie de grupos poblacionales divididos y *ranqueados* a nivel social, excesivamente endogámicos, y cuyos miembros viven sus vidas totalmente clasificados en términos ocupacionales desde el momento del nacimiento hasta su muerte. En *Leyes de Manu* esos grupos poblacionales suman cuatro, siendo que la clase sacerdotal, es decir, la de los brahmanes, era considerada la señora de todas las demás debido a la superioridad de su origen, la distinción de su investidura y el conocimiento de los Libros Sagrados (10.3). Y las demás eran la militar, la comerciante y la servil (10.4).³²

Quienes descienden de padres que pertenecen a una misma clase se consideran pertenecientes a esa clase; los que no, son objeto de segregaciones o miramientos como seres «despreciables», (10.6) con los cuales se engrosa una larga lista de

³² «Constituye un fenómeno típico de la India la división de la sociedad en castas». «La casta se define con una precisión jurídica: es el grupo de individuos ligados por la connubialidad y la comensalidad. En términos menos pedantescos, un hombre no puede comer con hombres de otra casta, un hombre no puede casarse fuera de su casta (Sylvain Lévi, Memorial Sylvain Lévi, p. 68). A las reglas de la connubialidad y comensalidad se agregan otras de variado carácter expuestas en detalle en los tratados legales, por ejemplo, el Manusmriti o *Leyes de Manu*... La violación de cualquiera de estas normas es penada y el culpable debe rehabilitarse mediante diversos ritos purificatorios [...].

«Teóricamente las castas son cuatro: 1) los brahmanes (ver brahmana); 2) los kshatriyas (sánscrito ksatriya, pali: khattiya) o guerreros, a quienes les corresponde el poder temporal, aunque no es raro encontrar la mención, en las mismas upanishads, de reyes kshatriyas que sobresalieron en la reflexión filosófica; 3) los vaishyas (sánscrito vaicya, pali: vessa), casta que reúne a los agricultores y comerciantes y, finalmente, 4) la casta inferior de los shudras (sánscrito cudra, pali: sudda), que agrupa a individuos de origen no ario, o dedicados a vergonzosas ocupaciones y a los que, por alguna falta grave, han decaído de sus castas originarias. En la realidad estas cuatro castas principales se subdividen en múltiples subcastas».

Se ha tratado de encontrar el origen de las castas, ya en las diferencias de raza (invasores indoeuropeos o arios y aborígenes de la India), ya en la especialización laboral, ya en una transformación de las clases sociales de los indoeuropeos por obra del sacerdocio brahmánico.

Cada casta tiene, de un modo general, no solo sus funciones y ocupaciones propias, sino también sus obligaciones y deberes específicos. En otros términos, cada casta tiene su propia moral a la que debe atenerse [...].

El nacimiento determina la pertenencia a una casta y, a su vez, el nacimiento en una u otra casta depende de la conducta realizada en vidas anteriores. Resulta así que el sistema de castas, que para el occidental es algo injusto e intolerable, es para la explicación tradicional hindú una solución de justicia, ya que el pertenecer a una de las castas superiores y privilegiadas o a alguna de las inferiores no es sino el resultado —premio o castigo— de acciones realizadas en vidas anteriores.». Cfr.: Carmen Dragonetti y Fernando Tola. *Dhammapada. La esencia de la sabiduría budista*. (2013). Traducción directa del pali al español, con introducción y notas. Octava edición. Buenos Aires (Argentina): Fundación Bodhiyana. pp. 99-101.

gentes viles (10.10) o impuras (10.12), relativamente, al grado de inferioridad de su madre. Era un ambiente petrificado de clases honorables y serviles, de hijos «despreciables» (9.161), de «hombres bajos» (4.244, 4.245) y de gente «inadmisibile» (3.182).

Incluso, estaba prohibido que algunos de los engendros de esa mezcla de clases fueran «tocados» (10.13), lo que nos lleva a mencionar que, a pesar de que *Las Leyes de Manu* declaran que «no hay quinta clase primitiva» (10.4), sí dejó el espacio para ciertas personas que, técnicamente, no pertenecen a ninguna casta, que estaban sueltos por ahí, excluidos también de los deberes y de las ceremonias, excomulgados en definitiva (10.16 y ss.), y que engrosarán las filas de una tradición, todavía vigente al día de hoy, de «intocables» o «parias», etiquetas con las que la religión védica y el hinduismo posterior marcarían a aquellas personas que permanecían por fuera del sistema de castas en castigo de su impureza.

El uso del término «intocables» y las discapacidades sociales asociadas a ellos, fueron declaradas ilegales en las constituciones de la India de 1949 y de Pakistán de 1953 y, aunque Mahatma Gandhi llamó a aquellos intocables «Hijos de Dios» en un esfuerzo por su emancipación, este nombre también se ha llegado a considerar condescendiente y ofensivo, según advierte Britannica.³³

Considerando lo anterior, no sería exagerado afirmar que *Las Leyes de Manu* estaban destinadas a asegurar el sistema de castas a través del control de la mujer para evitar la mezcla ilícita de clases, la que era el «origen de las clases impuras» (10.24). Un hombre debía tomar mujer de su clase como regla general, pero si no, se admitía a regañadientes que debía respetar el «orden natural de clases» (3.12),

³³ <<https://www.britannica.com/topic/untouchable>>_ Antropólogos y politólogos se sienten decepcionados de confirmar que el sistema de castas no es una institución arcaica, sino que tiene todavía efectos definitivos en la vida moderna de la India: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X18301943>>.

Una investigación reciente de la Universidad de Maryland se ocupó de verificar si la casta sigue teniendo importancia en la India moderna, apoyándose en encuestas, censos y estudios demográficos. Los resultados sugieren la persistencia continua de fuertes criterios de estratificación social en educación, ingresos, redes sociales, selección de parejas, etc. <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3379882/>>.

y asumir, por supuesto, las consecuencias de la mezcla. Se hacían pagar precios muy altos en términos de castigos terrenales y transmigratorios, o bien, bajo amenazas combinadas de descender a la «mansión infernal» y hasta pérdida de su clase, para el caso de un brahmán mezclado con una mujer de la casta servil (3.17). Quien abandonaba a su marido de clase inferior, por ejemplo, para ligarse a un hombre de clase superior debía considerarse «despreciada en este mundo» (5.163); y un hombre de origen humilde «que pone su mira en una señorita de elevado nacimiento» merece una pena corporal (8.366).

En definitiva, «De los matrimonios irreprochables» dice *Manu*, nace una «posteridad irreprochable», mientras que «de los matrimonios reprensibles», nace «una posteridad despreciable» (3. 42).

Hombres comprometidos a obedecer reglas contenidas en libros a los que no podían acceder (4.81), castigos para el delito de anhelar cambio de casta (7.21) y crímenes a los que se asignaban penas distintas en función de la jerarquía a la que se pertenece (9.242) nos dan pretexto para redondear estas ideas acerca de la capacidad de obrar y el alcance de la voluntad de las personas que vivían en las tinieblas lejanas y los mundos celestes de *Manu*.

DISTINCIÓN DE PODERES

Responsabilidad del rey

Es puro por definición. Su cuerpo está compuesto de «partículas» de los principales dioses guardianes del mundo, que le transmiten majestad, soberanía y respeto, a un punto tan alto de superioridad que nadie en la Tierra puede mirarlos de frente (5.96 y 7.6). Y dado que representa a la divinidad, recibe poderes formidables sobre las familias, los bienes y la vida: «el hombre que, en su extravío, le manifiesta odio debe perecer infaliblemente» (7.12).

Pero si alguien busca poderes absolutos en la figura real, ausencia de responsabilidad o competencias normativas arbitrarias perderá su tiempo buscando en *Manu*. El rey de aquellas escrituras sagradas no cuenta con el más mínimo resquicio para gobernar por fuera de la ley. Incontables *slokas* lo confirman: su mala conducta era observada (7.40) y el maltrato a los súbditos castigado a un punto que «se ve privado pronto de la reyecía y de la vida, así como todos sus parientes» (7.111). No podía darse el lujo de obrar en solitario para gestionar el reino (7.55), lo que le forzaba a contar con ministros para examinar las cosas «que deben discutirse en común» (7.146), como la paz y la guerra, sus fuerzas, sus rentas, su seguridad personal y la de su reino y los medios de asegurar las ventajas adquiridas (7.56). Tenía a su servicio toda clase de funcionarios organizados a partir de salarios, cargos y funciones, quienes debían ser vigilados, a su vez, por inspectores y superintendentes rodeados de «imponente aparato» (7.121, 7.122).

Gobernaba bajo un ambiente de transparencia y responsabilidad personal (7.124 a 7.26) y estaba sujeto a pautas restrictivas en el ejercicio de ciertas competencias, como en la de fijar impuestos, en la que tenía vedado hacer pagar tributos exorbitantes (7.127 y ss., 7.139).

Retenía, asimismo, el poder del castigo (7.32), pero ya vimos hasta qué punto reglamentado. Y al tiempo que se le hacían tributos a cambio de los servicios de protección que concedía a su pueblo (8.303 y ss.) estaba obligado al mantenimiento del orden, a proveer la seguridad del país (7.113 y 7.114, 7.144) y ostentaba poderes de guerra perfectamente moderados (7.109).

Ese monarca encabezaba el reino y lo integraba junto con sus súbditos «su consejo, su capital, su territorio, su tesoro, su ejército y sus aliados» (9.294), con cuerpos administrativos, embajadores y cuerpos de seguridad.

Los sacerdotes de Manu

Si no hubiera un protector de todas las clases (7.35) «todas las barreras serían derribadas» y «todas las clases se corromperían» (7.24). En este punto hacen su ingreso las figuras de mayor contrapeso: los sacerdotes de *Manu*, los brahmanes. Instruidos o ignorantes, representan siempre la más «poderosa divinidad» (9.317), y estatutariamente están por encima del rey.³⁴ La sola idea de poner una mano encima a un pastor de las escrituras, cualquiera fuera la razón, se repudiaba con la mayor agresividad: «Que el rey se cuide de no matar a un Bracman, aunque hubiese cometido todos los crímenes posibles». Si acaso, «que lo destierre de su reino, dejándole todos sus bienes y sin hacerle mal alguno» (8.380). En aquel engranaje había que mostrarles la más diligente veneración, pues «poseen» las llaves del sistema: las Santas Escrituras (7.38 y 7.88).

Estos vicarios de *Manu* no deben pasar hambre ni pagar impuestos (7.133) y el rey, quien tenía vocación hereditaria frente a todos sus súbditos, no la tenía con respecto a la propiedad de los brahmanes (9.289). Con semejante escudo protector, cualquiera diría que, al estar los brahmanes por encima del rey, estarían asimismo por encima del sistema, pero tampoco era así. Si violaban a una mujer de su clase se exponían a una pena de multa (8.378); si cometían adulterio —que en el caso de miembros de otras castas daría pena capital—, se exponían a «tonsura ignominiosa» (8.379,

³⁴ «El brahmán constituye el grado más alto del sistema de castas vigente en la India en época de Buda». «La casta de los brahmanes, beneficiaria principal y organizadora de este orden, se arroga la preponderancia con abundancia de argumentos teocráticos. Es la depositaria de la tradición, la heredera de la revelación... No sería decir bastante el reconocerle el monopolio de la religión en cuanto que ella es la que explota el culto védico; la misma palabra con ligeros cambios de acentuación (brahmán, m., bráhman, n.) designa al sacerdote y a lo *Absoluto* del cual él es ministro. La esencia de la casta brahmánica se confunde con el último y primer sustrato del ser.» (P. Masson-Oursel y otros, *L'Inde antique et la civilisation indienne*, p. 91). De acuerdo con el sistema de castas, se es brahmán por nacimiento. El brahmán goza de los más grandes privilegios en todo orden de cosas. El brahmán puede ejercer los oficios más heterogéneos, humildes e incluso indignos, pero no por ello deja de ser brahmán. «Bajo todas sus transformaciones conserva este carácter único y monstruoso: es "un dios sobre la tierra", un dios más alto que los reyes.» (S. Lévi, *Mémorial*, p. 66). Manusmriti IX, 319 dice: «Aunque los brahmanes se dediquen a cualquier ocupación indeseable, con todo deben ser honrados: pues cada uno de ellos es una deidad superior (*paramam daivatam*)».

«El Budismo rechaza, de un modo general, las pretensiones de los brahmanes y, más aún, parte de la cultura brahmánica... Sin embargo, conserva el término "brahmán", pero le da un nuevo contenido significativo insistiendo en que se es brahmán no por el nacimiento o la casta sino por la posesión de las cualidades exaltadas por Buda...». Cfr: Carmen Dragonetti y Fernando Tola. *Op. cit.* pp. 90 y 91.

8.381).³⁵ Castigos complacientes, lo admitimos, pero de cualquier forma estaban siempre sujetos a la ley.

La figura real y la distinción de poderes

Un punto esencial: por celeste que fuera, el rey estaba sometido también a ese «mundo espantoso que se destruye sin cesar» que vincula a todos los hombres en ese dogma de las transmigraciones del alma entre los cuerpos (1.50 y ss.), en esa, la rutina de revivir y morir eternamente (1.57), que avanza «con un movimiento semejante al de una rueda» (12.124). Y estaban asimismo supeditados al rigor de la justicia trascendente, y al infierno:

Sébase que un soberano que no toma en consideración los preceptos de los libros sagrados, que niega el otro mundo, que se procura riquezas por medios inicuos, que no protege a sus súbditos y devora sus bienes, está destinado a las regiones infernales (8.309).

De manera que el monarca de Manu estaba lejos del antojo, la extravagancia o el absolutismo, y más bien, se diría que estaba vinculado como ningún otro monarca de la Antigüedad Indoeuropea, a un rotundo principio de distinción de poderes, no digamos separación,³⁶ como también a la institución de la *cosa juzgada* que le impedía cambiar a voluntad propia sus decisiones judiciales. No podía dar, interpretar o modificar leyes, pues los libros sagrados son libros revelados de un legislador eterno, y no le correspondía siquiera despejar las dudas acerca de su alcance, tarea reservada al brahmán, última palabra de los decretos divinos.

³⁵ Cortar una parte del cabello tuvo diferentes significados en distintas religiones durante la historia. Tonsura céltica, escocesa, griega, romana y cristiana son tratados con algún detalle en la definición de tonsura en Wikipedia: <<https://es.wikipedia.org/wiki/Tonsura>>. Sin embargo, *Las Leyes de Manu* ofrecen referencias históricas todavía previas, usadas en aquel tiempo como castigo para sacerdotes privilegiados.

³⁶ «De esta ojeada se desprenden ya una gran variedad de expresiones y de puntos de vista para el principio general de organización de la distinción de poderes. La expresión más general y compendiosa es la forma aquí propuesta "distinción de poderes". Separación significa un aislamiento completo, que sirve tan solo como punto de partida de la ulterior organización y después, es decir, en la posterior regulación, consiente, sin embargo, algunas vinculaciones. División significa propiamente una distinción en el seno de uno de los varios poderes». Cfr: Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García Pelayo. Alianza editorial, Madrid, 1982, p. 188-189.

El rey tiene ministros, no como capricho, sino como deber y asumía las consecuencias de sus actos ante el orden sagrado. El mundo de *Manu* es la negación más categórica de la idea de que una persona retenga el poder y lo concentre sobre sí mismo. El rey es emperador de un reino del cual no es legislador absoluto y cuya legitimidad no está preestablecida, sino que se gana en el día a día ejecutando tareas que le llegan perfectamente definidas y expresamente ligadas a parámetros de aquellos libros sagrados, cuya comprensión es condición sin la cual no puede merecer «el mando de los ejércitos, la autoridad real, el poder de infligir castigos y la soberanía de toda la tierra» (12.100).

Los libros sagrados eran su carta de navegación para todas las cosas y debía recordar igual que el resto de los hombres que, de todos los dones, el de la Santa Doctrina era el más importante de todos (4.233). Aquí no estamos hablando de representantes de Dios en la Tierra, sino de humanos untados de la divinidad, que tienen a su cargo el bienestar y seguridad de los súbditos con privilegios reglamentados: «que un rey por pobre que sea, no se apodere de lo que no deba tomar, y por rico que sea no abandone nada de lo que debe tomar, aún la más mínima cosa» (8.170).

Test de Montesquieu

Un fuerte líder individual, pongamos por caso un Luis XIV de Francia (*“L'état, c'est moi”*), no hubiera tenido público para ideas absolutistas en la India clásica. Más aún, los patronos de las monarquías constitucionales y de las repúblicas de hoy envidiarían el perfil diseñado para este monarca del mundo antiguo, y lo verían probablemente como un referente difícil de alcanzar: un modelo de gobierno en el que la voluntad de los gobernantes o instituciones poderosas importan muchísimo menos que la legalidad bajo la cual todos estos deben permanecer.

Hemos estado convencidos de que el imperio de la ley, en vez del imperio de los hombres, es un fantástico hallazgo de los modernos (Rousseau, La Enciclopedia)³⁷ y cuyos antecedentes ideales más remotos, si acaso, se encontrarían en la lejana doctrina aristotélica de la *rule of law*, del siglo IV a. C.,³⁸ lo que confirmaría la incuestionable eternidad de Grecia como la cuna de la civilización occidental. Pues no. El principio de legalidad está en *Las Leyes de Manu*, de tal manera redactado que el constitucionalismo liberal casi tendría que responder por piratería jurídica. Pocos imaginarían encontrar en aquellas viejas *slokas*, la siguiente regla: «Uno debe apresurarse a realizar todo acto que no está prescrito ni prohibido y que causa interiormente una dulce satisfacción a quien lo hace; pero es preciso abstenerse del que produce el efecto contrario» (4.161).

Si había algún motivo de tiranía en aquel orden, venía incorporado ya en las leyes sagradas, no lo añadía el rey; si había injusticia en su orden civil, venía ya incorporada en el orden sagrado; y si había castigo, venía ya organizado. Dejando a salvo los evidentes reproches igualitaristas que podemos denunciar desde los periódicos de nuestro tiempo, se puede decir que, desde un punto de vista formal, la India brahmánica antigua parecía tener la cura contra el gobierno despótico y la arbitrariedad: el poder se compartía, su ejercicio tenía barreras y, sobre todo, los protagonistas estaban sujetos a leyes superiores. Y si seguimos el test de Montesquieu para reconocer el despotismo, se verifica que los poderes legislativo y ejecutivo en *Manu* no estaban anclados a una misma persona, pues el legislador era eterno y al rey no le competía modificar su legislación. Asimismo, el poder de juzgar estaba deslindado del poder legislativo eterno y, si bien no estaba separado

³⁷ «Yo habría querido que nadie en el Estado pudiese considerarse como superior o por encima de la ley, ni que nadie estuviese fuera de ella, porque cualquiera que pueda ser la constitución de un gobierno, si se encuentra en él un solo hombre que no sea sumiso a la ley, todos los demás quedan necesariamente a la discreción de él». Cfr: Juan Jacobo Rousseau. Discurso sobre el origen de la desigualdad. s. l., Editorial El Aleph, 1999, p. 7.

«Debe ser la ley y no el hombre quien reine»: Cfr. Vocablo *Ley* en: La Enciclopedia (selección de artículos políticos). Traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, 1994, Barcelona, pp. 106-117.

³⁸ Una magnífica definición y actualización de la historia y debates en torno a la *Rule of Law* puede consultarse en la igualmente magnífica Stanford Encyclopedia of Philosophy: <<https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/#HistRuleLaw>>. «*The heritage of argument about the Rule of Law begins with Aristotle (c. 350 BC)*», se lee allí, y nosotros creemos que esa base de la que parten debe ser moderada con criterios indoeuropeos antes que criterios grecolatinos.

orgánicamente del ejecutivo, su ejercicio quedaba fuertemente moderado por la presencia de brahmanes y estaba extraordinariamente reglamentado. No se podría decir entonces que no había distinción de funciones, que la había; ni que los tres poderes estaban reducidos a una sola autoridad o a una misma casta.³⁹

La idea de la distinción de poderes es esencial al moderno Estado de derecho y al constitucionalismo, no obstante, según una observación clave de Carl Schmitt,⁴⁰ esta idea fue factible solo cuando a su vez fue posible:

[...] una distinción de la Ley como una norma permanente, obligatoria para todos, incluso para el propio Legislador, y, por lo tanto, general, que no puede quebrantarse para un caso particular respecto de las restantes ramas de la actividad de voluntad estatal [...].

Fue un hecho que el famoso constitucionalista alemán solventaría radicándolo en la primera Revolución inglesa, y más exactamente en el *Instrument of Government* de Cromwell, de 1653.

Estamos de acuerdo en que la existencia de una ley permanente, debajo de la cual se alinean estrictamente los actores políticos e instituciones, resulta necesaria como paso previo que posibilita llevar a cabo, en la práctica, un principio de distinción del poder estatal; pero referir esa víspera a Cromwell, o al año de 1653, equivaldría a reducir la historia legal a la historia del derecho europeo, y suena también a tópico repetitivo de la modernidad.

³⁹ «Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares». Cfr. Nicolás Estévez. (1942). *Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes*. Versión castellana. Tomo Primero. Buenos Aires: Ed. Albatros. pp. 209-210.

⁴⁰ Carl Schmitt. (1982). *Teoría de la Constitución*. Presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García Pelayo. Madrid: Alianza editorial. pp. 186 y ss.

Si dejáramos a un lado la particular ideología moderna que rechaza la existencia de privilegios, que pregona la igualdad de todos ante la ley, la imparcialidad y la consistencia en la manera de resolver los casos; si dejáramos a un lado la moralidad política de nuestro tiempo, podríamos apreciar en *Leyes de Manu* la poderosa demostración de una ley superior y permanente. Doce Libros compendian reglas interminables alusivas al control del ejercicio del poder entre castas, a la distinción y separación de tareas, a la aplicación de las leyes por órganos distintos a aquel Legislador eterno que las revela a *Manu*. *Manu* almacena allí otras ideas: las de incompatibilidad de castas y oficios, de jerarquización entre autoridades, de frenos y controles de cada casta frente a las otras, como cuando el rey castiga al brahmán por su abuso de poder (8.412), de contrapesos internos (ministros) o externos, como nuevamente en el caso de brahmanes, que son *la boca de la ley* sagrada, y cuyos deberes religiosos se cumplen todos los días «bajo la protección del rey», lo que prolonga «la duración de la existencia del soberano y aumenta sus riquezas y sus estados» (7.136). También anuda a su sistema sagrado las ideas de temperancia y cordura, que eran palabras alusivas a nuestra idea actual de moderación, típica en la doctrina de la distinción de poderes (6.92, 7.40 y 7.42). Los asuntos soberanos no eran materia oscura para quien podía leer los libros sagrados:

[...] las rentas, los gastos, las misiones de los ministros, las prohibiciones, la decisión de los casos dudosos, el examen de los asuntos judiciales, la aplicación de las penas, las expiaciones; las cinco clases de espías que debe emplear secretamente [...]; las intenciones benévolas u hostiles de sus vecinos y las disposiciones de los estados circunvecinos (7.154).

En la decisión de casos dudosos y asuntos judiciales, numerosas normas confirman la existencia de una nítida función judicial del rey, pero ejercida mediante estructuras complejas de tribunales y jueces, y regulada con un detalle sorprendente, hasta al punto de definir cuáles testigos se le pueden poner por delante en los litigios (8.6 y ss.). En las relaciones internacionales y en la guerra no había vacío normativo: la conquista estaba regulada, al punto de incorporar antecedentes que podrían ser considerados valiosos en la historia de la tolerancia religiosa: «Que después de

haber conquistado un país, el rey honre a las divinidades allí adoradas, y a los virtuosos bracmanes; que distribuya liberalidades al pueblo y haga proclamas que disipen todo temor» (7.201). Y también tenía el soberano un complejo estatuto de reglas de la guerra que prohibían ya armas pérfidas, asesinar al dormido o al rendido o al que suplica gracia o al que lucha con otro, o al herido (7.90 y ss.); sobre la cuestión del botín, lo que es de los soldados y lo que es del Rey (7.96 y ss.), etc. La medida se añadía siempre como la regla de común aplicación a todas las tareas reales (7.39).

Este almacén de preceptos constituye las bases de enorme significación para diferentes ámbitos normativos actuales, como el del derecho internacional humanitario, y para conformar la futura doctrina de la distinción de poderes, que el pensamiento moderno iba a reivindicar como su propio clúster de valores en las Constituciones de Filadelfia de 1776, en la francesa de 1791 y en las que les siguieron, sin reconocer nada prestado.

No había distinción orgánica en *Manu* respecto de la independencia de la función judicial, pero los procedimientos eran extraordinariamente sofisticados como vimos. Lejos del modelo normativo homérico, cual es el de la jerarquía de voluntades y decisiones de dioses caprichosos, *Las Leyes de Manu* pueden ser consideradas como la más extraordinaria «Constitución» de todos los tiempos. No se trata de tradiciones ni de convenciones. Eran reglas escritas superiores para una sociedad hiperregulada: matar un insecto, cortar un árbol verde, «amar apasionadamente el baile» (3.68, 11.65, 11.66, 11.70 y 11.135 y ss.); o decidir el género de los hijos según que se intentara la procreación considerando días pares o impares (3.48 y 3.49).

Todos estos elementos permiten afirmar que aquella sociedad vivía, no necesariamente bajo la *rule of good law*,⁴¹ pero sí bajo la *rule of law*, es decir, puede

⁴¹ Cfr.: <<https://www.britannica.com/topic/rule-of-law/Challenges-to-the-rule-of-law>>.

que la sociedad de *Manu* no encarne nuestros actuales ideales favoritos de democracia, publicidad de la ley, igualdad, discusión pública, pero resulta incuestionable que tenían sofisticados principios de procedimiento en materia judicial, principios institucionales con arreglo a tribunales y consejos de ministros, disciplina interpretativa, normas generales inteligibles —y esto no obstante que la fuente del derecho sagrada permanecía oculta bajo la vestimenta divina del brahmán—, prospectiva normativa y sensación de gran estabilidad a todo el engranaje legal de la India antigua, algunas de cuyas piezas parecen mantener su brillo a estas alturas de la historia.

Sesgarse desde los prejuicios actuales impediría reconocer otro aspecto formidable: la energía intrínseca de *Las Leyes de Manu* para sustentar durante siglos un ecosistema social completamente estático, y su extraordinaria capacidad para asegurar la duración y estabilidad de los *Libros Sagrados* de la India clásica. Palidece el constitucionalismo moderno haciendo alarde de la duración de sus constituciones si se les compara con la firmeza y vocación de estabilidad de este viejo código.

CAPÍTULO 2.

MODELO NORMATIVO DEL MUNDO HOMÉRICO: *ODISEA*

En Homero no hay una legislación revelada por los dioses, como en *Manu*, ni tampoco hay constancia de una recopilación legal de referencia para su época, como en el caso de las *Doce Tablas* para Roma. Pero una lectura que preste cuidadosa atención a las normas e instituciones sociales a que alude el poeta en *La Odisea*, permitirá mirar entre las persianas de la llamada *edad oscura* de la historia de Grecia (del año 1200 a. C., hasta Homero, en el siglo VIII a. C.) e identificar un conjunto de los mandamientos expresos, convenciones sociales y pautas de comportamiento que, demostraremos aquí, exteriorizan un esquema normativo de aquello que parecía aceptable en la atmósfera religiosa, social y política de aquella época, que justificaba encomiar o acusar a alguien en determinadas circunstancias, que hacía posible castigar o recompensar y que, al final, representaban el zócalo sobre el que se sostenían las pequeñas sociedades establecidas en la geografía que comprendía el Asia menor, el África del norte y la Grecia continental, y sobre la cual procuraban su precaria estabilidad. De todo ello, Homero dejó trazas en la larga tradición oral preservada por él.

Descripciones exquisitas de experiencias cotidianas permiten también vislumbrar el valor que se asignaba al individuo en ese complejo ambiente de dioses celosos, drogas mortíferas, hombres corajudos y de inteligencia e instinto explorador. Y, ofrece *La Odisea* elementos que permiten también identificar grupos particulares y castas, tanto como ideas de justicia, normas y patrones generales que dejan reconocer, por fin, la forma en que hombres y dioses se asignaban el poder. Si la literatura de la edad moderna se mira en el espejo de Homero para encontrar sus orígenes, no vemos porqué el derecho, también moderno, no intente hacer lo propio. La prudente Penélope, para citar un caso, no encarna solo un ideal de virtud conyugal y belleza. Mirado con atención, ofrece también la clave de la legitimidad del nuevo gobierno de Ítaca, si Odiseo falla en su regreso. Y el asedio de los

pretendientes puede leerse como un intento frustrado de sucesión al trono en aquella *patria chica*; y, asimismo, la masacre final podría interpretarse como la descripción de un juicio de castigo a la provocación y a las *demasías* de aquellos *insensatos* que no quisieron pedir el casamiento a Penélope de un «justo modo» (14.80).⁴² Incluso, las arengas finales de Eupites a los itacenses en el ágora, y su amenaza de guerra para vengar a los pretendientes ajusticiados por haber ultrajado el palacio real, tiene toda la materia prima de una insurrección. Y es de este modo que proponemos leer a Homero.

En un contexto de sociedades geográficamente pequeñas, de ciudades que se engañan con astutos caballos de madera y cuyas riquezas se conquistan y reparten en la lógica de los botines de guerra, la tentativa de considerar un estatuto legal subyacente a ellas parecería un esfuerzo estéril. Si, no obstante, para describir las comunidades y comarcas de entonces, habláramos de mera fuerza bruta, de neta prevalencia de la fuerza física, de coerción desnuda, haríamos también una lectura extrema. No puede decirse que comunidades que admitían un orden social inteligible, que soñaban con mejores y más estables agrupaciones sociales carecían de pauta normativa alguna o que traducían barbarie simple y llana.

La Odisea proporciona una larga lista de ejemplos de creencias y acciones normativas enlazadas a valores religiosos compartidos por aquellas comunidades: se debían cumplir los juramentos (12.297), rendir honores al huésped (1.113), acoger con sentimientos de amistad (15.46), ofrecer hospitalidad y recibirla (1.178), respetar bienes ajenos y no envidiarlos (17.528), llevar vestidos limpios (6.57), mostrar compañerismo (8.536), expresar fidelidad conyugal (18.250), celebrar hecatombes perfectas (17.57), compadecer al suplicante (8.536), ofrecer regalos y aceptar los ofrecidos (11.354), no eludir el lecho de una diosa (10.281), tolerar que una visita esté sentada en la tierra (7.159) o que un joven luche con un viejo (18.52).

⁴² Reenviaremos al lector, siempre, sobre el texto en paréntesis, a la métrica original de Segalá y Estalella, de la versión más estimada de *La Odisea*, en prosa castellana, y traducida directamente del griego. Ejemplo (1.11) para la primera cita o (24.545), para la última.

Asimismo, los deberes de venganza por la muerte del padre o los parientes (3.102), de mostrar temor a los dioses (6.119) y de hacer las cosas con moderación (15.67) simbolizan todos ellos conductas que fueron consideradas deseables entre hombres que además tenían conciencia de su propio contraste cultural respecto de «salvajes» e «ignorantes de la justicia y de las leyes» (9.193) y que tenían una capacidad sumamente indicativa de la presencia de una sociedad política: la inteligencia para la utopía.

La Odisea, en efecto, es una obra llena de utopías localizadas en lugares fantásticos de la atmósfera mediterránea donde «los hombres viven dichosamente», en los que «jamás hay nieve, ni invierno largo, ni lluvia, sino que el Océano manda siempre las brisas del Céfito, de sonoro soplo, para dar a los hombres más frescura» (4.555). Era patente el anhelo de aquellas sociedades homéricas de tener experiencias políticas mejores, por contraste con las reales; y la capacidad de sus protagonistas de reflexionar en perspectiva visionaria sobre la vida en comunidad y de orientar su orden normativo hacia mejores y más justos regímenes de leyes.⁴³ Tales utopías, sin duda, ayudarían a tender puentes entre la Grecia Arcaica y la Clásica con su Edad oscura (*Early Iron Age*), y permiten también obtener mucha información de los valores del hombre homérico alrededor del problema de la justicia, de las libertades y del ejercicio del poder.⁴⁴

⁴³ López Eire identifica algunas de estas utopías:

- «Allí nunca les falta, ni al amo ni al pastor, ni queso, ni carnes, ni dulce leche, pues las ovejas están en disposición de ser ordeñadas en cualquier tiempo», dice Menelao refiriéndose a Libia en su conversación con Telémaco (4.78).
- «[...] los inmortales te enviarán a los campos Elíseos al extremo de la tierra donde se halla el rubio Radamanto, allí se vive dichosamente, allí jamás hay nieve, ni invierno largo, ni lluvia, sino que el Océano manda siempre las brisas del Céfito, de sonoro soplo, para dar a los hombres más frescura» (4.554).

Cfr. Homero. *La Odisea*. Traducción de Luis Segalá y Estalella. Edición de Antonio López Eire. Colección Austral de Editorial Planeta, Ciudad de México, 2017, Notas 111, 132 y 177 ubicadas respectivamente en pp. 105, 119, 156.

⁴⁴ A menudo se hace referencia a *La República* de Platón como primer modelo de sociedad idealizada, pero habría que tener presente las lucubraciones de Homero. Un recuento de la prosa utópica y sus promotores, así como del impulso práctico de algunas de ellas, se puede ver en: <<https://www.britannica.com/topic/utopia>> y <<https://www.britannica.com/art/utopian-poetry>>.

Hay geografía real, mezclada con ríos, islas y lugares inventados;⁴⁵ hay narraciones increíbles y herramientas mágicas, como la «varita» de Atenea (13.429) o como aquellas naves que se conducen sin piloto y sin timón, y que «ya saben ellas el pensamiento y el querer de los hombres» (8.536), y hay que ver también la asombrosa capacidad de desplazamiento que tienen los dioses, casi parecida a una teletransportación; todo ello es cierto. Pero hay mucho más que mera fantasía a lo largo de la gran epopeya, a la que Vico no dudó en otorgar plena credibilidad histórica al considerar a Homero el «primero de sus autores ciertos, y primer padre verdadero de toda la erudición griega», al tiempo que reconoció en *La Odisea* preciosos detalles sobre «Asambleas heroicas», «jurisprudencia heroica» y «geografía poética».⁴⁶

También la autoridad de Luis Segalá y Estalella acredita a *La Odisea* como el «panorama más acabado, el eco más fiel de las primeras épocas históricas de la raza griega». Añade que, a diferencia de *La Ilíada*, *La Odisea* representa «una pintura más completa de la vida humana».⁴⁷

Y no debería extrañar tampoco que el conocido juez y escritor norteamericano, Richard A. Posner, publicara en 1981 una importante obra en la que toma como una de sus referencias históricas la estructura de las instituciones sociales homéricas, y perfila un sistema alternativo de orden estatal que resulta clave para hacer

⁴⁵ Esqueria, la patria de los Feacios; Eea, la isla de Circe; Ogigia, la isla de Calipso, todos ellos lugares maravillosos, «situados en una geografía mítica que todavía conservan algunas vinculaciones con el mundo real», localizadas «a medio camino entre el mundo de los dioses y el de los hombres». Cfr. *Tierras Fabulosas de la Antigüedad*. F. Javier Gómez Espelósín, Antonio Pérez Largacha, Margarita Vallejo Girvés. Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá, 1994, pp. 111 y ss.

⁴⁶ Vico, Giambatista. (1941). *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. México: FCE. Primera edición. pp. 27, 88, 91, 115 y 123, edición curada nada menos que por Eduardo García Maynez, quien fuera leyenda en filosofía del derecho latinoamericano.

⁴⁷ La versión más estimada de *La Odisea*, en prosa castellana, y traducida directamente del griego, se reconoce al mencionado Segalá y Estalella en 1908 y 1910, que es la traducción que adoptamos para este trabajo. Esta obra fue objeto de un increíble plagio de la Universidad Nacional de México, del que Segalá se quejó muy discretamente,

Más tarde, en 1928, el mismo Segalá y Estalella, quien fuera catedrático de lengua griega en la Universidad de Barcelona (fallecido en el bombardeo de esa ciudad en 1938), dio a luz *Obras completas de Homero*, engalanada con reproducciones de obras artísticas de la antigua Grecia, y que identifica muy pulcramente la *editio princeps*, los textos griegos de los cuales partió para hacer la traducción. Cfr: Luis Segalá y Estalella. (1927). *Obras completas de Homero*. Edición adornada con ilustraciones arqueológicas de carácter homérico. Versión directa y literal del griego. Barcelona: Casa Editorial Montaner y Simón. *La Odisea*, a partir de la p. 286. Las citas del texto corresponden a las páginas xxxviii y xxxix de esta obra. «[...] sus poemas, junto con las sagradas escrituras y las obras de Shakespeare (dice Segalá de Homero) son la mejor preparación para la vida», p. xxxvi.

contrastes en sus debates de filosofía social. Describe los rasgos de ese orden (hospitalidad, intercambio de regalos, venganzas, etc.) como la “*powerful evidence that the society described by Homer is “real”, albeit not necessarily historical in its details, but also suggests a puzzle*”.⁴⁸

Poco nos interesa aquí la *cuestión homérica*, o cuántos homeros fueron, o la datación de sus obras: si fue primero *La Ilíada* que *La Odisea*; ni identificar defectos métricos, anomalías lingüísticas, repeticiones o violaciones a la *ley de sucesión* de la épica de que se valen los filólogos, y que hacen dudar de la unidad de autor de los poemas homéricos; tampoco interesa saber si la llamada *telemaquia* fue suplemento del poema original,⁴⁹ un aspecto en el que seguramente la inteligencia artificial se hará sentir dentro de poco con aportes confiables que se añadirán al esfuerzo de generaciones de filólogos.

Lo que nos interesa verdaderamente es que Homero, o quien haya sido el gran poeta, preservó los remanentes del desaparecido ambiente palaciego micénico, y protegió así los rasgos sociales que se reflejaban en la larga tradición oral acumulada durante la llamada edad oscura⁵⁰ de Grecia (*Early Iron Age*), y

⁴⁸ Richard A. Posner. (1983). *The Economics of Justice*. Harvard University Press. p. 141.

⁴⁹ Un resumen de esta problemática se puede leer en la introducción de *La Odisea* escrita por el filólogo y profesor de la Universidad de Granada (España), José Luis Calvo: Homero. (2017). *La Odisea*. Edición y traducción de José Luis Calvo. España: Ediciones Cátedra, Vigésima quinta edición. pp. 9-42.

⁵⁰ El mundo homérico está englobado entre los siglos XII a. C. —siglo que marca el ocaso de la civilización micénica, y que comprende también la Guerra de Troya— y el siglo VIII a. C., en el que se supone que vivió Homero o, por lo menos, fueron escritos sus poemas. Esos 400 años pertenecen a la llamada *Dark Age* griega, y es durante ese período que se desplegaron los acontecimientos de *La Odisea*. El término *Dark Age* o *Edad oscura* ha sido criticado frecuentemente; y se ha propuesto en su reemplazo el de *Early Iron Age*, con el que tendemos a estar de acuerdo aquí considerando nuestras observaciones de **Nota 71** *infra*; si bien el clima entre los expertos es aún muy reticente: “*Despite these new objections on the term “Dark Age”, the overall picture suggested by archaeological data for this period fits the general features of system collapse with no identifiable central administration, population decline, and impoverishment of material culture. This is in line with the opinion of Anthony Snodgrass who holds that in Greece during the Dark Age, little was preserved from the Mycenaean culture and “that little then dwindled away to almost nothing, until some elements were artificially revived in the late “8th century BCE and later.”*” Cfr. <https://www.ancient.eu/Greek_Dark_Age/>.

Ciertamente, no hubo un sistema político centralizado que diera una forma distintiva a esa región durante aquel período, pero muchos asentamientos pequeños existieron, y es de suponer que utilizaban las sobras culturales de la civilización micénica, ambiente que, a no dudar, inspiró las emocionantes aventuras de Odiseo; y habrá que considerar, asimismo, que el siglo de Homero tuvo un comportamiento diferente, pues dio lugar a dos fenómenos: la aparición de la *early poleis* y el ascenso del alfabeto griego primitivo (en reemplazo de los dialectos postmicénicos), cuyas primeras inscripciones dieron fama al Jarrón de Dipylon (725 a. C.), lo que demuestra que fue un período de marcado ambiente transitivo que respalda las sospechas de algunos, de que Homero buscó *embalsamar* la tradición épica oral ante la amenaza de su desaparición: “*The material culture of the 8th-century-BCE Greece is much varied and innovative compared with the previous centuries. Other changes recorded towards the end of the Dark Age are: recovery of literacy (Greek alphabet) after the abandonment of the Mycenaean Linear B script, increasing contacts with regions outside the Aegean, and the emergence of a new and successful form of political institution (the early poleis). These signs are consistent with a society experiencing a population increase and gaining a higher*

proporcionó información de mucho valor documental para reconocer, expresando con paciencia, los valores normativos fundamentales que cundieron durante la sociedad homérica, que traía impregnada la poesía épica, la misma que en palabras de López Eire, Homero «embalsamó... en un intento por detener el tiempo»,⁵¹ que avanzaba raudo hacia la futura floreciente Grecia clásica.⁵²

En esta perspectiva, entonces, *La Odisea* ofrece un rompecabezas válido para explorar y comparar nuestros conceptos modernos de justicia, igualdad y distinción de poderes, tres conceptos clave sin los cuales no entendemos el constitucionalismo de hoy, y que nos servirán de guía para abordar el pasado. Comencemos por justicia:

JUSTICIA

Ya hemos dicho que existe una dimensión de normas e instituciones sociales que no son el resultado de un diseño formal, pero que fluye a través de grupos sociales muy unidos, que traduce sus valores compartidos y que permite exigir cuentas, endilgar responsabilidades y atribuir sanciones o recompensas.⁵³

level of complexity. This time of recovery marks the end of the Greek Dark Age and the transition into the Greek Archaic Period, a time considered a turning point or revival in Greek history." Cit: <https://www.ancient.eu/Greek_Dark_Age/>.

⁵¹ La magnífica edición de *La Odisea*, de colección Austral, trae frecuentes comparaciones con *La Ilíada* e incluso con *La Eneida* de Virgilio. Asimismo, numerosas precisiones geográficas, de lugares y ríos, y datos patronímicos y topográficos, precisiones genealógicas, filológicas, aclaraciones de métricas de volumen. También trae interesantes observaciones sobre pasajes de la guerra de Troya en *La Odisea* no mencionadas en *La Ilíada*, así como puntos de contacto entre los dos grandes poemas homéricos. Interesante, además, por las pistas que ofrece acerca de la historicidad de Homero, de su perspectiva utópica y de su técnica en la utilización de símiles. Cfr. Homero. *La Odisea*. Colección Austral. *Op cit.* p. 20.

⁵² «Ulises es el último héroe antiguo, y el primero de los modernos», recuerda García Gual aludiendo a esa faceta transitiva de Homero entre la Edad Oscura (o *early iron age*) y la Antigüedad griega clásica. Cfr: *La Odisea*, Homero. Prólogo de Carlos García Gual. Traducción de José Manuel Pabón. Editorial Gredos, 5ª reimpresión, 2019, p. 9. En esta edición con traducción verificada de *La Odisea*, el prologuista deja a un lado la cuestión de los aspectos realistas en Homero, y se ocupa más bien de hacer el recuento de la impronta de *La Odisea* en la literatura posterior a Homero: los griegos, Virgilio, Dante, Shakespeare, Calderón, Borges, Cavafis, Joyce, etc., y alude también a la desmitificación de Odiseo en el teatro del siglo XX; recuento menos denso incorpora el autor al prólogo de su propia traducción de *La Odisea*, publicada previamente, y en la que hace precisiones acerca del estilo moderno de esta narración homérica, lejana ya de la estructura de cualquier relato primitivo y hace apuntes interesantes sobre el papel de la mentira, la figura femenina y el estatus de la gente humilde de aquella época, aun cuando se muestra muy desconfiado de la historicidad geográfica de *La Odisea*. Esta edición no tiene notas, pero ofrece un índice onomástico útil, y un sumario. Cfr. Homero. (2015). *La Odisea*. Traducción y prólogo de Carlos García Gual. Ilustraciones de Jhon Flaxman. Alianza editorial, 2.ª reimpresión.

⁵³ Para una panorámica del debate actual en ciencias sociales sobre el concepto de *social norms*, en: Bicchieri, Cristina, Muldoon, Ryan and Sontuoso, Alessandro, "Social Norms", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/social-norms/>>: "*Social norms, the informal rules that govern behavior in groups and societies, have been extensively studied in the social sciences. Anthropologists have described how social norms function in different cultures (Geertz 1973), sociologists have focused on their social functions*

Telémaco estaba llamado a continuar la saga de su abuelo Laertes y de su padre Odiseo en el mando de Ítaca. En la «Evocación de los Muertos», Odiseo desciende al Hades⁵⁴ y se encuentra, entre otros, con el alma de su difunta madre, quien habla sobre su nieto: «Telémaco —le informa su madre— cultiva en paz tus heredades y asiste a decorosos banquetes, como debe hacerlo el varón que **administra justicia**» (11.181). Resultaría aventurado interpretar este pasaje para afirmar que alude a una tarea misional de la monarquía, a una función del rey; igual que lo sería deducir conclusión similar de cierta frase del famoso Coloquio en el que, haciendo las veces de forastero, el propio Odiseo halaga a Penélope recordándole que su gloria «llega hasta el anchuroso cielo como la de un rey..., que impera sobre muchos y esforzados hombres (y que) hace que **triunfe la justicia...**» (19.107).

Seduca pensar que estas citas admiten una perspectiva institucional embrionaria del concepto moderno de administración de justicia, pero en honor a la verdad, parecen más conectadas a pautas de comportamiento personal deseables de un gobernante, como prudencia, cordura o sensatez, valores de frecuente estimación en *La Odisea*, antes que una específica tarea misional anudada a la autoridad real. La justicia privada de hombres vengadores tenía gran protagonismo: ¿Qué otra cosa iban a hacer los hombres, sino seguir el ejemplo de la divinidad y replicar también la venganza entre mortales? La esperanza de una retaliación directa, sin intervención de institución alguna, efectivamente, estaba arraigada como uno de los más potentes motores del comportamiento de los súbditos homéricos:⁵⁵ «¡Cuán bueno es para el que muere dejar un hijo!», decía Néstor Nélide a Telémaco,

and how they motivate people to act (Durkheim 1895 [1982], 1950 [1957]; Parsons 1937; Parsons & Shils 1951; James Coleman 1990; Hechter & Opp 2001), and economists have explored how adherence to norms influences market behavior (Akerlof 1976; Young 1998a). More recently, also legal scholars have touted social norms as efficient alternatives to legal rules, as they may internalize negative externalities and provide signaling mechanisms at little or no cost (Ellickson 1991; Posner 2000).”

⁵⁴ Lopez Eire hace una llamativa anotación a este pasaje: Odiseo «no desciende propiamente al Hades (katábasis), no como Heracles o Teseo, sino a través de un rito de *evocación de los muertos*, en el que, curiosamente, el evocador es el que se acerca al mismísimo Hades», *Op. cit.* p. 215, nota 228. García Gual, por su parte, comenta que «Esa visita del héroe al otro mundo es un motivo de hondas resonancias en otras mitologías. El gran precedente es el viaje del mesopotámico Gilgamés, unos mil años anterior a nuestro Odiseo» (*Op. cit.* Odiseo, Homero, Alianza, p. 22), lo que demuestra una vez más la íntima interconexión cultural entre las civilizaciones que ocuparon la geografía del mundo indoeuropeo, y nos previene de pensar que el mundo grecolatino antiguo es el punto cero de la tradición occidental.

⁵⁵ Una aproximación al problema de la venganza en Homero, con particular referencia a *La Ilíada*, en: *La venganza como prototipo legal en La Ilíada*. Vásquez, Juan Gabriel, editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

refiriéndose al hombre asesinado que tenía la fortuna de encontrar desagravio en las manos de sus descendientes supervivientes (3.103).

Otros pasajes del poema reflejan bien este sentimiento:

Afrentoso será que lleguen a enterarse de estas cosas los venideros; y, si no castigáramos a los matadores de nuestros hijos y de nuestros hermanos, no me fuera grata la vida y ojalá me muriese cuanto antes para estar con los difuntos (24.426).

El mismo Odiseo, protagonista de la trama, pone el dedo en la llaga:

¡Ah perros! No creáis que volviese del pueblo troyano a mi morada y me arruináis la casa, forzábais las mujeres esclavas y, estando yo vivo, pretendíais á mi esposa; sin temer a los dioses que habitan el vasto cielo, ni recelar venganza alguna de parte de los hombres. Ya pende la ruina sobre vosotros todos (22.35).

La venganza no admite tribunales ni procedimientos, pero tal constatación no es incompatible con el hecho de que el rey fuese considerado un instrumento de ejecución de la justicia administrada por los dioses. Ninguna autonomía podía interponer contra la misericordia o tiranía del cielo, y nada podía decidir al margen de las respectivas señales divinas ni desobedecer y, mucho menos, revisar la implacable providencia celestial. Así pues, antes que administrar justicia, el monarca requería siempre de autorización antes del castigo (17.57) y la ejecutaba en plena y cabal subordinación a los estándares superiores de la justicia divina, por cuyos lentes es que podemos vislumbrar y completar el alcance verdadero de la idea de administración de justicia en Homero.⁵⁶

⁵⁶ Justicia divina, en *La Odisea*, «una idea muy evolucionada, muy neta y claramente perfilada». En: *Homero. Odisea*. Edición Antonio López Eire. Colección Austral. *op cit.*, p. 406 y 432, notas 472 y 520.

Escalafón del castigo en el Olimpo

En la Grecia homérica, Zeus retiene una autoridad omnipotente por cuyo poder «vigila a los hombres e impone castigos a cuantos pecan» (13.200) de modo que acaparaba la jurisdicción originaria de resolver conflictos. En la compleja jerarquía del Olimpo no había un escalafón perfecto, por lo que cada divinidad aparece ejerciendo sus facultades en medio del más pavoroso desorden y demasiado caprichosamente. Cuidaban siempre de no molestar el dominio de sus semejantes y, en especial, evitaban contrariar los apetitos de Zeus o sus decisiones de justicia tan frecuentemente animadas por preferencias hacia sus hijos y parientes favoritos.

Nos cuenta Homero que, después de caer a manos de las hijas de Cócalo, Minos, vástago de Zeus, llegó a elevarse como juez de los muertos: Obraba «sentado y empuñando áureo cetro, pues administraba justicia a los difuntos. Estos, unos sentados y otros en pie a su alrededor, exponían sus causas al soberano en la morada, de anchas puertas, de Hades» (11.568). Este pasaje corresponde a una imagen de ultratumba en la que *Odisea* lanza a la posteridad los rudimentos de la idea de un juicio presidido por alguien que tenía la responsabilidad de descubrir los hechos, aunque más a la manera de un juez de paz, lego y local que, por supuesto, a la de un juez entrenado profesionalmente, o perteneciente a una estructura burocrática inamovible o en la que sus poderes se sujetasen a un código dictado previamente. No era el caso, ciertamente, pero tales rudimentos no pueden ser el producto de una mentalidad pastoril estancada en la venganza. En efecto, Minos, cuyo legendario gobierno en Creta dio cuño y nombre a la civilización minoica, es la figura clásica que permite la trazabilidad a la institución del juez, y representa una simiente en la Antigüedad griega de nuestra idea de administración de justicia.

Cuatro siglos después de Homero, en tiempos de Platón (427- 347 a. C.) la leyenda de Minos iba a ser objeto de una descripción enriquecida en el diálogo del *Gorgias* (388 a 385 a. C.) que citamos por hacer empalme directo a *Odisea*. Resulta que Sócrates y Calicles discuten en torno al juicio de los muertos, en particular, sobre el

destino final de las almas, que en la cosmogonía platónica caminaban, los *justos*, con dirección a las Islas de los Bienaventurados, mientras que, hacia el tártaro, los *injustos*. Y se trae en aquella conversación un bello relato según el cual, alguna vez los dioses permitieron a los hombres administrar justicia, aunque el optimismo sobre aquella situación no duró. Resulta que los guardianes de aquellas Islas de los Bienaventurados se quejaron en forma sugestiva de un hecho sorprendente: que pasaban a uno u otro lugar, a Las Islas o al tártaro, indistintamente, hombres que no lo merecían.

De acuerdo con el *Diálogo*, Zeus especuló que distintas circunstancias, como apariencias físicas, nobleza, riqueza y disponibilidad de testigos por parte de los poderosos, hacían que los jueces humanos juzgaran mal a sus semejantes, con lo cual «los jueces [mortales] quedan turbados por todo esto y, además, también ellos juzgan vestidos; sus ojos, sus oídos y todo el cuerpo son como un velo con que cubren por delante su alma».⁵⁷

Esos obstáculos obligaron al dios de dioses a quitar a los hombres una curiosa herramienta básica de su tarea judicial, cual era el conocimiento anticipado de la hora de la muerte, y ordenó entonces cambiar la rutina de tal modo que los mortales fueran juzgados no en esta vida, sino después de fallecer:

También es preciso que el juez esté desnudo y que haya muerto; que examine solamente con su alma el alma de cada uno inmediatamente después de la muerte, cuando está aislado de todos sus parientes y cuando ha dejado en la tierra todo su ornamento, a fin de que el juicio sea justo.⁵⁸

Seguramente es esta la razón mitológica por la que Homero no puede mostrarnos un rey con tareas judiciales institucionales a pesar de que la tradición indoeuropea da cuenta de experiencias de justicia organizada, concomitantes o incluso muy

⁵⁷ Platón. *Diálogos II, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo*. Traducciones, introducciones y notas por J. Calonge Ruiz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri, J. L. Calvo. Madrid (España): Editorial Gredos. Primera edición, 1983. 1.ª reimpresión, 1987.

⁵⁸ *Ibid.* p. 140.

anteriores a Homero, como podrían ser las que se refieren en la *Historia y leyes de los hititas* en la península Anatolia, o las que refiere el conjunto panorámico del derecho antiguo mesopotámico, a pesar también de que la propia civilización micénica que precedió a la Edad oscura (*Early Iron Age*) de Grecia postula experiencias de justicia instaurada alrededor de la figura del rey y, a pesar, finalmente, de que el mundo homérico entendía perfectamente el concepto de arbitraje, representado clásicamente en el muy citado pasaje de *Iliada*, relativo a la disputa por la armadura de Aquiles, y que Homero enlaza a *Odisea* en su maestría poética conocida (11.541, 11.553).

Actividad judicial

Continuando con el «Gorgias», y es el elemento complementario del relato homérico, Zeus resolvió nombrar a sus hijos en posiciones clave:

[...] dos de Asia, Minos y Radamantis, y uno de Europa: Éaco. Estos, después de que los hombres hayan muerto, celebrarán los juicios en la pradera en la encrucijada de la que parten los dos caminos que conducen el uno a las Islas de los Bienaventurados y el otro al Tártaro. A los de Asia les juzgará Radamantis, a los de Europa, Éaco; a Minos le daré la misión de pronunciar la sentencia definitiva cuando los otros dos tengan duda, a fin de que sea lo más justo posible el inicio sobre el camino que han de seguir los hombres.⁵⁹

Cualquier historiador legal experto podrá reconocer en este pasaje del Diálogo platónico el primer reparto de competencia judicial por razón del territorio; así como el advenimiento de la institución de la doble instancia y la prerrogativa de la apelación. Se atisban también algunos principios de la época moderna en la tarea de Radamantis, aquella que le exige examinar el alma de cada uno sin saber de quién se trata ni quiénes son sus padres, en clara alusión al ideal moderno de la imparcialidad.

⁵⁹ *Ibid*, pp. 140 y 141.

En acople expreso a *Odisea*, Éaco también recibe encargo judicial, de modo que cada uno de los hermanos «juzga teniendo en la mano una vara»; mientras «Minos sentado observando; sólo él lleva cetro de oro, como en Homero dice Ulises que le vio: llevando un cetro de oro, administrando justicia a los muertos».⁶⁰

Odisea menciona al rubio Radamanto en dos oportunidades, aunque no alude a sus tareas expresas (4.555 y 7.309); lo que nos autorizó a acudir a esta digresión platónica para completar el horizonte perfilado en *Odisea* con base en los intérpretes más autorizados de la perspectiva de los dioses homéricos en punto a administración de justicia.

Y podríamos seguir la cuerda de este tema a través de Virgilio (70-19 a. C.) quien, a ocho siglos de Homero y a tres de Platón, aunque ya entre los romanos, nos relata las peripecias de Eneas que, en su propio retorno, consigue repetir la hazaña de Odiseo de descender al reino de las sombras, en este caso en busca de su padre, y puede atestiguar las responsabilidades que en el *Averno* cumplían los hijos de Zeus, Minos y Radamantis (Radamanto de Gnosos, se le llama en Eneas) quienes parecían contar con alguna burocracia de apoyo judicial, pues se nos advierte que, allá abajo, «los puestos no se asignan sin sorteo ni juez»: «Agita la urna Minos, que preside. Él convoca la junta de las calladas sombras, da oídos al relato de sus vidas y discierne sus delitos».⁶¹

Radamanto de Gnosos, por su parte, aparece nítidamente encargado de cierta sección del inframundo, en el umbral del crimen, el tártaro, donde se castiga a los peores: «Ya castiga, ya escucha los delitos, ya fuerza a confesar las culpas que cada uno allá arriba celaba entre vana alegría y relegó expiar hasta el momento demasiado tardío de la muerte».⁶² En este portal de la maldad:

⁶⁰ *Ibid.* p. 141.

⁶¹ Virgilio. (1992). *Eneida*, Introducción de Vicente Cristóbal. Traducción y notas de Javier de Echave-Sustaeta. Madrid: Editorial Gredos. Libro VI. p. 316.

⁶² *Ibid.* Libro VI, p. 321.

[...] están los que en vida no dejaron de odiar a sus hermanos; los que alzaron la mano contra su padre; el que prendió en engaños al cliente, o aquellos que empollaron a solas los caudales adquiridos sin dar parte a los suyos —éstos son incontables—; los que sufrieron muerte por adúlteros; los alzados en armas a favor de una causa malvada, traicionando la fe jurada a sus señores: todos estos esperan encerrados su castigo.⁶³

Éaco, rey de la isla Egina, hijo también de Zeus, y hermano de Radamantis y Minos, no aparece mencionado en *La Eneida*, a pesar de que en la tradición helénica que comienza con Homero, los tres estaban llamados a ser jueces de ultratumba.

Y habría que añadir que el Minos homérico tendrá en Dante Alighieri, ya para el año 1302, tantos siglos después en pleno medioevo, una afianzada tarea: Entre gritos desgarradores, Dante y Virgilio atestiguaron como «Allí [en el segundo círculo] estaba el horrible Minos que, rechinando los dientes, examina las culpas de los que entran; juzga y da a comprender sus órdenes por medio de las vueltas de su cola». Las almas hablan y escuchan y le confiesan sus culpas y él, define para cada una «qué lugar del infierno debe ocupar y se lo designa, ciñéndose al cuerpo la cola tantas veces cuantas sea el número del círculo a que debe ser enviada».⁶⁴

Es el caso de los hombres convertidos en troncos, enviados por Minos al séptimo círculo;⁶⁵ o el de los hombres, convertidas sus espaldas en pecho (el famoso adivino Anfírao, entre ellos) que «por haber querido ver demasiado hacia adelante, ahora mira hacia atrás, y sigue un camino retrógrado»;⁶⁶ o el de aquel latino culpable que gemía escondido en un vestido de fuego y frente a quien Minos hubo de ceñirse «ocho veces la cola en derredor de su duro cuerpo, y mordiéndosela con gran rabia»;⁶⁷ o del oriundo de Arezzo que reconoce que Minos, «que no puede equivocarse», «me condenó a la última de las diez fosas por haberme dedicado a

⁶³ *Ibid.* Libro VI. p. 322.

⁶⁴ Alighieri, Dante. *La divina comedia*. Notas de Paolo Costa. Ilustración, Gustavo Doré. Traductor Manuel Aranda y Sanjuán. El Infierno, Canto Quinto, p. 36.

⁶⁵ Op Cit., El Infierno, Canto Decimotercio, p 84.

⁶⁶ Cit. El Infierno, Canto Vigésimo, p. 122.

⁶⁷ Cit. El Infierno, Canto Vigésimoséptimo, p. 163.

la alquimia en el mundo»;⁶⁸ o el de varios otros pasajes de «El Purgatorio» que ratifican el poder de aquel Minos que parece nacer de las leyendas de Homero.

No hemos dicho lo suficiente en este punto. Zeus, que era la fuente de toda sujeción de los mortales, retenía también la potestad de resolver las trifulcas y querellas en su mundo etéreo, en el que las divinidades, sin demasiado remordimiento, cometían toda clase de faltas. Un día, el juez omnipotente, en divina aparición anecdótica, obligaba a Ares, adúltero, a pagar una multa a Hefesto (8.266) sin referencia a una regla transparente, ni criterios de graduación, sin pormenores normativos, ni tampoco preocupaciones probatorias; solo el criterio del dios, que los hombres, a su vez, incorporaban a la lista de sus opciones de castigo, imitando correctivos similares, como aquel que se imponía con la esperanza de que «duela el pagarla» y «cause grave pesar» al responsable (2.178).

Tantos otros ultrajes pasaban de largo, como la violación de mujeres mediante el frecuente ardid de la transfiguración (11.235), sin un juez a la mano que se ocupara de tales agravios y sin que nadie quisiera o pudiera reclamar contra esa divina concurrencia, esa muchedumbre, esa colonia desordenada de dioses. En el Libro Primero de su impresionante *Mythologiae (editio princeps de 1551)*,⁶⁹ Natale Conti, uno de los grandes mitólogos de todos los tiempos, conocedor como pocos de Homero y de los épicos greco-latinos, escribió lo siguiente respecto de los dioses homéricos:

[...] no es en modo alguno admirable que los dioses fueran tan crueles para con los hombres y que de estos mismos dioses procedieran todas las semillas de la discordia, la crueldad y la perfidia, puesto que fue tanta la lucha que hubo

⁶⁸ Cit. «El Infierno», Canto Vigésimonono, p. 177.

⁶⁹ Conti, Natale. *Mitología*. Traducción, con introducción, notas e índices de R. M. Iglesias Montiel y M. C. Álvarez Morán. Murcia, 2006. Las autoras destacan que esta es la primera traducción de Mitología al castellano y la segunda a una lengua romance, después de la francesa de 1599, y lo consideran en su Introducción «uno de los más grandes manuales mitológicos, si no el más grande, del siglo XVI». Sobre el papel de Conti como transmisor de textos antiguos, las mismas autoras han escrito posteriormente: cfr.: Los *Diez libros de la Mitología* de Natale Conti en su segunda redacción. Ma Consuelo Álvarez Morán-Rosa Ma Iglesias Montiel, Universidad de Murcia, Revista *Polymnia*, No 1, 2015, en: https://polymnia-revue.univ-lille3.fr/pdf/2015/8.Alvarez-Iglesias-Polymnia-1_2015.pdf

entre estos dioses ya desde el comienzo cuanta no pudo contener ni el cielo ni la tierra.⁷⁰

Conti no esconde su desdén hacia el politeísmo ni su confianza cristiana en un solo Dios, pero sus anotaciones resultan esclarecedoras para contrastar el ambiente homérico de hombres y dioses desiguales, todos entre sí, con nuestras ideas modernas de justicia:

[...] continuamente se interpondrán muchos odios y pugnas, ya que se interpondrán causas sempiternas que nunca cesarán; y en efecto nunca un igual castigará a un igual, a no ser la fortuna. Por tanto es necesaria una de estas cosas: o que la fortuna sea también dominada por los dioses o que haya entre los dioses continuas discordias y luchas.

Y remata el mitólogo preguntándose:

¿Cuán grande fue ya la fiereza de Saturno, que devoraba a sus hijos? ¿Acaso puede ser indulgente con otros quien fue tan fiero con sus propios hijos? ¿Acaso puede haber existido la Edad de Oro, es decir el gobierno lleno de justicia, humanidad, castidad y equidad, bajo este rey que fue tan impío para con sus padres e hijos?⁷¹

El restablecimiento de la convivencia en ese Olimpo exasperante incorpora criterios de misericordia, generosidad, compasión e indulgencia, siempre en un ambiente de favoritismos y de dioses desiguales y de hombres y dioses promiscuos fusionados que no eran capaces aún de hacer la distinción entre las cosas de dios y aquellas de los hombres, que le estaría reservada mucho después a los apóstoles de la Cristiandad.⁷² También la idea posterior del mundo grecolatino clásico de una mujer de ojos vendados, la dama de la justicia, que no mira a los hombres, sino a los hechos, y que los modernos vamos a heredar, va a tener su fundamento en las amargas letanías homéricas alrededor del castigo y la administración de justicia.

⁷⁰ *Ibid.*, Libro Primero, p. 91.

⁷¹ *Ibid.*, p. 91.

⁷² «Dad pues a César lo que es de César y a Dios lo que es de Dios» (Juan 22,15-22) y «Mi reino no es de este mundo» (Mateo 18:36).

Fuego y justicia

Las comunidades homéricas no poseían libros sagrados, por lo que el fuego carecía de papel santificador de escritura divina alguna. Tampoco tenía relevancia el fuego como prueba de culpabilidad ni se proyectaba en la perspectiva de un instrumento punitivo, como en *Leyes de Manu*, o como en la ejecución de brujas durante el medioevo, pero aun así cargaba un simbolismo extraordinario, igual que ocurrió en tantas civilizaciones que lo han deificado y elevado a referencia de culto a lo largo de la historia.⁷³

Representaba, por supuesto, una necesidad en la cocina. No es fácil leer *Odisea* sin percibir el olor de los asados y los cocidos de «vientres repletos de gordura al fuego» mientras se escucha a lo lejos la flauta que sonaba en aquellos banquetes espectaculares. Se amontonaba la leña y se encendía el fuego después de sacrificar «ovejas muy crecidas». El fuego calentaba bañeras de bronce destinadas a la hospitalidad, y su «aliento» protegía del frío. Los esclavos lo encendían y avivaban, y los presentes tomaban la precaución de conservar su germen, por turnos, para evitar la molestia de tener que traerlo de otra parte. Las familias se hacían a su alrededor buscando resplandor y calor: era el *fuego del hogar*. Asimismo, los guerreros se servían de su ardor para calentar los arcos untándolos con grasa, o para endurecer las armas, como en el caso de la estaca de olivo con la que los héroes pudieron vencer a Polifemo, el Cíclope.

Pero el fuego *infatigable* representaba mucho más. Mientras en el mundo contemporáneo el fuego se explica como el frígido resultado de una reacción

⁷³ Para una idea acerca de los cientos, tal vez miles, de dioses del fuego, cfr: <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_fire_gods>. Y en una aproximación a la perspectiva grecolatina e india sobre el fuego: "Il carattere sacro del fuoco trova un'espressione più concreta nella venerazione di vere e proprie divinità del fuoco o del focolare, quali Estia in Grecia e Vesta in Roma. Ma in nessun luogo il carattere sacro del fuoco è stato sottolineato con tanto vigore come presso gli antichi Ari, particolarmente in India; come nessun dio del fuoco ha maggior concretezza ed è oggetto di più viva venerazione di Agni Brahmanchino. Questa venerazione, era nota anche ai Persiani, sia prima sia dopo la riforma di Zarathustra, tanto da essere considerati per eccellenza gli "adoratori del fuoco" (v. parsismo). Presso di essi anzi, il timore di contaminare il fuoco (da essi chiamato Átor) con i cadaveri è giunto a tal segno, da far vietare assolutamente l'incinerazione". Cfr.: <http://www.treccani.it/enciclopedia/luogo_%28Enciclopedia-Italiana%29/>.

química, a los ojos de un homérico, representaba el claro indicio de la presencia de los dioses (19.36)⁷⁴ cuya furia se expresaba, a veces, en violentas llamaradas, o cuyo ánimo se mostraba a través de ojos resplandecientes. Era objeto de constantes libaciones con el vino y se le asignaba un cometido preciso en la purificación, como en efecto hubo de hacerse expiaciones con fuego en el palacio real inmediatamente después de la muerte de los pretendientes (22.481, 22.492). Realzaba la llegada de episodios extraordinarios de nobleza guerrera y glorificaba los actos de realización de la justicia divina: «Ante todas las cosas, enciéndase fuego en esta sala», ordena Odiseo luego de la matanza consentida por los dioses, y antes de su reconocimiento por Penélope (22.491).

No era pues un asunto de sobrevivencia, era su completa adoración y deificación. A la muerte se usaba la «fuerza poderosa» del fuego sacro para la cremación en la pira⁷⁵ y se alcanza a leer en Las Paces de la última rapsodia:

Diez y siete días con sus noches te lloramos así los inmortales dioses como los mortales hombres, y al diez y ocho te entregamos al fuego, degollando a tu alrededor y en gran abundancia pingües ovejas y bueyes de retorcidos cuernos (24.36).

En efecto, a la carne y a los huesos «los consume la viva fuerza de las ardientes llamas tan pronto como la vida desampara la blanca osamenta, y el alma se va volando, como un sueño» (11.216) dice *Odisea* en su hermosura poética.

En Homero, el fuego no acompaña normas sino decisiones; no apoya la interpretación de escrituras, sino que sirve de testigo de la fuerza y astucia guerrera;

⁷⁴ El antropólogo y mitólogo norteamericano Gary R Varner ofrece una rápida panorámica comparativa cultural sobre el uso del fuego en distintos momentos de la historia: "Fire has been religiously symbolic for thousands of years. The flaming swords of the Bible were wielded by angles to guard the Garden of Eden and in the Old Testament book of Daniel, flaming wheels appear around God's head. Fire was also representative of God's presence as illustrated in the burning bush where Moses received the Ten Commandments. The symbolic nature of fire as being both creator and destroyer, purifier and defiler, quickly resulted in the concept of a perpetual fire. This concept is found from the Native American cultures to those of the Mediterranean, Eurasia, Africa and India". Fire Symbolism in Myth and Religion. Gary R Varner: Cfr.: <http://www.authorsden.com/categories/article_top.asp?catid=62&id=43114>.

⁷⁵ «Homero no conoce el enterramiento, la inhumación, típica de la época micénica, sino la cremación», advierte también López Eire, *op. cit.*, p. 423, nota 506.

no añade veneración a un estatuto normativo, sino a dioses; no castiga, sino que vivifica acontecimientos épicos; no apoya la eternidad de las leyes sino de los dioses y hombres heroicos. No obstante, faltaba poco para que Hesíodo (700 años a. C., casi contemporáneo con Homero) y Esquilo (526-525 a. C. a 456-455 a. C.) y luego Platón, perfilaran la gesta audaz de Prometeo, de dar poder a los hombres sobre el fuego, con enorme costo para este, encadenado por órdenes de Zeus, y para la humanidad damnificada por las plagas salidas de la caja de Pandora. La entrega del fuego a los mortales representa el fin de la armonía homérica entre hombres y dioses,⁷⁶ y da inicio a un período del mundo en que algunos individuos comienzan a imaginarse responsables de su destino. Da comienzo, en fin, a la tragedia griega, género teatral que pondría en dramático conflicto a las leyes humanas con los mitos de la tradición «embalsamada» por Homero.

¿Culpables los hombres, culpables los dioses?

El concepto de autonomía personal ha hecho carrera desde la antigüedad, que pintó algunos de sus primeros trazos. Pero la Edad Moderna lo recogió, lo elevó a su máxima potencia y diríamos que también lo acaparó para significar bajo su paraguas la conciencia de valores y acciones propias que un individuo acoge o realiza con independencia de presiones de grupo, autoridades religiosas o... de la voluntad de un dios.⁷⁷

Esa independencia resulta inconcebible en *Odisea*. Todo asunto de importancia sobrevenía en cumplimiento de pronósticos irremediables, como en el caso de Mentos, por cuyas predicciones se anuncia que el héroe «no estará largo tiempo

⁷⁶ *"In tutto lo sviluppo letterario del mito appare evidente la tendenza ad arricchirlo di motivi filosofici, facendo di Prometeo l'incarnazione dello spirito d'iniziativa dell'uomo e della sua tendenza a sfidare le forze divine."* Cfr.: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/prometeo>>.

⁷⁷ *"Autonomy, in Western ethics and political philosophy, the state or condition of self-governance, or leading one's life according to reasons, values, or desires that are authentically one's own. Although autonomy is an ancient notion (the term is derived from the ancient Greek words autos, meaning "self," and nomos, meaning "rule"), the most-influential conceptions of autonomy are modern, having arisen in the 18th and 19th centuries in the philosophies of, respectively, Immanuel Kant and John Stuart Mill".* Cfr.: <<https://www.britannica.com/topic/autonomy>>.

fuera de su patria, aunque lo sujeten férreos vínculos» (1.179); o en el caso de Télemo Eurímida, adivino *excelente y grande*, que había profetizado muy antiguamente que el cíclope sería privado de la vista por mano de Odiseo (9.507). No resulta extraño, entonces, que quienes se dedicaban a las artes de interpretar presagios y sueños (adivinatoria) y a la visión profética del futuro (profecías) constituyeran una casta de gente de influencia en aquel mundo, dueña del extraordinario poder de dar oráculo a los mortales.

Los dioses, además, tenían la capacidad de gobernar las mentes de los hombres homéricos (16.288) lo que advierte la dificultad de conceder que alguna vez aquellos héroes albergaron deseos e inclinaciones propias, o que alguna vez llevaron a cabo alguna aventura exentos de influencias externas. ¿Quién tuvo la culpa del suicidio de Ayante por cuenta de la adjudicación de las armas de Aquileo? Odiseo no duda en explicárselo en su paseo por el Hades: «Mas nadie tuvo la culpa sino Zeus, que, tocado del odio contra los belicosos dánaos, te impuso semejante destino.» (11.553).

Esta concepción del mundo tendría un impacto definitivo en el modelo normativo de la sociedad homérica a la hora de definir responsabilidades, pues sin capacidad de autogobierno individual, ¿quién era entonces responsable en cada asunto, si cada quien cumplía deseos ajenos? ¿Los hombres, los dioses? (1.346).

Las deidades decretaban la muerte (8.536) e inculcaban el deseo a los mortales de tomar venganza o la inclinación de tramar asesinatos, o bien ayudaban con maniobras, como es frecuente la ayuda de Atenea en auxilio de su mortal preferido: «Yo combatiría contra trescientos hombres —dice Odiseo a Atenea mientras deliberaban sobre el exterminio de sus enemigos—, pero con tu ayuda, veneranda diosa, siempre que benévola me socorrieres» (13.383 y 16.226). Y el mismo Odiseo, en un momento dramático, pide a Zeus un presagio para saber si podía castigar a los culpables pretendientes, a la vuelta de cuyo ruego, el dios «en el acto mandó un trueno desde el resplandeciente Olimpo» (20.98).

Y aquí podríamos encontrar otra explicación de porqué Homero no nos muestra un rey que detente la tarea misional de adjudicar justicia. No había posibilidad humana de juzgarse entre hombres, despojados de deseos propios, siendo así meros instrumentos de los dioses. ¿Por qué iba cualquiera a asumir las consecuencias de acciones que dependían o eran controladas por terceros? ¿Y qué juez podría juzgar una conducta de realización tan compleja, si los mortales, antes que ser un fin en sí mismo, serían fichas del orden sagrado?

La justicia del miedo y la tortura

Imperaba este sistema, bajo cuyo ámbito cualquier persona podía ser brazo y verdugo de los poderes divinos que, como se vio, monopolizaban la faena de la administración de justicia. Castigaba Zeus y castigaban todos los dioses en esa tarea compartida de naturaleza celestial (9.475). Los dioses tomaban en cuenta la *audacia* del agresor, el *descaro*, su *orgullo*, el *ultraje*, y escudriñaban con celo especial a aquellos que no mostraban «ni sombra de vergüenza» (20.168).

En dos oportunidades, solamente, Homero deja escapar ejemplos de humanos administrando justicia: *a)* El de la muy poderosa Arete, esposa de Alcínoo, quien «no carece de buen entendimiento y dirime los litigios de aquellos... ciudadanos que la contemplan como a una diosa y la saludan con cariñosas palabras cuando anda por la ciudad» (7.48); y, *b)* el de aquellos jueces «elegidos de entre los ciudadanos» que «cuidaban de todo lo relativo a los juegos» (8.256) que se celebraban cada cuatro años según la tradición.⁷⁸ Estos ejemplos, sin embargo, no tienen el alcance de probar que la justicia fuera una institución humana. En el contexto general de *Odisea*, se requería autorización previa de los dioses para decidir y castigar.

⁷⁸ Tan importantes fueron los juegos en aquel entonces, que los historiadores de la Antigüedad medían el tiempo usando como referencia el período de intervalo entre ellos, a lo que llamaban «una Olimpiada». Cfr: <<https://www.britannica.com/sports/Olympic-Games>>.

La brutalidad corporal y los escarmientos físicos severos constituían un recurso perfectamente rutinario en el propósito de defender el orden sagrado. En cierta ocasión, por ejemplo, Odiseo ordenó al porquerizo retorcer a Melantio:

[...] hacia atrás los pies y las manos, echadle en el aposento y, cerrando la puerta, atadle una soga bien torcida y levantadle a la parte superior de una columna, junto a las vigas, para que viva y padezca fuertes dolores por largo tiempo (22.170).

La aplicación de la tortura no implicaba un modo de obtener información o de extraer, en forma violenta, una confesión en el ambiente descrito por Homero; pero servía como un tipo de castigo que estaba a siglos de fijarse en la reforma o rehabilitación del transgresor.⁷⁹

Ampliamente extendida en la antigüedad, se nos recuerda con frecuencia que la tortura gozaría de la simpatía de Aristóteles (385-323 a. C.) en la Grecia clásica, y de Sir Francis Bacon (1561-1626) en los inicios de la Edad Moderna, y no sería combatida sino a partir de Beccaria (1738-1794) quien inspiraría el cuestionamiento de esta práctica a partir de su exposición del principio de proporcionalidad de las penas con respecto a las ofensas cometidas.⁸⁰

La tortura también iba a representar el castigo predilecto en el inframundo, donde el triunvirato de jueces de ultratumba a que ya nos hemos referido (Minos, Radamantis y Éaco) aguardaba a las almas para lo de su competencia, acompañados por ciertas otras deidades de apoyo que no pasan desapercibidas en los relatos de Homero,

⁷⁹ Una perspectiva contemporánea sobre la cuestión de la reforma o rehabilitación del delincuente, en: Bedau, Hugo Adam and Kelly, Erin, "Punishment", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponible en: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/punishment/>>.

⁸⁰ Una mirada panorámica al desarrollo histórico de la tortura, pasando por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como del debate exacerbado a este respecto por la respuesta a los ataques del 11 de septiembre contra los Estados Unidos en 2001, en: <<https://www.britannica.com/topic/torture>>.

Una mirada a los relatos filosóficos contemporáneos sobre la tortura en: Miller, Seumas, "Torture", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/torture/>>.

como las *odiosas* Furias o Erinis (2.129)⁸¹ y la *funesta* Parca de la *negra muerte* (15.222, 17.324). El Libro Tercero del invocado manual mitográfico de Conti, dibuja bien el ambiente burocrático de los abismos infernales:

Pero, puesto que la masa de ignorantes comprendía con dificultad que todos los rincones de nuestro espíritu y todos los pensamientos eran evidentes para Dios, por esta razón atribuían premios o castigos a cada uno según sus méritos, y por ello fue necesario persuadir a los hombres de algún modo de que esto se hacía con un razonamiento tosco y plebeyo. A causa de ello se colocaron en los infiernos jueces y torturadores de las almas después de la muerte, los cuales obligaban a que cada uno confesase sus crímenes, para que se destinaran después a cada uno premios o suplicios, según la opinión de los severos jueces.⁸²

Esto redondea nuestro comentario en este punto sobre el alcance de aquella existencia atemorizante.

Pena capital

La muerte de las esclavas infieles a manos de Telémaco ejemplifica la aplicación de una pena capital improvisada (22.462). Las condenas eran fortuitas: a veces un corte de orejas y narices (21.288), a veces la cabeza, a veces «te arrancará las vergüenzas para dárselas crudas a los perros» (18.79); a veces, se imponía el extrañamiento, que consistía en no poder regresar a la patria (12.403). No se sabía cuándo aplicaba una de ellas ni por qué, ni siquiera en la pena de muerte (19.90), razón por la cual se huía de la patria, como finge Odiseo que lo hizo «porque maté al hijo querido de Idomeneo» (13.256) y como aparece relatado en otros pasajes en que se alude a homicidas fugitivos (15.222). Y una especialmente lacerante para los antiguos: las expiaciones póstumas, como en el caso del cadáver de un culpable que podía ser «arrojado a la llanura, lejos de la ciudad, despedazado por los perros y las aves de rapiña, sin que le llorase ninguna de las aqueas, porque había

⁸¹ Que, en aclaración de López Eire, eran divinidades asociadas al castigo de crímenes cometidos contra la familia, y cuya morada estaba bajo tierra. Op Cit. Homero, *Odisea*, Austral, p. 75, nota 63.

⁸² Conti, *Op Cit.*, p. 178.

cometido una maldad muy grande» (3.254). Era creencia de entonces pensar que dejar un cuerpo sin llorarle ni enterrarle desafiaba la cólera de los dioses, tal como aparece retratada esta cuestión en *Antígona*, de Sófocles (496-406 a. C.) en la que se cuenta que Creonte prohibió dar sepultura a Polinices, hermano de aquella.

Tan agresiva llegaba a ser esta sanción postrera, que, en el Canto Duodécimo de *Odiseo*, se narra la osadía de bajar al Hades, donde tenía Circe, la hechicera, su morada, para recuperar el cadáver del difunto Elpénor a fin de regresarlo y darle correcta sepultura: «oh desdichados, que, viviendo aún, bajasteis a la morada de Hades, y habréis muerto dos veces cuando los demás hombres mueren una sola!» (12.21). Y son hartos conocidos ciertos castigos poéticos, como el que se aplicó a Tántalo, *sacrílego, impío*, que tenía sed y no conseguía tomar el agua y beber (11.582).

Como hemos dicho antes, no nos dejó Homero referencia a un libro sagrado,⁸³ a leyes o a códigos que contuvieran una lista organizada de las transgresiones, ni criterios en virtud de los cuales se enlazaban los castigos con los crímenes en las distintas situaciones. Más bien tenemos incontables evidencias de dioses que deciden por sí y ante sí acerca de cuál es el daño y cómo y a quién se castiga.

Un aspecto que llama la atención dentro de esas evidencias muestra que los griegos homéricos penalizaban a terceros que no tenían directa responsabilidad en un hecho. Néstor Névida, el *caballero gerenio*, recuerda las calamidades de sus compañeros aqueos a su regreso de Troya, y le cuenta a Telémaco cómo Zeus tramó en su mente que el regreso les fuera funesto, «pues no todos habían sido sensatos y justos» (3.103). Un pasaje de *Odisea* que López Eire explica del siguiente modo:

⁸³ Una narración de hechos conectados con la evolución de la ciudad griega, sus legisladores y leyes más visibles de la Grecia posthomérica en: Ruiz Sola, Aurelia. (1987). *Las constituciones griegas. La Constitución de Atenas, La república de los atenienses. La república de los lacedemonios*. Aristóteles - Pseudo Jenofonte - Jenofonte. Madrid: Ediciones Akal.

Atenea se encolerizó contra los aqueos a causa de Ajax Oileo, que intentó violar a Casandra cuando se encontraba dentro del templo de Atenea, refugiada en él como suplicante de la propia diosa. Dado que los argivos no castigaron tan gran sacrilegio, la diosa no sólo castigó al culpable [...] por mediación de Posidón, sino a toda la escuadra naval griega.⁸⁴

Otro aspecto llamativo de aquellas evidencias lo encontramos en referencia a Posidón, quien aborrecía a Odiseo por el asunto del Cíclope, su hijo; y, si bien no intenta matarle por temor a Zeus, que le protege, se asegura que vaya errante lejos de su patria Ítaca (1.64), marrulla de la que el prepotente dios es perfectamente consciente, y que tolera en una especie de concurrencia de dos dioses desiguales en la aplicación del castigo.

Un mundo de predestinaciones

A lo largo de los cantos homéricos existe una particularidad que no deja de sorprender, y es el ambiente continuo de amenazas, castigos y promesas de padecimientos disuasivos o de restauración y recompensa en favor de los dioses, si se hacía esto, como si se hacía aquello: «Si les causares daño [a las vacas y ovejas que el Sol Hiperión conservaba en la isla de Trinacia]... desde ahora te anuncio la perdición de la nave y la de tus amigos» (12.127), le fue advertido a Odiseo en una de sus tantas aventuras desgraciadas, y que tuvo como resultado, efectivamente, la pérdida de sus compañeros.

Las fatalidades y hechos desgraciados se explicaban muchas veces en la lógica de una predestinación: «[...] ya en su casa, padecerá lo que el hado y las graves Hilanderas dispusieron al hilar el hilo cuando su madre lo dio a luz» (7.186), arengó Alcínoo a cierto auditorio, refiriéndose al posible destino de Odiseo a su regreso a Ítaca, y al anticipar las futuras desgracias que en su deseo esperaban a la víctima, Odiseo en este caso, y que serían la consecuencia de causas desconocidas por el héroe.

⁸⁴ Homero. *Op. cit.*, p. 89, nota 80.

La desventura resultaba explicada en la lógica de aquel mundo, pues, como la ejecución de un castigo merecido ante el incumplimiento de un deber, del cual podía o no ser consciente el transgresor, lo que ayuda a entender el arraigo profundo de los sacrificios, *hecatombes* y expiaciones en un permanente balance con los dioses. Se castigaban las acciones y las omisiones, en especial cuando hablamos de libaciones y sacrificios. Había que sacrificar «hecatombes perfectas» (4.351) a divinidades que esperaban siempre adoración, pero también desagravios y consideración con ellos cuando se les desobedecía (12.340).

La idea de lo justo

Lo más justo en Homero es lo mejor (7.309) y lo mejor está ligado a la conducta hospitalaria, al temor a los dioses (14.80), al repudio de la infamia, a la defensa de la equidad, a la capacidad de avergonzarse (2.40), de sentir indignación, y al ejercicio de la *prudencia* (3.240). La idea de lo justo repele en el héroe los impulsos de perversidad o insensatez pues «los bienaventurados númenes no se agradan de las obras perversas, sino que honran la justicia y las acciones sensatas de los hombres» (14.80).

Los homéricos, finalmente, se desmarcaban de otras sociedades si las consideraban ignorantes «de la justicia y de las leyes» (9.193) o si parecían integradas por hombres injustos, violentos y salvajes (6.119, repetido en 9.172 y en 13.200). Cometer maldades aprovechándose de la fuerza, del poder o de la protección de la familia se consideraba algo injusto: se recibe el castigo de la «temeraria insolencia» (24.31) en tales casos, pues está ordenado que «nadie sea injusto en cosa alguna» (18.125).

LIBERTADES

Si un griego de Ítaca, o un troyano, hubiese tenido la inaudita oportunidad de leer a García Márquez, mal habría hecho en pensar que *Cien Años de Soledad*, que

Macondo y sus eternos retornos, representan solo mitos y elementos fantásticos; mal habría hecho en concluir que la obra literaria del Nobel de 1982 d. C. no informa nada acerca de la identidad cultural caribeña y latinoamericana, o de nuestras fiebres o de nuestra violencia.

En sentido similar, a un hombre moderno le cabe la esperanza de conseguir que *Odisea* le descubra, a través de las aventuras del héroe, detalles sobre la identidad de los hombres de aquella geografía y aquel tiempo y sobre sus valores. Cabría esperar que el poema contuviera datos sobre las restricciones a que parecían sujetos los hombres de la Grecia oscura (*Early Iron Age*), los privilegios de que gozaban según las castas admitidas y las oportunidades que cabía esperar según el género u ocupación que le tocara en suerte. Hagamos el intento de extraer esos datos, comenzando por la esclavitud.

Esclavitud

Esta condición solo es posible en organizaciones sociales muy estratificadas, y las sociedades homéricas lo eran. Esa estratificación debió estar soportada en un sistema normativo, lo suficientemente férreo como para asegurar su eficacia. Varias civilizaciones indoeuropeas del entorno dejaron constancia en sus códigos y leyes de sistemas normativos destinados a tal propósito. Las compilaciones legales hititas, cuyos primeras disposiciones parecen datar de 1650 a. C., casi un milenio antes que Homero, contienen normas referidas a hombres libres, esclavos y siervos, así como a la venta de hombres y mujeres, y aseguran técnicas de degradación de castas por mezclas no autorizadas.⁸⁵ El Código de Hammurabi, del 1753 a. C, todavía más remoto, regula ampliamente la compraventa de esclavos, su liberación, el caso de los fugitivos, sus distintas clases oficiales y particulares, el modo de

⁸⁵ Cfr. Bernabé, Alberto y Álvarez, Juan Antonio. (2000). *Historia y leyes de los hititas*. Textos del Imperio Antiguo. El Código. Madrid: Ediciones Akal. Las compilaciones traducidas del hitita al castellano aparecen a partir de la p. 180 y ss.

tratarlos y su precio, así como refleja una sociedad tremendamente clasista y una organización política sumamente centralizada.⁸⁶

El universo de Homero no nos legó una regulación de esas características, pero el relato de *Odisea* lo esconde en una estructura también clasista, que diferenciaba a los esclavos de los siervos (9.193), de los dioses, de los guerreros y de los adivinos.

Analizando la casta de los esclavos podemos lograr una pintura básica de esa estructura social. Veamos algunos pasajes del relato homérico:

- Las esclavas molían, hacían de comer, tejían (7.78), lavaban, encendían y mantenían en el hogar el fuego *infatigable* (18.302, 20.122), ungían en aceite (4.37), atendían las visitas (10.348, 13.63) y mantenían el palacio diligentemente (20.149). Era un tipo de esclavitud doméstica y patriarcal antes que uno de carácter productivo en el que las esclavas vivían en la misma casa (11.180, 20.292) y acompañaban permanentemente a sus señoras (16.409, 17.45).
- Las esclavas gestaban hijos para sus dueños, como Megapentes «que ya en edad madura había procreado en una esclava» (4.1), lo que indica que no estaban exentos de fusiones con las familias a las que pertenecían, quizá en la forma de concubinas que daban a luz... ¿herederos? Otros pasajes de *Odisea* demuestran que a algunos esclavos homéricos no se les negaban sus líneas de ascendencia (1.420).
- Una esclava bien pagada, como en el caso de Euríclea, la nodriza de Odiseo, podía significar un precio de veinte bueyes (1.420),⁸⁷ en mercados muy activos

⁸⁶ «La esclavitud podía sobrevenir por ser prisionero de guerra, por disposición legal a causa de un delito cometido o débitos no pagados, o bien por ser hijo de padres esclavos»: *Código de Hammurabi*. Estudio preliminar, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado. Madrid: Editorial Tecnos. Cuarta edición. En esta edición se pueden leer los 282 artículos de ese cuerpo legal, entre ellos la compraventa de esclavos. p. 46.

⁸⁷ Un precio bastante elevado, observa López Eire, si se tiene en cuenta que en *Iliada* existen varias referencias de esclavas pagadas a cuatro bueyes. *Op. cit.*, p. 70, nota 48.

de tráfico humano, en cuya geografía, Sicilia tenía una notable reputación (20.376).

- Eran más objeto que sujeto en ese ambiente normativo. Se les incluía dentro de las posesiones y bienes muebles de su respectivo palacio (19.509), y debían honrar y temer a sus amos (16.266); les cabían exigencias de responsabilidad por sus actos sopena de pagar con su cabeza por, por ejemplo, un mal gesto de hospitalidad (19.91). En la pena capital podían recibir la doble sanción de tener una muerte a la vez deshonrosa, como le ocurrió a las esclavas aquellas que se acostaron con los pretendientes (22.462).
- No podían figurar como interlocutores a nivel social, eso es claro; pero tampoco se permitía maltratarles (18.414) y mucho menos forzarles a nada (22.35) sin autorización de su dueño. Excepcionalmente, los hombres esclavos podían usar armaduras (22.108) pero no se ve que en pasaje alguno se les asigne un rol en el combate, que más bien era tarea de hombres libres, como confirmaron los posteriores sistemas esclavistas de las civilizaciones griega y romana.⁸⁸ El rango de esclavo, en fin, estaba asociado a pérdida de virtud (17.311).
- Tener innúmeros esclavos (17.415) daba fama y opulencia. Odiseo, a propósito, tenía cincuenta (22.419), lo que de paso informa bastante acerca del tamaño relativo de aquellas monarquías. Podían tener bienes y también casarse, si bien por una generosidad del patriarca. Eventualmente, podían ser equiparados a hijos, como en el caso del porquerizo Eumeo, cuya fidelidad Odiseo promete premiar considerándolo *hermano* de Telémaco, hijo suyo (21.207).

La esclavitud, a diferencia de *Leyes de Manu*, no se adquiría como forma de castigo. No tenemos constancia tampoco de criterios de manumisión de esclavos. Se

⁸⁸ La institución de la esclavitud, en actualizada panorámica sociológica, se puede consultar en el ensayo del profesor de la Universidad de Chicago, Richard Hellie, en: <<https://www.britannica.com/topic/slavery-sociology>>.

amparaba en capturas de batallas y en contratos de compraventa, y habrá que añadir una hipótesis adicional: cuenta Aristóteles en *La Constitución de Atenas* que entre las leyes más democráticas de Solón (640-560 a. C.) estaba una que prohibía «hacer préstamos dejando el cuerpo en prenda»,⁸⁹ lo que permite inferir que tal posibilidad existió en tiempos de Homero.

Nada poseían, pues, los esclavos homéricos, que no fuera el resultado de la prodigalidad y el desprendimiento en la relación de dominación y poder con su amo.

Autonomía de la voluntad y fatalismo

Homero nos trae a cuento diversos acontecimientos que estaban llamados a suceder inevitablemente, producto de una creencia en predestinaciones reflejadas en el episodio del *hado y las graves Hilanderas* (7.186).

A pesar de ese ambiente, Homero parecía presentir la llegada de tiempos venideros en los que van a enfrentarse los asuntos decretados por el destino y por los dioses, con las decisiones de hombres, que pronto reclamarán el derecho a diseñar su propia agenda y que, incluso, van a desafiar la autoridad celestial.⁹⁰ En algún momento, en efecto, un destello de autogobierno de los hombres se le escapa a Zeus omnipotente en *Odisea*: «¡Oh dioses! ¡De qué modo culpan los mortales a los númenes! Dicen que las cosas malas les vienen de nosotros, y son ellos quienes se atraen con sus locuras infortunios no decretados por el destino» (1.33).⁹¹ Pero esta concesión de Zeus nos parece excepcional en el relato.

⁸⁹ Cfr.: Ruiz Sola. *Op. cit.*, pp. 22, 25, 26, 30.

⁹⁰ Cuando la *polis* comienza a tomar forma en el siglo VI a. C. empieza en simultánea a delinear sus instituciones legales. A partir de allí surgirán contradicciones dramáticas que la llamada *tragedia griega* reflejará bajo la forma de enfrentamientos entre el mito homérico en buena medida, con las nuevas categorías de pensamiento ciudadano: «Pero los griegos de ese entonces no tienen la idea de un derecho absoluto, fundado sobre principios, organizado en un todo coherente. Para ellos hay una especie de grados y superposiciones algunos de los cuales se recortan entre sí o se encabalgan. Por un lado, el derecho consagra la autoridad de hecho y se apoya en la coacción de la que, en cierto sentido, no es más que la prolongación. Por otro, afecta lo religioso: cuestiona los poderes sagrados, el orden del mundo, la justicia de Zeus.». Cfr.: Jean-Pierre Vernant y Pierre Vidal-Naquet. (2002). *Mito y Tragedia en La Grecia Antigua I*. Traducción del francés a cargo de Mauro Armiño. Barcelona: Paidós. p 34.

⁹¹ «Se sabe que en Homero la acción de los héroes de la epopeya parece a veces proceder de un doble nivel de explicación: su conducta puede interpretarse tanto como el efecto de una inspiración, de un impulso divino, como de un móvil, propiamente humano, encontrándose casi siempre los dos planos demasiado estrechamente imbricados uno en otro como para que sea

La línea de interpretación acertada es que reinaban los dioses en un ambiente de fatalismo. Lo que sucedía, ocurría necesariamente, sin que nadie pudiera hacer algo que permitiera desviar el curso de acciones predeterminadas, ni dar la vuelta a tantos augurios y vaticinios sobre el ineluctable éxito y fracaso de las acciones humanas (2.130). Esa amenaza fatalista desplazaba en el mundo homérico cualquier posibilidad de libre albedrío e impulsaba en los hombres el deseo constante de hacer sacrificios para contemporizar con los dioses y obtener eventualmente su favor ante un destino decretado.

Y en esa línea, resulta inútil pensar que los hombres podían representarse como entes autónomos que pudieran decidir aceptar o rechazar nada por su propia cuenta en un ambiente en que la autoridad y los mandatos de los dioses, incluso la propia muerte, se aceptaban con plena convicción.

No solo eso: «todos los hombres están necesitados de los dioses» (3.43), quienes tenían el poder de sembrar el sueño, los deseos o la voluntad en el corazón de sus protegidos (7.241, 18.158) con solo mover la varita mágica (16.452). Cada triunfo se alcanzaba por el favor de una deidad, como le ocurre convenientemente a Odiseo con Atenea (8.499). De ahí, que el talento de los hombres de aquel tiempo radica en saber esperar o saber identificar las señales de una divinidad (3.103) que los hombres pueden ver solo cuando, y en la forma en que, a los dioses, fuerzas externas manipuladoras, les place (10.569).

Igual que todos los hombres de su tiempo, la autonomía personal de Odiseo está perfectamente condicionada por el maternalismo de Atenea, de Circe y de Calipso, y el paternalismo de Zeus. Calipso, por ejemplo, le retiene contra su voluntad nada menos que siete años, y le ofrece la inmortalidad, que considera mejor para la perspectiva del héroe mortal (23.310).

posible disociarlos», dicen Jean-Pierre Vernant y Pierre Vidal-Naquet rastreando los «esbozos de voluntad en la tragedia griega»: Jean-Pierre Vernant y Pierre Vidal-Naquet, *Op. cit.* pp. 48-49.

El concepto de individuo no existe, y tampoco hay nadie a quien pueda interesar. Para los modernos la autonomía va a significar la capacidad de vivir la vida de acuerdo con razones y motivos propios y no como producto de factores externos manipuladores o distorsionadores.⁹² Esa capacidad es la que permite parir la idea de voluntad propia, de persona que no se pierde o asimila completamente en la colectividad,⁹³ de individuo consciente de que es un fin en sí mismo y que, por consiguiente, es sujeto de derechos contra una colectividad paternalista. La autodeterminación no existe en Homero y no pueden existir, por tanto, tampoco las libertades que esa palabra implica.

La propiedad depende la fuerza

El sistema de reglas sociales de *Odisea* admitía la existencia de *bienes, posesiones, haciendas, riquezas, patrimonio y heredades*, pero no conocían la *propiedad*. Hacían entre ellos, ciertamente, la diferencia entre bienes propios (14.446) y ajenos (1.368, 18.259), pero su dominio dependía absolutamente de la fuerza de cada quien: «¡Telémaco! No es bueno que demores fuera de tu casa, habiendo dejado en ella riquezas y hombres tan soberbios», advertían los dioses al hijo de Odiseo (15.10).

Y así como se perdían por la fuerza, los bienes se obtenían también por la fuerza, apoderándose de ellos (16.364, 17.77), tal cual planea el héroe homérico reponer efectivamente los bienes que le fueron devorados por los pretendientes en su ausencia (23.350). Los bienes no se *tienen*, se *poseen* mientras uno aguante el embate de los demás (18.123).

⁹² Cfr: Christman, John, "Autonomy in Moral and Political Philosophy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/autonomy-moral/>>.

⁹³ "*The person can never be lost or assimilated fully into the collectivity, because his interrelatedness with other persons is defined by his possession of a unique, irreplaceable value*": Cfr.: Williams, Thomas D. and Bengtsson, Jan Olof, "Personalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/personalism/>>.

Las posesiones están ligadas a la casa, al hogar, al palacio real (14.249, 17.528, 18.261), al entorno inmediato, sin registro de títulos, sin reglas hereditarias, sin restricciones de uso común y sin instituciones que ofrezcan protección para mantenerla, como no fuera el cuidado personal y la espada (2.363). Era, en la sociedad homérica, el mero control individual sobre los recursos materiales, para lo cual se destinaban custodios que ayudaran a escudarlos permanentemente, como Eumeo, que cuidaba los bienes de Odiseo (14.1, 14.523, 15.86, 17.593), claro está, siempre de por medio la bendición de los dioses (8.321, 8.335, 13.38) o su maldición y castigo para aquellos que los tomaban sin su permiso (13.392).

Como la hacienda daba opulencia y poder, y las humanas debilidades se reflejaban en aquel entonces tanto como hoy, no resulta extraño que la riqueza se usara en aquel entonces para «comprar» las conciencias de la gente, en lo que Homero parece también darle primeras luces a Occidente (14.115, 15.454). Se ve también con toda claridad que los bienes no servían siempre para reparar cuando estaban de por medio la honra y los ultrajes, como quisieron los pretendientes en la víspera de su ejecución, ofreciendo excesos patrimoniales para resarcir sus *demasías* (22.60).

La posesión de las cosas, tanto como el privilegio de su uso y el poder de transmitir las a la posteridad, estaba basada también en la fuerza, y no podía ser de otro modo todavía. Para los modernos «todo poder que no se basa más que en la fuerza es destruido por la fuerza. En los Estados donde se aplican las reglas de la razón, las propiedades de los particulares están protegidas por las leyes».⁹⁴ Las reglas sobre las relaciones de las personas con las cosas y sobre el uso y transferencia de esas cosas solo van a existir en la medida en que la humanidad va a imbuirse en las ideas de libertad personal, para cuya realización resultará necesario viabilizar un dominio exclusivo de personas sobre las cosas, pero con independencia de la fuerza, con exclusión de terceros en las posibilidades de su aprovechamiento, y con presencia de leyes y de autoridades que la protejan y la hagan estable.

⁹⁴ Voz *Propiedad* en: Diderot-D'Alambert. (1994). Artículos políticos de la Enciclopedia. Traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, Barcelona: Ediciones Altaya. pp. 166-167.

Esto no existía entre los antiguos en la sociedad homérica y apenas iba a ser objeto de reflexión cuatro siglos después de *Odisea* en el pensamiento aristotélico,⁹⁵ y objeto de la sofisticación regulatoria romana que distinguiría las formas de adquisición de la propiedad, las cosas corporales de las incorporales, y que sentaría las bases de los conceptos de servidumbre, usufructo, uso y habitación, usucapiones y testamentos, etc., tal como nos fueron legadas estas cuestiones por Justiniano.

Estratificación y rol social de la mujer

El pugilato, la lucha, el salto, la carrera, el disco, el arco eran reserva del género masculino: «No hay gloria más ilustre para el varón en esta vida, que la de campear por las obras de sus pies o de sus manos» (8.97, 8.145, 8.202). A juzgar por Jenofonte, esta situación habría cambiado bien pronto con las Leyes de Licurgo (siglo VII a. C.).⁹⁶ Pero en Homero la mujer no solo estaba excluida del juego, sino que formaba parte de una estratificación en la que su oficio natural estaba referido a lienzos y túnicas, al telar y la rueca, a cardar e hilar la lana, a dar vuelta a los husos (1.346, 7.78). La mujer mortal aparece siempre tejiendo en la poesía de Homero, como Penélope, que de día labraba una gran tela y de noche deshacía lo tejido (2.85). Esta lectura, sin embargo, podría ser discutible si se interpreta de un modo en que se ponga a la mujer en una relación de mero acatamiento y resignación. Alguien más atento que nosotros podría llamar la atención sobre el hecho de que tanto Odiseo como Zeus aparecen muy frecuentemente cumpliendo los deseos de Palas Atenea, como si ambos fueran instrumentales a la diosa; y sobre el hecho de que Penélope lleva gobernando a Ítaca veinte años, durante la ausencia del héroe, lo que es un tiempo muy representativo para cualquier monarquía.

⁹⁵ "Aristotle also reflected on the relation between property and freedom, and the contribution that ownership makes to a person's being a free man and thus suitable for citizenship". Cfr.: Waldron, Jeremy, "Property and Ownership", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/property/>>.

⁹⁶ «Licurgo, sin embargo, pensó que para producir vestidos eran suficientes las esclavas y, considerando que, para las libres, lo más importante era la procreación, dispuso, en primer lugar, que el sexo femenino entrenase su cuerpo no menos que el masculino; luego, estableció para las mujeres competiciones entre ellas de velocidad y fuerza, igual que para los hombres, convencido que de parejas fuertes nacen también hijos más vigorosos». Cfr.: *Las constituciones griegas: Op. cit.*, p. 130.

Un buen regalo distintivo podía ser una linda mujer, como ocurrió con Euríamedusa de Apira, que en algún momento le fue ofrecida a Alcínoo en un gesto de hospitalidad (7.1). Y en medio de frecuentes batallas, solían ser tomadas como parte del botín de guerra (9.39), en especial, si guardaban cierta línea de aspecto físico: «al descubrirse la aurora, echamos las naves al mar divino y embarcamos nuestros bienes y las mujeres de estrecha cintura» (3.103).

Podían también ser vendidas o compradas (15.425, 14.199) y se les consideraba inherentemente *pérfidas* (11.405, 11.436): Odiseo trata a Melanto de *perra* (18.338), en un ambiente de estereotipos generalizados en el que las mujeres no eran consideradas de fiar y cuya lealtad es necesario poner a prueba permanentemente.

A las diosas, algo más protagonistas que las mujeres mortales, y más liberadas para compartir su lecho, se les muestra también destinadas a tejer y a acometer tareas instrumentales en las aventuras del héroe: le instruyen, le advierten, le ayudan, le favorecen (20.44). También en este punto podemos sospechar de esquemas matriarcales subyacentes en *Odisea*, aunque en una perspectiva más visible ubica a la mujer en ambientes domésticos y roles sociales preasignados en los que la vida pública, la batalla, el deporte y el liderazgo están reservados a los hombres. No hay necesidad de decir lo anterior a modo de queja, pues la mujer homérica no atendía a cuestiones de género, ni tenía conciencia de arreglos sociales desventajosos para ella, ni albergaban propósitos de emancipación, de lo que apenas vendremos a tener noticias tímidas en la Grecia de Solón (630 a. C.-560 a. C.)⁹⁷ y en tiempos de Roma, cinco siglos después.⁹⁸

⁹⁷ «La visión plutarquea de la legislación de Solón trae a nuestros ojos una ley que resulta necesaria para la sociedad de época clásica, dada la falta de reconocimiento social y jurídico de la mujer. Su situación marginal la obligaba a reivindicar la maternidad para obtener reconocimiento social, pues se asociaba la imagen de prudencia y decencia femeninas con el nacimiento de los hijos. En opinión de Plutarco, la ley de Solón concedía a la mujer una importancia jurídica que en época anterior no había sido suficientemente reconocida». Cfr.: Guillermina González Almenara. «Legislación coercitiva o liberadora para la mujer. Una visión plutarquea de la legislación de Solón». En *Fortunatae: Revista canaria de Filología, Cultura y Humanidades Clásicas*, No. 17, 2006, pp. 41-46. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2527599>>.

⁹⁸ “*There is scant evidence of early organized protest against such circumscribed status. In the 3rd century BCE, Roman women filled the Capitoline Hill and blocked every entrance to the Forum when consul Marcus Porcius Cato resisted attempts to repeal laws limiting women’s use of expensive goods. “If they are victorious now, what will they not attempt?” Cato cried. “As soon as they begin to be your equals, they will have become your superiors.”* Cfr. <<https://www.britannica.com/topic/feminism>>.

Creencias religiosas foráneas

Homero menciona figuras extranjeras, países y tierras extrañas, así como *gente de extraño lenguaje* (14.37), pero no menciona creencias religiosas ajenas a la suya, ni para refutarlas ni para mostrar la superioridad de su propio panteón de dioses, residentes eternos del Olimpo (14.390, 18.177). En su burbuja de dioses bienaventurados y soberanos, el politeísmo se inserta en el lugar del pluralismo religioso, idea de la modernidad que carece de todo sentido en el sistema celestial de *Odisea*. A diferencia de lo que sucede en *Leyes de Manu*, cuya cosmogonía resta valor a las deidades frente a la relevancia de mecanismos cósmicos como la ley del karma, en la atmósfera de la Grecia arcaica, sus dioses antropomórficos tendrán una relevancia fundamental en la explicación del mundo, alrededor de un foco dominante, el sempiterno Zeus, que da unidad a todo desde el *anchuroso cielo*.

Desigualdad natural

Sin autonomía de la voluntad, imbuidos todos en la idea de desigualdad natural de los hombres, encadenada la población homérica a un sistema social completamente estratificado, comprenderá el lector que carece de sentido preguntarse si el trabajo y los oficios podían ser libremente escogidos: esclavos, guerreros, adivinos, médicos, carpinteros y aedos (17.381) ocupaban, cada uno, el nido al que estaba destinado. En la imposibilidad de escapar de la «funesta aterradora muerte» radicaba tal vez la única cosa en la que parecían iguales los hombres de la antigüedad: «ni aun los dioses pueden librar de la muerte, igual para todos, a un hombre que les sea caro, después que se apoderó de él la parca» (3.230). La desigualdad natural era su ideología más profunda.

DISTINCIÓN DE PODERES

Ordenación política de los gobiernos homéricos

Alcínoo nos transmitió una descripción de la estructura del mundo feacio, aquel pueblo mítico que acogió a Odiseo antes de su regreso a Ítaca, y que estaba constituido, según su informe, por «Doce preclaros reyes [que] gobernáis como príncipes la población y yo soy el treceno» (8.387), de lo que podemos inferir válidamente que existían sistemas de dominación⁹⁹ que articulaban poderes sociales que daban a unos, capacidad de mando sobre otros, derivados de la estructura social propia de cada población. Y si bien no aparecen claras unas restricciones específicas en la utilización del poder de parte de quienes ostentaban el mando, tampoco sería apropiado afirmar que aquellos reyes lo ejercían en ausencia de límites. Los monarcas homéricos, por ejemplo, no tenían, en absoluto, el monopolio de la coerción, y gobernaban en un ambiente en el que la violencia, la compulsión, la fuerza y el castigo estaban todavía retenidos por cada uno de los hombres gobernados, y se puede admitir que tal ambiente suponía frenos al poder de los monarcas, aunque no sea esta la única característica de aquel mundo que nos permita afirmar que aquellos poderes dominantes estaban limitados. Veamos:

Conocían la rueda y los carros tirados por caballos, que formaban parte ya del inventario de transporte civil y equipamiento militar de civilizaciones muy anteriores a Homero; plantaban árboles y labraban el campo (9.105 y 9.231); apreciaban la música de cítaras y flautas y disfrutaban de bailes y convites en banquetes de «áureas copas» que llenaban de vino conservado en ánforas convenientemente (4.15, 4.37). Vivían del trigo, la cebada y los aceites; apreciaban el oro, el hierro, la plata, el bronce, el lapislázuli, el marfil (2.349, 4.71, 8.401, 7.78); pero en ese entorno de olas y costas áridas, rocas y ovejas, puercos y bueyes, no tenían los hombres homéricos aún la

⁹⁹ "Domination is a kind of power, and usually social power that is, power over other people. Domination involves imbalances or asymmetries in power". Cfr: McCammon, Christopher, "Domination", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/domination/>>.

predisposición que sí tendría la Grecia de Dracón, Licurgo, Solón y demás legisladores hasta Aristóteles, para tener reglas estables de gobierno y de sucesión al trono; no era todavía el tiempo de asignar sentido institucional al grupo de los ancianos venerables, semilla de la futura institución senatorial (2.1, 2.15).

No obstante, tenían reglas, sin duda, inestables y extrañas para nosotros con la distancia de los siglos, pero había incipiente solidez, por ejemplo, en la agenda de sucesión del trono. No era barbarie en todo caso, pues se exigía alcurnia familiar, lealtad y fuerza física. Toda pretensión de gobierno se apuntalaba en sangre, linaje y parentesco cercano, incluyendo yernos y suegros (8.536), a veces con apoyo en pronósticos divinos y supersticiones, pero estos rasgos de aquella sociedad aristocrática no eran característicos de grupos en que imperaba la mera ferocidad.

Recordemos que Laertes, padre de Odiseo, había cedido su lugar al héroe en Ítaca, patria que a su vez Telémaco estaba llamado a gobernar. Interrogando a Nestor Néelida, de quien «dicen que ha reinado durante tres generaciones de hombres, de suerte que, al contemplarlo, me parece un inmortal» (3.240), Telémaco nos indica claramente que la monarquía no ofrecía rasgos hereditarios, aunque iba camino de serlo. Un pasaje adicional de la telemaquia deja entender mejor la cuestión:

Pero muchos príncipes aqueos, entre jóvenes y ancianos, viven en Ítaca, rodeada por el mar: reine cualquiera de ellos, ya que murió el divinal Odiseo, y yo seré el señor de mi casa y de los esclavos que éste adquirió para mí como botín de guerra (1.389).

Dicho por Telémaco de dientes para afuera, en un momento revelador con el cual López Eire, en sus sagaces deducciones, apoya la conclusión de que la realeza no era hereditaria en Ítaca.¹⁰⁰

¹⁰⁰ «Desaparecido Odiseo, uno de los reyes trata de imponerse casándose con Penélope o, sencillamente, por la fuerza. En el canto inmediato [...] Leócrita dice que aun si volviese Odiseo, tendría que habérselas con los pretendientes para ocupar el trono. Y de hecho, al final de la *Odisea*, nuestro héroe tiene que combatir con los parientes de los pretendientes que acaba de matar». Cfr.: López Eire. *Op. cit.*, p. 68, nota 45.

Podemos intentar una individualización más precisa de las reglas sociales de gobierno y sucesión del trono en aquellos tiempos con las pistas que deja caer Homero: reinar era una oportunidad de acrecentar las riquezas de una familia líder, pero también de enaltecer la honra personal (1.389); se podía gobernar siendo joven o viejo y se podía envejecer siendo monarca; se conservaban los reinados solo «si a su alrededor los ciudadanos son dichosos» (11.100); reinar no tenía que ser una responsabilidad vitalicia (como demuestra Laertes, retirado en favor de su hijo); exigía siempre linaje, si bien había que considerar que «contados son los hijos que se asemejan a sus padres, los más salen peores, y tan solamente algunos los aventajan» (2.270, 1.384);¹⁰¹ y requería, no podía ser de otro modo, de la bendición de los dioses celestiales, criterio este último que se confirma en la advertencia de Eurímaco, uno de los pretendientes: «Está puesto en mano de los dioses cuál de los aqueos ha de ser el rey de Ítaca» (1.400).

Territorios sin fronteras

Eran reyes de territorios sin fronteras definidas, poblados por hombres sin señas de individualización distintas a su parecido a un dios, a su excelencia en cuerpo y hermosura, a su carácter y rasgos personales, *a las dotes de persuasión de su linaje*, al abolengo ilustre de padres, abuelos y antepasados, y cuya destreza más aconsejable consistía en el manejo de la lanza y los corceles (8.104).¹⁰² Pero eran reyes amigos entre sí y al mismo tiempo, aliados de cara a la amenaza de poderes externos, lo que naturalmente representaría restricciones de comportamiento de cada uno en el delicado equilibrio de ciudades que se atacan permanentemente.

Los reyes coexistían bajo el paraguas de dioses y númenes vanidosos (11.298), cada uno de ellos esperando de sus gobernantes protegidos toda clase libaciones,

¹⁰¹ «He aquí la aristocrática idea de la degeneración progresiva que domina la sucesión de las estirpes, razas, castas y linajes. Cualquier tiempo pasado fue mejor. Cada generación es inferior a la que la ha precedido.». *Ibid.* p. 80, nota 69.

¹⁰² Aludimos a un aspecto típico de la mitología homérica: el aspecto antropomórfico de los dioses, que en el juego de transfiguraciones terminan por engañarse y confundirse entre dioses y hombres con suma facilidad, como en aquel episodio en que Palas Atenea y Odiseo reconocen que «ambos somos peritos en las astucias» (13.217 y ss., y 13.291).

inmolaciones y hecatombes a cambio de mantener la calma y buenas relaciones dentro del orden sagrado, que no conviene desafiar: «Escila no es mortal, sino una plaga imperecedera, grave, terrible, cruel e ineluctable. Contra ella no hay que defenderse; huir de su lado es lo mejor» (12.116). Los dioses, a su vez, viven sujetos al temor constante de sus superiores celestiales, lo que les obliga a fijarse en las consecuencias de sus acciones en el ejercicio de la coerción y el poder frente a los hombres, y a asumir sus responsabilidades.

La patria

Volver a la patria con las naves repletas y las manos llenas es el mayor anhelo de un guerrero homérico (11.354, 14.80); tener que huir, perder el camino para regresar a la patria tierra o verse lejos de ella por el castigo de un dios, es la peor tragedia (12.403):

Fuéronse pronto y juntáronse con los lotófagos, que no tramaron ciertamente la perdición de nuestros amigos, pero les dieron a comer loto, y cuantos probaban este fruto, dulce como la miel, ya no querían llevar noticias ni devolverse; antes deseaban permanecer con los lotófagos, comiendo loto, sin acordarse de volver a la patria (9.82).

Y Posidón, quien tenía prohibido matar a Odiseo, pudo al menos castigarlo causando que el héroe viajara errante, lejos de su patria tierra (1.64), lo que el héroe, lamenta de continuo. La patria es la morada, son los padres, los muertos, la familia, la casa, los amigos, es la ciudad donde nacieron y se criaron los parientes, la patria es todo para un hombre (9.528, 10.406): «No hay cosa más dulce que la patria y los padres, aunque se habite en una casa opulenta pero lejana, en país extraño, apartada de aquéllos», dice Odiseo a Alcínoo (9.1). Perder la patria equivale a perderlo todo, e igual que todos los hombres, los monarcas estaban enlazados por esta sensibilidad hacia su tierra patria que iba a ser el germen de futuros fenómenos asociados a las ideas de *nacionalismo* y *patriotismo*.

La lealtad

El juramento de lealtad era el cemento que aseguraba los compromisos y daba prueba de comunión de ideas y propósitos. Si la patria daba identidad, el juramento la aseguraba. Había juramento entre hombres, como el caso de la anciana que «aprestó el solemne juramento de los dioses» (2.377), y también los había de dioses a hombres, como cuando Calipso jura a Odiseo que no maquinará algo suyo después de su partida:

Sépalos ahora la Tierra y desde arriba el anchuroso Cielo y el agua corriente de la Estix (que es el juramento mayor y más terrible para los bienaventurados dioses): no maquinare contra ti ningún pernicioso daño... Mi intención es justa y en mi pecho no se encierra un ánimo férreo, sino compasivo (5.182).

Violar un juramento era tanto como abrazar la traición y la deslealtad, lo que era intolerable dentro de los estándares de comportamiento de los héroes del mundo homérico. El juramento era la garantía expresa de la adhesión a la casa, al palacio, a la familia, a la ciudad y a la patria; era la constancia de fidelidad a alguien en particular, de apego, afecto y devoción hacia el héroe; representaba conciencia de aceptar los costos del compromiso de esperar al rey ausente durante veinte años y era una palabra de honor de permanecer comprometido a un palacio real. El juramento confirma un instinto natural que los hombres homéricos no adquirirían conscientemente, un «instinto de sociabilidad natural» podríamos decir,¹⁰³ que aseguraba la exteriorización de conductas de apoyo personal o de supervivencia grupal a través de la carga de honrar permanentemente a los dioses, las personas, las promesas hechas. No hay bandera, ni leyes, ni ideas políticas organizadas, pero en los enlaces religiosos, terrenales e idiomáticos de Homero, la amenaza de deshonor y la promesa del orgullo estaban expuestas en un juego permanente, y ambos valores enlazaban gravemente al monarca de la Grecia oscura.

¹⁰³ "There is a great deal of contingency to the development of loyalties. The loyalties we develop to family, tribe, country, and religion often emerge almost naturally out of the process of nurture as we become increasingly aware of the environmental factors that have formed us." Cfr: Kleinig, John, "Loyalty", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/loyalty/>>.

El ágora

Homero da noticia de la existencia del ágora, un espacio físico arcaico, para las asambleas populares itacenses y un lugar para la discusión de los asuntos públicos, que más tarde se transformaría en la principal referencia urbanística de las ciudades griegas, y una influencia definitiva en el diseño bastante más planeado del futuro foro romano. Ese lugar servía para tratar coyunturas de interés popular (2.1, 2.15, 2.25, 2.35, 2.40), otorgaba perfil cívico a los antiguos griegos: los prehelénicos se miraban en ella para distinguirse de sociedades primitivas, por ejemplo, de los de la tierra de los cíclopes soberbios que viven sin dios ni ley:

[...] no tienen ágoras donde se reúnan para deliberar, ni leyes tampoco, sino que viven en las cumbres de los altos montes, dentro de excavadas cuevas; cada cual impera sobre sus hijos y mujeres, y no se entrometen los unos con los otros (9.105).

Los asuntos religiosos y comerciales pasaban por aquella plaza «labrada con piedras de acarreo profundamente hundidas» (6.255) que también servía a los asuntos judiciales y a las venganzas, como la asamblea de itacenses conducida por Eupites a raíz de la muerte de su hijo Antínoo, uno de los pretendientes. Homero usa también el ágora, como un bello reloj de tiempo: «a la hora en que el juez se levanta en el ágora, después de haber fallado muchas causas de jóvenes litigantes», a esa hora, aparecieron flotando el mástil y la quilla, encima de los cuales pudo Odiseo escapar de Escila (12.426).

La importancia del ágora como lugar de tramas, arengas y organización de tropas y centro político urbano era ya muy evidente en las narraciones homéricas (16.364) por lo que no sería lícito imaginar un rey escondido de su entorno gobernando desde la comodidad de sus alcobas palaciegas de espaldas a semejante punto de poder.

Pero el ágora no tendría magia si no existiera el Olimpo. En la famosa montaña griega —la más alta de su geografía— es, de acuerdo con el poeta:

[...] donde dicen que está la mansión perenne y segura de las deidades; a la cual ni la agitan los vientos, ni la lluvia la moja, ni la nieve la cubre -pues el tiempo es allí constantemente sereno y sin nubes-, y en cambio la envuelve esplendorosa claridad: en ella disfrutaban perdurable dicha los bienaventurados dioses (6.41).¹⁰⁴

Localizado allí el trono de Zeus, era esta la «gran colonia de los dioses» de la cual nos habla Conti, de toda Grecia y el Asia Menor¹⁰⁵ y era la fábrica de los mandatos de Zeus dirigidos a los poderes dominantes. Resulta imposible imaginar un rey mortal libre de ataduras, un poder sin restricciones o una dominación sin límite, en semejante cosmogonía de potestades infinitas de castigo dueñas del *anchuroso* cielo bajo el cual se gobernaba.

Un mundo sin representación

Los protagonistas de *Odisea* son hombres marcados por los dioses. El héroe, por ejemplo, es «del linaje de Zeus». Palas Atenea lo endiosa permanentemente y lo transfigura para hacerlo «grato, temible y venerable». No es que el líder de aquellas estructuras sociales sea delegado o represente a nadie; estamos a siglos, todavía, del nacimiento de la idea de ciudadanía dado que no hay a quien empoderar en el diseño de la legislación o la participación en el gobierno. Es, simplemente, un cosmos de pequeñas ciudades que se bastan, que no requieren un consentimiento de los súbditos, solo lealtad. Los conceptos de elector, pluralismo o partido político son irrelevantes pues no hay a quien intermediar. Los líderes mortales, como vimos atrás, son bendecidos con la autoridad divina y son removidos también con ella. Los reyes son los «alumnos de Zeus» en la tierra (3.477, 4.37), y si son alumnos, es porque están sujetos a la disciplina de su preceptor omnipotente.

¹⁰⁴ López Eire hace notar que de este pasaje se deriva que «el cielo y la residencia de los dioses se encontraban por encima del Olimpo y no en el propio Olimpo». Cfr.: López Eire. *Op. cit.*, p. 227, nota 252.

¹⁰⁵ Dejando a salvo quizá al dios Hades que, aunque pertenecía a ese concilio, tenía su trono en el inframundo.

Choque de decisiones, no de reglas

El desenlace de los principales problemas del universo homérico no estaba, como se ha visto, en manos de los hombres, sino de dioses (16.113). Ellos encauzan su comportamiento de forma excéntrica e inestable, sin normas de referencia, y respetando apenas las opacas competencias de cada uno en sus respectivos dominios. Cuando ocurre un embrollo, un desacuerdo, una disputa, su solución no transcurre bajo la apariencia de la contradicción entre dos reglas, sino bajo el aspecto de un choque de voluntades entre dioses, o entre dioses y mortales.

Lo que los modernos llamamos *rule of law*, la sumisión de los hombres y las instituciones al derecho, tendrá que esperar mucho tiempo todavía. Mientras tanto es el reino de los mandatos de Zeus, el superdios, y el de las órdenes divinas del resto de las deidades que hacen valer sus preferencias y deseos apoyados en sus respectivos poderes: Afrodita «es hermosa, pero no sabe contentarse» (8.266). El mundo tendría que esperar cuatro siglos después de Homero, a Aristóteles, para iniciar un debate que iba a permitir distinguir sistemas de gobierno, discernir las funciones naturales (legislativa, ejecutiva y judicial) de un monarca y reflexionar sobre las buenas razones que aconsejan someterse a leyes en vez de a decisiones de hombres.¹⁰⁶

¹⁰⁶ En la doctrina fundacional de la distinción de poderes no hay separación de tales funciones entre distintos responsables, no hay una distinción orgánica; sin embargo, exponen una distinción funcional de tareas estatales muy nítida, que en el mundo homérico ni baluceaban. Dice Aristóteles: «En todas las constituciones hay tres elementos sobre los cuales debe meditar el buen legislador lo conveniente para cada régimen. Si estos elementos están bien establecidos, necesariamente también lo está el régimen, y los regímenes difieren unos de otros en lo que difiera cada uno de estos elementos. De estos tres elementos una cuestión es cuál es el que delibera sobre los asuntos de la comunidad; la segunda es la referente a las magistraturas (esto es, cuáles debe haber, sobre qué asuntos deben ser soberanas y cómo ha de ser su elección) y la tercera a la administración de la justicia. El elemento deliberativo es soberano sobre la guerra y la paz, sobre las alianzas y sus disoluciones, sobre las leyes, sobre la pena de muerte, de destierro y de confiscación, sobre la elección de los magistrados y la rendición de cuentas. Y necesariamente todas estas decisiones se confían a todos los ciudadanos, o todas a algunos de ellos (por ejemplo, a una sola magistratura, o a varias), o unas a ciertas magistraturas y otras a otras diferentes, o unas a todos los ciudadanos y otras a algunos.» Cfr. Aristóteles. Aristóteles II (Biblioteca Grandes Pensadores) (Spanish Edition) (Posición en Kindle8337-8343). Edición de Kindle. Libro cuarto de Política: Las diversas formas de las constituciones.

M.J.C. Vile, uno de los más calificados autores del pensamiento constitucional del siglo XX, prefiere prestar atención a otro aporte de Aristóteles, relacionado con el de la distinción de poderes: el de su énfasis en la *rule of law*: “*The greatest contribution of ancient thought in the sphere in which we are concerned, was its emphasis upon the rule of law, upon the sovereignty of law over the ruler. It emphasized the necessity of settled rules of law which would govern the life of the State, give it stability and assure “justice for equals.” “He who commands that law should rule may thus be regarded as commanding that God and reason alone should rule; he who commands that a man should rule adds the character of the beast.”*”⁸ This emphasis upon law, upon the importance of settled rules, was essential to the thought of the Greeks, for they were deeply convinced of the importance of making proper arrangements for the way in which the State should go about its business. Constitutional provisions had for them a real significance in determining the impact of the government upon the citizen, and were not, as

Pero, a pesar del apego de los homéricos hacia este *voluntarismo*, es necesario advertir que aquella estructura social basada en la primacía de las decisiones, reflejaba, no obstante, un estado de cosas normativo, pues existían deberes de obedecer a los dioses con inmediatez, de honrarlos, de hacerles sacrificios; existía el castigo a la *temeraria insolencia*, como en el caso de los pretendientes (24.351); y, se aplicaban también calamitosas penalidades para los mortales que se atrevieran a desafiar un mandato olímpico (11.305). Esto garantizaba una alineación con Zeus, con el Olimpo y con las decisiones celestiales. No hay allí separación entre ellos, sino la jerarquía inoponible de un ser omnipotente cuya voluntad no se puede transgredir o derogar: «no le es posible a ningún dios ni traspasar ni dejar sin efecto la voluntad de Zeus, que lleva la égida» (5.97).

El resto de los *sempiternos* gestiona cada uno sus propias potestades. Una vez, por ejemplo, aparece Zeus contentando a un dios: «si deja de honrarte alguno de los hombres, por confiar en sus fuerzas y en su poder, está en tu mano tomar venganza. Obra pues como quieras y a tu ánimo le agrade» (13.131), le dice al quejumbroso Posidón. En otra ocasión el Sol, muy dolido por la muerte de sus vacas, maldice y promete «alumbrar a los muertos en el Hades», a lo que Zeus le pide: «Oh Sol, sigue alumbrando a los inmortales y a los mortales hombres que viven en la fértil tierra; pues yo despediré el ardiente rayo contra su velera nave, y la haré pedazos en el vinoso Ponto» (12.385), como en efecto despedazó a los compañeros de Odiseo (12.403). Estos dioses saben que no pueden aplicar justicia por su propia mano sin la voluntad de una jerarquía superior, de modo que hay una normalidad que los vincula a todos: a los reyes en la Tierra, también.

some modern writers seem to suggest, of little importance in determining the outcome of political situations». Cfr. Vile, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund. Indianapolis, 1998, p 25.

Y, encadenado a lo anterior, precisemos que la doctrina aristotélica de la *rule of law* aparece en *Política*, III, 16: «Por consiguiente, es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos, y por esa misma razón, aun si es mejor que gobiernen varios, éstos deben ser establecidos como guardianes y servidores de las leyes. Pues es necesario que existan algunos magistrados, pero no es justo, se dice, que tenga el poder uno solo, al menos cuando todos son iguales. Por otra parte, todo lo que la ley parece no poder definir, tampoco un hombre podría conocerlo. Pero la ley, al educar a propósito a los magistrados, les encarga juzgar y administrar las demás cosas con el criterio más justo. Y además, les permite rectificarla en lo que, por experiencia, les parezca que es mejor que lo establecido. Así pues, el que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y de la inteligencia; en cambio el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin deseo.». Cfr. Aristóteles. *Aristóteles II* (Biblioteca Grandes Pensadores) (Spanish Edition) (Posición en Kindle7132-7140). Edición de Kindle.

La guerra

Se decreta la guerra sin condiciones previas y se conduce sin criterios exactos de necesidad o de proporcionalidad respecto de los medios admisibles. Es un mundo de guerreros expertos en equipar naves y organizar armadas completas, si fuera necesario; que saben todo sobre el honor y la gloria, pero que son también *asoladores* que eliminan a sus enemigos «como se mata a un buey junto a un pesebre» (11.405), que entran *a saco* a las ciudades, «tomando las mujeres y las abundantes riquezas» (9.39) como la más honrosa de las acciones. Laertes se jactaba de haber agarrado en su momento las suyas.

Habían de transcurrir los siglos, ciertamente, hasta que una línea de pensadores que comienza con Cicerón (105-43 a. C.), que sigue con San Agustín (354-430), santo Tomás de Aquino (1224-1274) y que cierra con Hugo Grotius (1583-1645), compusiera la doctrina de justificación de la guerra (*jus ad bellum*) y de los actos y métodos admisibles para llevarla a cabo. Aun así, habría que anotar que los griegos homéricos eran capaces de distinguir entre pueblos conformados por «hombres crueles, salvajes e injustos» y aquellos «hospitalarios y temerosos de los dioses» (8.536) lo que permitiría atribuirles una ética mínima de comportamiento bélico, que viene a sumarse al hecho de que la guerra tenía su padrino celestial, Ares (20.45) cuya presencia permite suponer la incorporación de la guerra al orden de los dioses y, por tanto, a ciertas subordinaciones de los héroes mortales.¹⁰⁷

La misma retaliación que prometen a Odiseo los deudos de los pretendientes, para poner un ejemplo, la terminaron anticipadamente los dioses a su fantástica manera: «hagamos que se olvide la matanza de los hijos y de los hermanos; ámense los unos

¹⁰⁷ En *La república de los lacedemonios* (¿395? A. C.), el historiador griego Jenofonte (431-350 a. C.) alude a antiguas leyes de Licurgo (siglo VII a. C.) que permanecían inalteradas en su tiempo, y disponían que los sacrificios públicos en nombre de la ciudad correspondían al rey «como descendiente de un dios», y que también debía tomar el mando del ejército a donde la ciudad le enviara. El poder y honores del rey en el ejército incluían sacrificios a Zeus y a Atenea antes de salir de su patria, sacrificios que debían repetirse saliendo del país, siempre buscando la benevolencia y aquiescencia de los dioses, llevando con él el fuego de aquellos sacrificios sin apagarlo nunca. «Actuando así, al rey no le queda en campaña otra función que la tocante a los dioses, como sacerdote, y a los hombres, como general». Nótese que Licurgo y Homero están separados, si acaso, por un siglo. Cfr.: Ruiz Sola. *Op. cit.* pp. 145-148.

a los otros, como anteriormente; y haya paz y riqueza en gran abundancia» (24.478)¹⁰⁸ lo que confirma la presencia de una normativa celestial en las escaramuzas, actividades de combate y conquista. Este pasaje, por otra parte, permite palpar que hay cierto hastío en *Odisea* frente a ese entorno de revancha endémica, y a ese circuito de antipatías eternas contra personas y ciudades, que alimentaban la espiral inacabable de infortunios y castigos en el continuo restablecimiento del orden sagrado. «Tente y haz que termine esta lucha, este combate igualmente funesto para todos», le dice Atenea a Odiseo (24.542) en los momentos finales del poema en que amenazaba de nuevo la contienda.¹⁰⁹

Palas Atenea llevaba consigo la égida —escudo protector de los dioses— así como varita mágica para cualquier percance, aunque los dioses no necesitan demasiados aparejos desde que cuentan con el poder del rayo, del fuego y capacidades de manipulación del clima (3.29, 13.429, 12.384). Los mortales homéricos, por su lado, siempre están dispuestos para la guerra, siempre armados de escudos, yelmos y «lanzas de bronce de punta» (22.116). López Eire nos dice que el uso del hierro es excepcional en *Odisea*,¹¹⁰ pero encontramos múltiples ejemplos de lo contrario: se mencionan armas de *blanquizco* hierro (16.266, 19.4, 21.80) o se usa como moneda de intercambio (1.178). Algunas armas en particular, como el hacha y el segur, eran de hierro definitivamente.¹¹¹ Y era tal la prosopopeya a su alrededor, que los

¹⁰⁸ Este remate ha dado mucho qué decir a los filólogos dedicados a *Odisea*, como José Luis Calvo: «la lucha final entre la casa de Laertes y los familiares de los pretendientes es especialmente torpe y trata de crear un efectismo con su mezcolanza de transformaciones, rayos, campesinos y dioses que resulta ridícula y completamente inadecuada como final para una obra como la *Odisea*». (Calvo, José Luis. *Op. cit.* p. 34.

¹⁰⁹ López Eire se lanza con una interpretación muchísimo más trascendental de este pasaje: «El antiguo orden patriarcal en el que caben las sucesivas venganzas tribales, que son consideradas lícitas según las normas morales y jurídicas, es ahora sustituido por un orden moral nuevo en que la sangre derramada no exige el derramamiento compensatorio de sangre nueva, basado exclusivamente en la justicia, y de cuya vigencia y pujanza responden los propios dioses, especialmente Zeus y Atenea». Cfr.: López Eire. *Op. cit.* p. 438, nota 524.

¹¹⁰ *Ibid.* pp. 348, nota 401.

¹¹¹ Recuérdese el episodio de la flecha que atravesó los anillos de los segures (9.371, 19.582, 21.96). Las riquezas también se expresaban en la acumulación de hierro labrado (14.321, 21.1) e incluso este se utilizaba en la fabricación de artefactos para los juegos (21.42). Había simbolismo a su alrededor: se guardaban secretos tan firmemente como eran la piedra o el hierro (19.491) y hombres había también de corazón de hierro (23.166). El vigor y la entereza del guerrero llevaban el buen estigma de este metal (12.279, 19.203).

Este punto nos conecta de nuevo con la discusión de la **Nota 8** en torno al concepto de *Edad oscura* de la Grecia homérica: "Criticism of the Term "Dark Age: A number of scholars have raised concerns about the term "Dark Age". James Whitley has stated that the term Dark Age is a "rather loaded term". Timothy Darvill believes that the term "Dark Age" is "not very helpful" because it implies that very little is known about the period despite the fact that the archaeology has advanced our knowledge of the Greek Dark Age. Based on these and other observations, there are a few alternatives to refer to this period, such as

guerreros se hacían enterrar con ellas: «quema mi cadáver con las armas de que me servía y erígeme un túmulo en la rivera del espumoso mar» (11.60), o tal su simbolismo que discurrieron en debates memorables a su respecto, como el famoso juicio sobre las armas de Aquiles (11.541, 11.553) cuestión de *Ilíada* que está tratado también en *Odisea*.

Debieron tener los homéricos un gran conocimiento naval, de la construcción de naves, de los vientos, las rutas y condiciones de fondeo para el refugio de naves, para evitar escollos, gobernar una embarcación durante tempestades, para calcular su peso y asegurar los cables y las velas. Hubieron de tener una organización administrativa naval para asegurar los puertos, hacer mover semejantes flotas marítimas y asegurar galeras, bajeles, «naves de cerúlea proa» (3.254), embarcaciones que debían ser «tan ligeras como las alas o el pensamiento» (7.28), de largos remos, proporcionadas y equilibradas. Estructuras y jerarquías para asegurar remeros, pilotos y equipo; la alusión a la fuerza naval es recurrente en *Odisea*: «Muchas naves hay, entre nuevas y viejas, en Ítaca, rodeada por el mar; después de registrarlas elegiré para ti la que sea mejor y luego que esté equipada la entregaremos al anchuroso Ponto» (2.270). Y, había bajeles que:

[...] ya saben ellos los pensamientos y el querer de los hombres, conocen las ciudades y los fértiles campos de todos los países, atraviesan rápidamente el abismo del mar, aunque cualquier vapor o niebla las cubra y no sienten temor alguno de recibir daño o de perderse (8.536).

Proveer en fin un ejército de espadas de «argénteos clavos», cascos de mejillas de bronce, armaduras, arcos, lanzas, hachas dobles; construir y mantener flotas navales completas, y asegurar el personal encargado de administrarlas, supone enormes soluciones financieras, desafíos en técnicas de organización y transporte que solo podían estar ligadas al monarca homérico, a cuya muerte los jóvenes, en

"Early Iron Age" (based on the "Three Age" system), which can be divided in "Protogeometric" (1050 BCE to 900 BCE) and "Geometric" (900 BCE to 700 BCE) Greece". Cfr.: <https://www.ancient.eu/Greek_Dark_Age/>.

retorno y alabanza de esas responsabilidades, debían en honor ceñir sus armas (24.36).

Los heraldos, el canal de información

Las decisiones más importantes dependen de información de heraldos, como Medonte en Ítaca, o Hermes, hijo de Zeus, en el cielo. Pero también se obtenía de la interpretación de adivinos y profecías de vaticinadores de aves agoreras (2.161, 2.178). A veces dormir resultaba el mejor canal de comunicación y acceso a información divina (4.787 a 4.838): Penélope, por ejemplo, supo de Odiseo por un sueño.

De acuerdo con la escatología homérica, era posible obtener información gracias al reportaje de los muertos (11.22 y ss.) que conservaban sentimientos y memoria, y se las arreglaban para mantenerse al tanto de todo, como la madre de Odiseo (11.180, 11.181). Ellos, los muertos de aquella antigüedad remota, cuentan cómo murieron, y hasta acusan (11.405) en una suerte de consulta posible que se hacía a quienes salían del mundo de los vivos. También las plegarias dirigidas a los dioses tenían enorme significado como medio de comunicación, pues si «la diosa oyó la plegaria» debe ser porque había una interlocución entre el mortal suplicante y el dios (4.762).

En esta información se basaba la autoridad homérica para razonar y decidir las cuestiones cruciales. De ella dependían la vida y la muerte, la guerra y la paz. Cada disyuntiva elevaba el protagonismo de adivinos y profetas que interpretaban, no leyes, sino mandatos celestiales. No es casualidad que Tiresias, el célebre adivino tebano a quien Odiseo consulta, se nos refiera empuñando el *áureo cetro* (11.90), un símbolo de poder tan definitivo. Los frenos y contrapesos los daban los profetas, dueños exclusivos de una sabiduría estratificada, única capaz de eliminar la incertidumbre requerida para gobernar la geografía homérica.

Fusión de lo público y lo privado

En un mundo en que lo público y lo privado se juntan adentro de los viejos palacios de remembranza micénica, los reyes homéricos no tenían por qué rendir cuentas ante nadie. Esos palacios albergaban a las familias guerreras y al tiempo eran aposentos de armas (22.108); pero, como aún no existe la idea de la *representación* no se siente el deber de responder por la propia conducta ante nadie, como no sea ante los dioses que confieren la legitimidad al líder de mayor linaje, pues está visto que en *Odisea* no son solo la fuerza y la violencia las que permiten estabilidad a un gobierno. Responder ante un tercero, tampoco era propiamente una fortaleza de los inmortales, que jamás daban tregua en su espíritu caprichoso: hombres buenos y malos recibían por igual los favores de los dioses (6.187), que aparecen malignos, celosos, envidiosos y poco pudorosos, arquitectos frecuentes de tramoyas y maquinaciones (12.21, 12.37).

Y en ese ámbito de engaños, presagios, súplicas, vaticinios y emboscadas divinas y humanas ¿qué responsabilidad podía caberle a Odiseo, tan *fecundo en ardid*, si no podía eludir la acción de predicciones y adivinos (1.413), de águilas y gavilanes agoreros, que traen y llevan mensajes forzosos e inexcusables? (15.172, 15.525, 20.240). Las acciones de los hombres eran resultado de una incitación de los dioses (4.712). Es común verificar que los dioses se transfiguran en animales o en árboles: «no olvidó el viejo sus dolosos artificios; transfiguróse sucesivamente en melencudo león, en dragón, en pantera y en corpulento jabalí; después se nos convirtió en agua líquida y hasta en árbol de excelsa copa» (4.435), o que toman la figura que les place, lo que hace difícil que un mortal logre reconocerlos. Esas transfiguraciones a veces tienen el sentido de inclinar la balanza del poder en una batalla o en un asunto público para ayudar a sus favoritos: «cubrióle con una niebla divina» (7.37).

Mientras tanto, la raya acerca de la bondad o ilicitud de una acción carece de importancia. El secuestro, por ejemplo, es una opción de lo más normal para la divina providencia, como Calipso, que detuvo por la fuerza a Odiseo siete años

(4.555) y lo colmó de promesas vanas de inmortalidad: «Calipso, de lindas trenzas, terrible diosa: ésta me recogió, me trató solícita y amorosamente, me mantuvo y díjome a menudo que me haría inmortal y exento de senectud para siempre, sin que jamás lograra llevar la persuasión a mi ánimo» (7.241).

Y algo más: en Homero nunca se sabe si el forastero es un mortal o si se trata de una deidad (7.186): la semejanza física entre dioses y hombres lo impide (6.149). No existe, pues, ni entre los dioses, el sentido de la evaluación de sus actos, del examen: solo el temor al castigo de otros dioses (6.328), el temor a Zeus que tiene reservada la última palabra, como en el caso de los «hilos inquebrantables» (8.266). No hay abuso de autoridad ni instituciones para refrenar: solo embarcaciones, naves y remeros, espadas de doble filo y sandalias, cascos, escudos y lanzas para hacer valer el orden de los dioses.

Buscar en Homero un germen de la doctrina de la distinción de poderes resultaría extraño a los ojos de un moderno; aunque a los ojos de un antiguo que tuviera la oportunidad inaudita de leer a Montesquieu, el asunto podría verse distinto. La distinción de poderes que ellos podían invocar era la distinción de roles y voluntades: la del rey, la del profeta y la de los dioses tantas veces discrepantes. El poder de las armas detiene el poder de las armas; la violencia detiene los excesos; la ambición de unos controla la ambición de otros, en un ambiente eternamente vigilado por la *muchedumbre de dioses*.

El fin último de esa distinción de mandatos y decisiones estaba orientado a reforzar la seguridad personal de los súbditos en una trama social de zozobra desencadenada por hombres que no han entregado al monarca todavía su poder de autodefensa, y orientada a articular una protección efectiva para las ciudades ante ataques rutinarios. Y estaba orientada, por sobre todas las cosas, a la vigencia del orden sagrado del Olimpo, nunca para garantizar la *libertad* de un homérico frente al poder del Odiseo de turno.

CAPÍTULO 3.

MODELO NORMATIVO DE LAS XII TABLAS

La historia legal de Grecia y Roma se nos presenta siempre como en un laberinto de hombres e ideas comunes, y en una sucesión de acontecimientos que, a pesar de su distinto rumbo, terminan por aproximarse. El debate en torno de las legendarias leyes decenvirales, que no termina todavía, representa uno de los principales puntos de encuentro de ambas civilizaciones. No sería el único.

Comencemos por el final. Constantinopla fue la capital del Imperio romano de Oriente. Estaba destinada a convertirse en la «nueva Roma» a la caída del Imperio romano de Occidente (Caída de Rávena en 476) e iba a ser dentro de poco —en tiempos del emperador Justiniano I (483-565)— la sede de promulgación de una de las obras jurídicas más ambiciosas de todos los tiempos: el *Corpus Juris Civilis*, constituido por varias obras, cada una de las cuales representa por sí misma un lujoso documento de la tradición legal. Aquí vamos a reparar especialmente en las «Institutas», pero contenía también el «Codex», las «Novellas» y el «Digesto».

Para componer el «Digesto», el equipo de Triboniano (475-545)¹¹² habría de consultar numerosos textos plagados de temas iguales o parecidos, leyes gemelas y un enorme cúmulo de legislación incierta que sumaba más de tres millones de líneas contenidas en, al menos, 2000 libros, que integraban una legislación romana «vacilante por las contradicciones internas, desde la fundación de la ciudad hasta los tiempos de nuestro imperio», y de antiguas leyes «sobrecargadas de vejez», según dejó constancia el Emperador en la Constitución *Tanta*, por la cual se promulgó aquel «Digesto» el 16 de diciembre del año 529.

¹¹² Una interesante referencia biográfica de Triboniano a cargo de Encyclopedia Britannica, 11th Edition, 1914. Disponible en: <https://www.law.upenn.edu/live/files/222-tribonianencyclopediabritannica11editionpdf>.

Otra parte esencial del *Corpus*, las «Institutas», estaban directamente a cargo de otros juristas épicos, Doroteo y Teófilo, aunque siempre bajo la supervisión de Triboniano, su líder en criterio y poder legal. Las «Institutas» dan cuenta del altísimo nivel de elaboración que el derecho romano había adquirido en Constantinopla.¹¹³ Baste con verificar que, en la apertura de la obra, el derecho escrito aparece representado en estatutos, plebiscitos, *senatus consultus*, decretos de los emperadores, edictos de los magistrados y respuestas de los doctos en la ley; mientras que el no escrito estaba representado en las *leyes de la naturaleza* y de la *divina providencia*, todo armonizado en perfección temática y preparado como un sistema legal consciente de la cuestión de sus fuentes (Book I, Title II, 3).¹¹⁴

Como aspectos sorprendentes de esta codificación encontramos, en primer lugar, la presencia del *Great Homer*, de Homero, ¡apenas comenzando la obra! Y lo consideraríamos una cuestión de ornato si no fuera porque *Ilíada* y *Odisea* son invocadas expresamente, en pasajes céntricos, para proveer apoyo en la solución de cuestiones legales justinianas. *Odisea* presta un pasaje que forma parte de las aventuras del rey de Ítaca, que ayuda a esclarecer la pregunta de si los cerdos están comprendidos en el concepto de «rebaño» o de «manada». *La Ilíada*, por su parte, sirvió a los jurisconsultos Sabino y Casio (insignias de la escuela sabiniana) para resolver cuestiones tan relevantes como la distinción entre intercambio y compraventa; si la entrega de un esclavo, un pedazo de tierra o una túnica podían tratarse como precio, del modo en que el ejército griego —según los relatos homéricos— se procuraba vino entregando cosas a cambio, como bronce, hierro,

¹¹³ «En la concepción justiniana el derecho es una *scientia*, una legítima *scientia*, cuyo aprendizaje debe producirse siguiendo una exposición orgánica y racional y no desarticulada, fragmentaria y memorística...». Cfr.: Agudo Ruiz, A. «Justiniano y la reforma de los estudios jurídicos». En: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*. Vol. 10. 2012. pp. 7-25. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwic9OXI0pvrAhVkmAKHU_7AXoQFjACegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4104489.pdf&usg=AOvVaw0ePJeTWjlbhyMOSsQ9LDpP>.

¹¹⁴ Tomamos como referencia la famosa edición inglesa de las «Institutas»: J. B. Moyle, *The Institutes of Justinian*. Tercera edición. London: Oxford at the Clarendon Press. 1896.

pieles, bueyes vivos y esclavos. Las «Institutas» contienen también esta referencia.¹¹⁵

Un segundo aspecto muy notable en las «Institutas» son sus múltiples alusiones a las legendarias *xii Tablas* de mediados del siglo v a. C., y tampoco son menciones decorativas, algunas veces recuerdan los orígenes de una institución o explican su evolución; otras señalan su injusticia u obsolescencia; otras señalan problemas legales en los que las *xii Tablas* aportan una regulación parcial, a la que se suman fuentes normativas posteriores; y, en alguna otra, comprobamos auténticas declaraciones de adhesión literal de las «Institutas» a las célebres leyes decenvirales.¹¹⁶

De modo, pues, que Justiniano cita y usa todavía, mil años después, en Constantinopla, las *xii Tablas*. Vayamos ahora de regreso en el tiempo, al principio de la leyenda romana. Ubicados en la época decenviral, de los años 450 a. C., el primer dato que se destaca es la extraordinaria coincidencia de contexto entre el momento histórico de expedición del *Corpus* de Justiniano y el de las leyes decenvirales. De Martino, el memorable profesor de la Universidad de Nápoles fallecido en 2002, escribió un emocionante capítulo sobre los tiempos del decenvirato legislativo, y nos transmite, como si estuviéramos en cine, el ambiente de inestabilidad institucional de aquel entonces, los surcos que dejaba una larga época de lucha de clases y la ilusión

¹¹⁵ Efectivamente, Homero aparece invocado muy tempranamente en Book I, Title II, 2. En Book IV, Title III, las «institutas», se apela a *Odisea* expresamente para esclarecer la cuestión de los cerdos en un bello pasaje relacionado con el regreso del héroe a Ítaca. Y en Book III, Title XXIII se invoca *La Ilíada* expresamente (*Ilíada*, VII, 472) para recordar el modo en que se aprovisionaba el ejército griego en la campaña de Troya, cuestión que tenía relevancia para los juristas justinianos en el debate legal sobre la compraventa. J. B. Moyle, *op. cit.*

¹¹⁶ Algunas de las múltiples alusiones a las leyes decenvirales aparecen en Book I, Title XV, 1 (testamentos); Book I, Title XVII (tutela de libertos); Book I, Title XXVI, 1 (Tutores bajo sospecha); Book II, Title I, 41 (transferencia de la propiedad); Book II, Title XIII, 5 (igualdad de ambos sexos en la sucesión intestada); Book II, Title XVI, 7 (orden de sucesión); Book II, Title XXII, 1 (*Lex Furia, lex Voconia, Lex Falcidia*, legados y testamentos); Book II, Title I, 1 y 9 (derecho a heredar de intestados y posición de hijos emancipados); Book III, Title II, 1 (vocación hereditaria de agnados); Book III, Title II, 3 (muy llamativa, pues declara seguir literalmente las *xii Tablas* y adherirse a sus principios en punto a sucesión agnaticia: “*We have followed the Twelve Tables in this department of law, and adhered to their principles...Accordingly, we have restored the old rules in their integrity, and made the law on this subject an exact copy of the Twelve Tables*”); Book III, Title III, 1 y 2 (reseña la “*narrowness of de Twelve Tables*” acerca del punto de la “*melancholy succession of children by their mothers*”); Book IV, Title IV, 7-12 (sobre las penalidades en *xii Tablas* consideradas ya obsoletas: talión y multa pecuniaria según que se trate de miembro incapacitado o de hueso simplemente roto); y Book IV Title VIII, 4 (acciones noxales en caso de robo por esclavos, lo que es un caso llamativo que muestra un mismo asunto regulado parcialmente por varios estatutos que constituyen la regulación íntegra del fenómeno: en este caso *xii Tablas*, más estatutos, edictos, *Lex Aquilia*, etc.).

de conseguir la transformación de un gobierno oligárquico, ejercitado mediante un único magistrado, con poder casi absoluto, en uno moderado, que reconoce límites al poder.

El momento aquel, el de mediados del siglo V a. C., apremiaba certeza del derecho y leyes escritas contra la incertidumbre de la tradición, y demandaba potestades controladas:

Il motivo predominante dell'agitazione per un corpo di leggi scritte è l'incertezza del diritto e quindi l'ineguale applicazione delle norme nei confronti del cittadino. Perciò non vi è discordanza sostanziale tra la prima proposta, attribuita al tribuno Terentilio, di fissare con leggi l'imperium dei consoli, e gli sviluppi ulteriori dell'iniziativa, la quale conduce ad aequare leges omnibus, cioè a rendere il diritto uguale per tutti. La certezza del diritto costituisce di per sé un limite al potere del governo; ciò a Roma era tanto più importante, poiché il potere dei supremi magistrati era assoluto.¹¹⁷

Una ciudad así, abandonada a sus líderes y a la refriega pasional, sin leyes ciertas, fue el caldo de cultivo del estatuto de las *XII Tablas*.

El *Corpus* de Justiniano se retrotrae a la época de las *XII Tablas*; pero ¡atención!, se remonta todavía más atrás con su devoción por Homero, a los tiempos de la llamada Edad Oscura de Grecia (s. XII a VIII a. C.), mucho antes de que naciera la leyenda de las tierras helénicas como *cuna* de la civilización occidental. Cuando Justiniano I —a propósito, nacido en Macedonia— recogió el derecho romano, recogió también el griego, desde el «padre» mismo de todos los griegos, que es Homero, según Vico. De modo que la compilación justiniana no recoge 1000 años de derecho; recoge al menos 1400.

Los romanos estuvieron siempre imbuidos en el espíritu de la civilización griega y en los principios legados de sus épocas más arcaicas; luego, durante los decenviros, recibieron influencias griegas difíciles de refutar, como difícil sería contradecir el hecho

¹¹⁷ Francesco de Martino. *Storia della Costituzione Romana*. Vol. I. 2e éd. Napoli, Jovene, 1972. pp. 302-303.

de que, durante todo el desarrollo y esplendor de Roma, hasta su etapa imperial justiniana, Roma bebía de los ríos culturales griegos.

Cicerón (106 a 43 a. C.), por poner un caso inevitable de mixtura intelectual grecorromana, incorporó a su filosofía el rasgo más característico del mundo homérico, el de la semejanza entre hombres y dioses: «el parentesco más íntimo y más cierto», dice. Y añade, que la naturaleza tan solo al hombre puso derecho «haciendo que mirase al cielo como a la antigua sede de su parentela».¹¹⁸ Más bello y más claro, imposible. Parientes de una gran familia, los hombres tienen la manera de recordar su origen solamente con reconocer a dios. Los griegos le heredaron ese ADN a Roma. Lo confirman múltiples hechos cuya mención no pretende sino añadir o recordar datos de un debate harto conocido. El *diálogo entre un filósofo y un jurista* de *Noches áticas* (del s. II d. C.), por ejemplo, es un poderoso testimonio de esa dependencia cultural que hacía que los jurisconsultos de esta época se entrenaran en Grecia —como hizo Aulo Gelio (ca. 129-ca. 180 d. C.), quien vivió entre Roma y Atenas;¹¹⁹ como hizo también el propio Cicerón (106 a 43 a. C.), reconocido puente de las dos civilizaciones— en dicho diálogo, se decía de Martino, a propósito de la influencia de Cicerón en la fundación del Principado:

*Anche Cicerone, del resto, può essere considerato un veicolo delle idee greche; la sua teoria del governo certamente derivava da quella del governo misto. La sua ideologia rispecchiava quella delle correnti moderate dell'aristocrazia, che non erano intransigenti fino al punto da non comprendere la necessità di un nuovo e più solido assetto del potere*¹²⁰

Y no perdamos de vista que ese espíritu común aparece reflejado en dos frentes bien conocidos: aquel de la leyenda de Eneas, el legendario héroe de Virgilio, que sirvió de pretexto para acuñar el origen troyano de Roma,¹²¹ a donde llegó trayendo

¹¹⁸ Cicerón, M. T. *De Legibus*. Libro 1, 23 á 27. En Libro 1, 2, Cicerón recuerda a Homero. Tomamos como referencia: Las leyes. 3.ª ed. Traducción, introducción y notas, Álvaro d'Ors. 247 págs. Catilinas. 2.ª ed. Traducción María Casilda Gutiérrez de Albéniz XVI. 81 pp.

¹¹⁹ <<http://www.treccani.it/enciclopedia/aulo-gellio/>>.

¹²⁰ Francesco de Martino. «Storia della Costituzione Romana». Vol. IV. Parte Prima. 2e éd. Napoli, Jovene, 1974; pp. 51-52.

¹²¹ <<http://www.treccani.it/enciclopedia/enea/>>.

consigo a sus dioses protectores, nada menos que a Zeus, Afrodita y Poseidón, los mismos de la tradición homérica.

Las *XII Tablas* se habrían inspirado en la contagiosa fama de Solón, el estadista griego (638 a 558 a. C.) según relata la disputada leyenda sobre la empresa de la embajada decenviral de aquella década del 450 a. C.¹²² Ese es el segundo frente a que se aludió, y que viene a respaldarse en las «Institutas» que mencionan, tanto a Solón como a Draco,¹²³ pero que incluirán toda clase de evocaciones comparativas entre los dos sistemas legales romano y griego, también respaldos interpretativos a palabras de origen griego, acogimiento de formalidades en griego siempre que guarden similitud con las formalidades latinas, etc., que no harán sino revalidar ese espíritu común grecorromano.¹²⁴ Y no fue por casualidad que Mommsen, terminando el *Compendio*, lanzara aquella tremenda conjetura según la cual una de las dos mitades de Roma (la oriental, resulta obvio) sobrevivió (hasta la caída de Constantinopla, en 1453) gracias a estar «protegida por la perdurabilidad del espíritu helénico».¹²⁵

Ahora bien, de Manú (siglo VI a. C.) recibimos un código de leyes; de Homero (s. VIII a. C.), sus obras, que nos permiten desenterrar modelos normativos de la antigüedad. Y nadie nos negaría el privilegio de visitar la estela de basalto exhibida en el Louvre,

¹²² «El problema es que resulta inverosímil una embajada de parte de un estado verdaderamente minúsculo, así como un aprendizaje tan rápido de la legislación». Cfr.: Antonio Ruiz Castellanos. *Ley de las Doce Tablas*. Introducción, edición crítica, traducción, notas e *index verborum* a cargo del mismo Antonio Ruiz. Madrid: Ediciones clásicas. Biblioteca latina dirigida por Tomás González Rolán, 1.ª ed. 1992, p. 7.

¹²³ Book I, Title II, 2.

¹²⁴ Cfr.: Book I, Title II, 3: “*Our law is partly written, partly unwritten, as among the Greeks*”; Book I, Title X, 12; Book III, Title XX, 7 y Book IV, Title IV, 1, para respaldar la interpretación de palabras de origen griego; Book III, Title XXIX, 1, para admitir formalidades en griego (!!) siempre que guarden similitud con las formalidades latinas. Hay otras referencias que no alcanzamos a relacionar.

¹²⁵ A diferencia de la cobertura de tiempo de De Martino en su *Storia*, el *Compendio* de Mommsen solo cubrió el derecho público romano hasta el S. III d. C. Tomamos como referencia de Mommsen la famosa traducción española de P. Dorado: Teodoro Mommsen. *Compendio de Derecho Público Romano*. Madrid: Ed. La España Moderna. s/f (1899, quizá). Traducción del alemán por P. Dorado, p. 621. Sobre los reconocimientos contemporáneos al derecho público romano de Mommsen, se puede leer a Nadja *El Beheiri*: el valor perenne de la obra *römisches staatsrecht* de Theodor Mommsen: la *res publica romana*, entre realidad histórica e institución jurídica. Departamento de Derecho Romano Universidad Católica Pázmány Péter. *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 2 (2015). Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjY8cy_otPrAhWjxVkkHRC_BAIQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FFORO%2Farticle%2Fdownload%2F51791%2F47990%2F&usg=AOvVaw1k9NNoi_FaQFvx4URI062J>.

en la que aparece escrito el antiquísimo Código de Hammurabi (1792-1750 a. C.)¹²⁶ ni la ocasión de conocer las veteranas leyes hititas del segundo milenio a. C., cuyas tablillas se conservan actualmente en el Museo Arqueológico de Estambul y el Museo de las Civilizaciones de Anatolia, todas ellas más añejas que las *XII Tablas*.

Pero de los decenviros no recibimos nada, y nadie, que sepamos, las tuvo al frente. Sabemos de su existencia por la pluma de antiguos historiadores que estaban acostumbrados a citar acontecimientos pretéritos, que no vivieron basados en fuentes literarias no primarias.

No sabemos con certeza si las *XII Tablas* eran de marfil, como dice Sexto Pomponio en *Enchiridia*;¹²⁷ de bronce, como afirma Tito Livio;¹²⁸ ni si pudieron perderse, calcinadas, en la catástrofe del incendio y destrucción gálica de Roma del año 390 a. C. Sobre esta hipótesis va a continuar el forcejeo de los especialistas, pues de la cita de Tito Livio alusiva al incendio¹²⁹ no se desprende tal cosa, y más bien surgen dudas de por qué el historiador romano, *que todo lo leyó*, iba a dejar pasar semejante detalle de la antigüedad, es decir, que las *Tablas* hubieran sido presa del incendio y destrucción de la ciudad en aquel episodio. Y si bien Mommsen comenta —a propósito de otro asunto— que Roma nunca se cuidó de arbitrar recursos para hacer constar las leyes vigentes, y que solo en los tiempos del Principado se sintió

¹²⁶ <<https://www.louvre.fr/oeuvre-notices/code-de-hammurabi-roi-de-babylone>>.

¹²⁷ Xavier d'Ors (Edic.). *Op. cit.* p. 19. *Enchiridia* es una joya de la historia del derecho y la jurisprudencia romana, escrito en el s. II d.C. Algunos de sus pasajes fueron reproducidos en el siglo VI, en el «Digesto». Vincenzo Arangio-Ruiz escribió un perfil de Sexto Pomponio para Treccani: <https://www.treccani.it/enciclopedia/sesto-pomponio_%28Enciclopedia-Italiana%29/>.

¹²⁸ Tito Livio, Libro 3,57.

Tomamos como referencia Historia Romana: Primera Década / Tito Livio estudio preliminar de Francisco Montes de Oca. Colección Sepan Cuantos. Editorial Porrúa, 1994. Porrúa usa la traducción de Las Décadas de Tito Livio, publicadas en Salamanca en 1497, editorial Juan de Porras), que se atribuye a R. Alonso de Pimentel. Para una historia de las traducciones españolas de Tito Livio, y de esta en particular. Disponible en: <<http://webs.ucm.es/BUCM/tesis/19911996/H/3/AH3040802.pdf>>.

¹²⁹ «En cinco libros dejo consignada la historia de Roma desde su fundación hasta su toma por los galos: historia que abarca la época de los reyes, la de los cónsules y dictadores, los decenviros y los tribunos consulares; las guerras extranjeras, las disensiones intestinas; historia oscura, y que por su extraordinaria antigüedad aparece como los objetos que apenas se ven por su mucho alejamiento, y por la insuficiencia y escasez en aquellas mismas épocas de documentos escritos, únicos guardianes fieles de los hechos pasados; y en fin, por la destrucción casi completa, en el incendio de la ciudad, de los registros de los pontífices y de otros monumentos públicos y particulares». Tito Livio, Libro 6.1.

esta necesidad,¹³⁰ no se entiende por qué razón, habiendo trabajado los romanos con «ardor y celo infatigable» en la reconstrucción posterior de la ciudad, no hubieren recompuesto aquellas tablas indispensables para la seguridad y estabilidad de aquella sociedad, y obtenidas luego de tanta angustia.

De Martino, con su elegancia particular, admite la historicidad de las *XII Tablas*, aunque reconoce al diablo en los detalles: “*Il dibattito ha dimostrato che il nucleo centrale della tradizione sul decemvirato e sulle XII Tavole è genuino e che quindi la tesi radicale critica è da respingere.*”¹³¹ Aun así, el escepticismo sobre el misterio de la existencia material y publicación de las leyes decenvirales subsiste. No hablemos de «tablas mágicas» o de «jurisprudencia esotérica» para referirse a ellas, ni digamos tampoco que constituyen un «asunto de fe», pero la conclusión de Lambert, en el sentido de que la creencia en una legislación decenviral vio la luz apenas en el siglo II a. C., sigue teniendo su encanto.¹³²

La cuestión de la historicidad no se refiere únicamente a su datación, sino que se proyecta asimismo en otros frentes: el debate sobre la recuperación o restauración del contenido textual de las tablas en que se han empeñado los distintos autores. Admiten algunos, De Martino entre ellos,¹³³ que no todas las leyes que se atribuyen a la narración decenviral pertenecen a ella efectivamente. Se discute también que

¹³⁰ Mommsen. *Op. cit.* p. 518.

¹³¹ De Martino. *Op. cit.* p. 302.

¹³² Lambert, Edouard. “*La question de L’authenticité des XII tables*”, en *Nouv. Revue Historique de Droit*, 1902 (marzo-abril). Facsímil digital disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40160052>>. En línea con esta cuestión, es importante notar que las «*Institutas*» de Justiniano no se comprometen con una datación para las *XII Tablas*, a pesar de las citas frecuentes.

Aldo Petrucci, destacado romanista profesor en Pisa, y heredero de la tradición académica de Feliciano Serrao, resume el punto de la historicidad de las *XII Tablas* en su *Curso de Derecho Romano*, recientemente traducido al español, de la siguiente manera: «Los estudiosos contemporáneos, habiendo superado las hipótesis hipercríticas difundidas hasta hace algunas décadas, tendentes a negar la historicidad del decemvirato legislativo y de las *XII Tablas*, no han podido encontrar dudas serias respecto de las líneas fundamentales de estas narraciones, y por tanto admiten: el carácter innovador del colegio decenviral desde el punto de vista constitucional; la participación de plebeyos en el segundo decemvirato; la caída del decemvirato como resultado de la reacción patricia en contra del gobierno con participación plebeya; la redacción de diez tablas de leyes por obra del primer decemvirato y su aprobación por parte del *populus* en los comicios centuriados; la redacción de las últimas dos tablas por obra del segundo decemvirato y de su revisión por parte de los cónsules del 449 a. C. (L. Valerio Potito y M. Horacio Barbato), que después las habrían hecho aprobar por el comicio centuriado». Cfr.: Aldo Petrucci. *Curso de Derecho Público Romano*. Primera ed. 2018. México: Ed. Porrúa. p. 27.

¹³³ “*Numerosi particolari sono invece sospetti, alcuni senza dubbio inventati, le stese norme attribuite alle XII Tavole non appartenevano tutte ad esse.*” Cfr. De Martino. *Op. cit.* Vol 1. p. 302.

hubiesen sido ratificadas todas bajo la autoridad de los decenviros,¹³⁴ y se defiende en ese sentido que algunas obtuvieron su sanción con posterioridad a la gestión de sus pretendidos autores, razón por la cual tendríamos que hablar de diez tablas rogadas y aprobadas por las asambleas, y dos dadas por los cónsules.¹³⁵ Las dos últimas tablas, en apariencia no aprobadas por los decenviros, parecen haber recibido su sanción de los tribunos consulares Horacio y Valerio.¹³⁶ Las varias versiones sobre la promulgación de estas tablas, se suman a hipótesis que afirman que incluso pudieron tener ocurrencia más de dos decenviratos.

Los arqueólogos legislativos han hecho su esfuerzo penetrando, en lo posible, en los misterios del estatuto decenviral, pero no evitan chocar con el problema de la inexistencia de un tenor literal de los preceptos romanos originales, de modo que lo tenemos que leer bajo el celofán de los distintos autores.

De Cicerón, por ejemplo, que en una charla sobre la patria que lo engendró y aquella que lo adoptó, y exponiendo sus ideas acerca de la «esencia natural de la ley», del derecho y de su eternidad, enuncia un resumen sin pretensiones de completitud, de algunas de las *xii Tablas*, en un ambiente comparativo de la legislación romana con la griega,¹³⁷ que ha sido aprovechado para la reconstrucción legislativa comentada. El testimonio de Cicerón es también muy relevante por indicar que para el siglo I a. C., el edicto del pretor (y no las *xii Tablas*) era considerado la fuente de la que los juristas contemporáneos a él se valían para encontrar el derecho aplicable.¹³⁸

¹³⁴ Tito Livio, Libro 3.51

¹³⁵ «*Riteniamo quindi, che almeno per le prime dieci Tavole non vi sia alcun dubbio, che esse furono approvate dal comizio, mentre per le ultime due, che furono promulgate dai consoli dopo la caduta del governo decemvirale la questione può essere considerata aperta, sebbene tutto induca anche qui ad ammettere che un voto dei comizi sia intervenuto.*» Cfr.: De Martino. *Op. cit.* Vol 1. p. 308.

¹³⁶ «Antes de salir de la Ciudad, las leyes de los decenviros, conocidas como las "Doce Tablas", fueron grabadas en bronce y exhibidas públicamente; algunos autores afirman que los ediles cumplieron con esta tarea bajo las órdenes de los tribunos.» Tito Livio, Libro 3.57.

¹³⁷ Cicerón. *Op. cit.* Libro II, 7-18.

¹³⁸ *Ibid.* Libro I, 5-17.

Dependemos del lente de Tito Livio (59 a. C. a 17 d. C.) que alude a algunas de ellas —incluyendo una muy significativa que introduce un criterio de jerarquía normativa—¹³⁹ en narraciones que no logran ocultar sus propósitos idealizadores de la historia romana, a cuyos orígenes asigna más fosforescencia de la que pudo tener. De acuerdo con el resumen apretado que de esas narraciones nos ofrecen las *Períocas*:

Tras haber enviado legados a Atenas para consultar y proponer las leyes, un grupo de diez hombres, con atributos de cónsul y sin otros magistrados, fue creado en el tricentésimo segundo año desde la fundación de la ciudad, y el poder se transfirió de los cónsules a los diez como una vez lo fue de los reyes a los cónsules. Durante la publicación de las primeras diez tablas de leyes, se comportaron con moderación y se decidió que permanecerían en su puesto durante otro año, pero tras añadir dos tablas a las otras diez comenzaron a cometer excesos, rechazaron renunciar a sus magistraturas y se hubieran proclamado por un tercer mandato si la lujuria de Apio Claudio no hubiera puesto fin a su detestable poder.¹⁴⁰

Livio certifica, además, un aspecto muy comentado sobre las leyes decenvirales, que respalda su vigencia para el siglo I d. C.: «Incluso en la enormidad de la legislación actual, donde las leyes se apilan unas sobre otras en un confuso montón, aún son la fuente de toda la jurisprudencia pública y privada».¹⁴¹

Dependemos, igualmente, del cristal a través del cual miraba Aulo Gelio, el escritor latino del siglo II d. C., que en *Noches áticas* dejó a la posteridad cualquier cantidad de detalles de su tiempo, entre ellos una versión de la leyenda y contenido de las a veces *oscurísimas*, a veces *durísimas*, a veces *excesivamente suaves e indulgentes* leyes decenvirales. Esta versión es especialmente valiosa por su testimonio en el sentido de que el pueblo romano habría dejado ya de usar las Tablas «en su mayor

¹³⁹ Tito Livio, Libro 7.17.

¹⁴⁰ Los *Epítomes* o *Períocas* son un resumen de la obra *Ab urbe condita* (*Historia de Roma desde su fundación*), de Tito Livio. Disponible en: <<https://historicodeigital.com/download/periocas.pdf>>. Llevada a cabo por el también romano Lucio Anneo Floro, a quien se le ubica en el siglo II d. C.

¹⁴¹ Tito Livio, Libro 3.34.

parte»,¹⁴² y por la interesantísima crítica a los vestigios de talión contenidos en las *XII Tablas*, que trataremos más adelante.¹⁴³

La historicidad de las «venerables Doce» podría ponerse en el enfoque sugestivo que atribuye a historiadores romanos la costumbre de hacer traslaciones de instituciones posteriores a tiempos primitivos. Mommsen se encarga de este señalamiento, aunque no lo expone propiamente con referencia a las leyes decenvirales.¹⁴⁴ Y habría que considerar también las modificaciones que pudieron suceder por influencia de las notarías de entonces, leyes sobrevivientes, los cambios de significados de los intérpretes y la acción de la jurisprudencia, que pudo modificarlas influyendo en los textos literales que nos fueron transmitidos.¹⁴⁵

Deberíamos estar dispuestos a considerar, finalmente, que algunas leyes, habiendo existido, tuvieron eficacia enclenque, como pareció ser el caso de la prohibición de enterramientos dentro de la ciudad, que vino a tener cumplimiento mucho más cerca de los tiempos de Cristo, de modo que, una falta de vigencia o una vigencia breve podrían desmentir el «consenso constituyente» entre patricios y plebeyos que se atribuye a las *XII Tablas*. Piénsese que la Ley Canuleya del 445 a. C., que derogó la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos, el llamado *connubium*, había sido incorporada a las *XII Tablas*, más exactamente a la Tabla XI.1.¹⁴⁶

No obstante, la problemática previa sobre la historicidad de las Tablas, no hay nada en ello que logre disminuir nuestra fascinación por el fenómeno normativo que

¹⁴² Cfr. Xavier d'Ors (Ed.). *Op. cit.*, notas 23, 24 y 52, pp. 67 y 77. Un perfil de Aulo Gelio en: <<https://www.treccani.it/enciclopedia/aulo-gelio/>>.

¹⁴³ Las «Institutas», como se ha visto, darán prueba de la vigencia relativa de las *XII Tablas* para la época de Justiniano, lo que permite concluir que tal estatuto normativo no estaba tan en desuso como pensaban Cicerón y Aulo Gelio. Si bien en Book I Title II, p. 4, de «Institutas», no se enlista a las *XII Tablas* dentro de sus leyes escritas, claramente se les supone incluidas dentro de las no escritas, en prueba de lo cual está el hecho de que son citadas a todo lo largo de aquella obra, como hemos verificado.

¹⁴⁴ Refiriéndose a otro aspecto de la tradición romana, Mommsen llama la atención sobre las «numerosas traslaciones y aplicaciones que la leyenda hace a los primitivos tiempos sagrados de lo que solo fue propio de las instituciones posteriores». Cfr. Mommsen. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁴⁵ Ruiz Castellanos. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁶ Haremos alusión a cada una de las *XII Tablas* usando la cuidadosa recopilación española del citado Antonio Ruiz Castellanos, *Op. cit.*

representan y tampoco hay nada que podamos esgrimir contra su potente influjo sobre la civilización romana antigua, con la que, siendo nosotros herederos de esa tradición, estamos inexorablemente conectados. Estamos advertidos lo suficiente sobre la imposibilidad de proponer una formulación estática y sistemática de la organización constitucional romana,¹⁴⁷ pero aun así vamos a intentar un retrato básico de lo que sería un modelo normativo de las *XII Tablas*, que nos sirva de referencia ulterior en la comprensión de sistemas normativos considerados modernos, el colombiano entre ellos.¹⁴⁸ El retrato lo haremos apegados a una triple perspectiva: justicia, libertades y distinción de poderes.

JUSTICIA

Límites de la actividad judicial

Las leyes decenvirales identifican ya autoridades judiciales, a quienes atribuye poderes de comparecencia, de conducción de testigos y capturas: «En caso de no acudir, invóquense testigos, inmediatamente después, se le detendrá» (I.1, I.2). Los jueces están facultados desde entonces para observar la conducta procesal de las partes, por ejemplo, la costumbre de poner trabas o evadir las citaciones (I.2, I.3). Se regula específicamente el caso de la citación de extranjeros (II.2).

La justicia está llamada a asegurar los pactos, sean estos públicos o no (I.6, I.7). Desde entonces se incorporan las fianzas (I.10, XII.1), el depósito (II.1a) y se alude a la posición del juez, el perito y las partes (II.2, II.1.b, VII.5) en aquel antiguo escenario procesal. Explica De Martino que «la extensión del territorio y el

¹⁴⁷ Aldo Petrucci. «Reflexiones sobre las relaciones entre órganos en una constitución no escrita: el caso de la Roma republicana». En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2007. Nro. 60. pp. 171-196. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_060.pdf>.

¹⁴⁸ Ya hemos advertido que restituir el texto de las *XII Tablas*, tal cual se dieron en su momento, es una tarea imposible. Con esa idea en mente, tomaremos como texto de referencia para este trabajo el de Antonio Ruiz Castellanos reconocido por ocuparse de la 1.ª ed. en lengua castellana de *Lex XII Tabularum*, o *Lex Duodecim tabularum*, con referencia a vertientes jurídicas, institucionales filológicas y antropológicas. Cfr.: Antonio Ruiz Castellanos. *Op. cit.* Las posteriores citas a *XII Tablas*, se harán con referencia a esta edición.

considerable aumento del asentamiento impusieron tareas más complejas al poder estatal», de modo que no se puede creer la leyenda, de evidente simplismo, del rey, único señor, sacerdote, caudillo y juez: «En un pueblo que ya se había desarrollado suficientemente, el mito del rey, que administra justicia bajo el roble, es bastante ingenuo», por lo que De Martino supone que existieron, todavía antes de las *XII Tablas*, magistrados y funcionarios listos para el ejercicio de la jurisdicción. En el caso específico de la jurisdicción civil, el magistrado solo tenía el poder de *ius dicere* y de establecer la relación procesal, mientras que la de juzgar pertenecía a un *iudex privatus*: «la tradición considera este sistema como una innovación de Servio Tulio o los fundadores de la república y concibe el poder limitado del magistrado como una restricción democrática del imperio regio».

Resulta muy interesante verificar este aspecto del proceso civil como limitación progresiva de los poderes públicos y el paso de un poder judicial original e ilimitado del rey a una función muy limitada del magistrado republicano para plantear la disputa;¹⁴⁹ y, también resulta oportuno anticiparnos en este punto y rechazar la tentación de considerar que la referencia de las *XII Tablas* a las instituciones del juez, el perito, las partes y el proceso en general podrían invocarse como argumentos acerca de una dudosa antigüedad de las leyes decenvirales si se considera que una civilización próxima, muchos siglos antes, digamos el siglo XIV a. C., hizo gala de la idea de que el rey detentaba la administración de justicia, para lo cual tenía a su servicio una estructura de funcionarios que entendían el concepto de *proceso*, que admitían el principio de *asuntos ya dictaminados* (la cosa juzgada moderna) y la prohibición de «procesar más» a un hombre que ya ha compensado un delito (el *non bis in idem* moderno), como puede verificarse en el edicto de Tudhaliya, del mundo hitita, que trata precisamente de administración de justicia.¹⁵⁰

¹⁴⁹ De Martino. *Op. cit.* Vol 1. p. 208.

¹⁵⁰ Bernabé, Alberto y Álvarez, Juan Antonio (edit.). *Historia y leyes de los Hititas. Textos del Imperio Antiguo. El Código.* Madrid: Ediciones Akal. 2000. pp. 212-213.

De modo que, si mil años antes de los decenviros, los hititas, vecinos geográficos de los griegos, aplicaron tales conceptos, no se ve por qué los romanos no iban a estar en condiciones de utilizar los mismos o similares, en esa continua interacción de civilizaciones indoeuropeas.

Distinguían días hábiles de días fastos, regularon la «intercalación de días» (XI.2, XI.3) y entendieron los contornos de la institución procesal de parte (I.7, I.8). Fijaban plazos para decidir, como en el caso de «la puesta del sol, que constituirá un plazo improrrogable» (I.9).

Fijaban procedimientos y plazos de pago de deudas reconocidas judicialmente (III.1) así como las consecuencias si, a su expiración, no se había solventado la deuda: aprensión y conducción ante el magistrado (III.2).

Justicia compartida

Entendieron el concepto y utilidad de la sentencia. Su cumplimiento, es decir, la ejecución de la sentencia de condena vinculaba al acreedor en una especie de administración de justicia compartida con los particulares: «se lo podrá llevar consigo el demandante, atado con una correa o con cadenas...» (III.3). Pero el demandante tenía deberes de alimentación del reo insolvente y de responder por su custodia (III.4). La retención podía durar sesenta días, tiempo que servía para llegar a algún arreglo para el pago y durante el cual el pretor mantenía cierta vigilancia y competencia para recordar al deudor su deuda en la plaza del comicio, que si no se satisfacía «a la tercera feria lo podrán hacer trozos» los acreedores. «Si cortaron más como si cortaron menos, estarán libres de culpa» (III.6). Esta es una de las leyes más reseñadas de todas las que componen las *XII Tablas*, a la que Aulo Gelio conectó con una historia arcaica del suplicio de Metto, quien fuera sometido a la fuerza salvaje de los caballos jalando su cuerpo en sentido contrario

hasta desgarrarlo, en castigo por sus actos de perfidia y de traición al principio de la buena fe en los tratados.¹⁵¹

Vico, por su parte, atribuyó a esta norma un origen espartano:

Tal jurisprudencia resulta cruelísima al ocuparse de las penas humanas (...), de que al deudor en quiebra se despedazara, para repartir sus pedazos entre los acreedores, pena verdaderamente ciclópea, practicada en los Tiempos de los Gobiernos Divinos, y lo que es más, en las personas, de los nietos, como contra Hipólito, arrastrado por sus propios caballos, que el abuelo Neptuno amedrentara, haciendo de aquél infausta despedazadura: pena que, impuesta en casa a los faltadores a su palabra, salió fuera de ella contra los reyes que no mantuvieron los pactos de las Alianzas, como lo hiciera Rómulo contra Tacto, rey de Alba, a quien hizo morir descuartizado por dos carros sueltos para la carrera por lados opuestos. Era esa jurisprudencia heroica, tanto por el rigor de las interpretaciones como por la crueldad de las penas, lo adecuado a naciones enteramente fieras; por lo cual las leyes de Esparta causaban horror a los ya humanadísimos Atenenses y fueron por ello desalabadas por Platón y Aristóteles...¹⁵²

Mommsen, por su lado, constató que la ejecución privada del deudor insolvente «no sólo revistió desde su origen carácter de causa capital, sino que lo conservó hasta fines de la República». Si bien «Este modo legal de tomarse uno la justicia por su mano estaba también sometido, igual que la demanda misma, a la reglamentación por parte del magistrado». Y añade: «el acreedor tenía derecho a conservar y tratar como esclavos provisionales al deudor y los suyos, y a convertir en cualquier tiempo la pérdida provisional de la libertad en definitiva, vendiéndolos en el extranjero».¹⁵³

La disposición resulta salvaje a los ojos de un hombre moderno. Pero, puesta en perspectiva, representa una regulación primitiva de la justicia privada, una moderación probablemente frente a lo que sucedía previamente y, por tanto, un

¹⁵¹ Cfr. Xavier d'Ors (Edic.). *Op. cit.*, p. 77. Si bien la versión original de esta historia es narrada por Tito Livio, que pone en boca de Tulo las siguientes palabras: «Metto Suffecio; si pudieses aprender aun a guardar fe en los tratados, te dejaría vivir para que recibieses esta lección; pero como tu carácter es incurable, que tu suplicio enseñe a los hombres a creer en la santidad de las leyes que has violado». Tito. *Op. cit.* Libro 1.28.

¹⁵² Giambattista Vico. *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. Apple Books, p. 116, edición referida a la 1.ª edición en México, en 1941, por el Colegio de México: Fondo de Cultura Económica.

¹⁵³ Mommsen. *Op. cit.* pp. 430-431.

paso en la historia de la renuncia a la autoprotección y en la elevación del servicio de administración de justicia en su condición de tercero frente a las partes.

La administración de justicia de las *XII Tablas* es compartida: el impulso procesal, las citaciones y la ejecución de la condena, tienen reglas públicas, pero las ejecutan los interesados.

Hasta aquí la religión no representa un papel perceptible en la resolución de los casos, ni parece que tuviera protagonismo como medio para resolver disputas, a diferencia de lo que podríamos traer a cuento de las regulaciones de Manú o de las reglas sociales del mundo homérico. Hasta este punto, la voluntad de los dioses no tenía mucho qué decir en la definición de las disputas privadas.

Al representar un empeño arcaico de impedir la justicia por la propia mano, las *XII Tablas* diseñan una embrionaria administración de justicia para Roma, a la que apareja procedimientos de toda índole (VI.1.b), que también hablan de un interés en reducir, o regular por lo menos, el impulso primitivo hacia la autodefensa.

El poder judicial bosquejado en formas tan complejas desde tan temprano llegaría a convertirse, desde tal esquema primitivo, en una estructura sumamente sofisticada para el tiempo del Imperio.¹⁵⁴ La función jurisdiccional de aquel entonces estaba asignada a los magistrados (es decir, quien obraba en nombre de la comunidad y que actuaba como depositario de su poder)¹⁵⁵ aunque no por ello dejó de estar encomendada a una clase especializada de funcionarios (pretores, ediles, jefes provinciales, autoridades propias de las comunidades y jurados) cuyo alcance

¹⁵⁴ *De Martino. Op. cit.* Vol. V. Napoli, Jovene, 1975, pp. 298 y 343.

Tan engorrosa y compleja llegó a ser la estructura que sostenía el derecho romano, que traemos a cuento el comentario de un adivino, Artemidoro de Daldis que, para el siglo II d. C., y a propósito de sus comentarios premonitorios sobre sueños y administración de justicia, deja ver un estereotipo que prevalece todavía, que indica que «Los tribunales, los jueces, los abogados y jurisconsultos predicen perturbaciones, preocupaciones para todos y gastos inoportunos». Decía Artemidoro que, si alguien enfermo sueña perdiendo un proceso, ¡morirá! Cfr. Artemidoro de Daldis. *El libro de la interpretación de los sueños*. Carmen Barrigón y Jesús M. Nieto (trad.). Madrid: Ediciones Akal. 1999. p. 215.

¹⁵⁵ Mommsen. *Op. cit.* pp. 137 y ss.

y competencia se determinaba con criterios generales, o bien por pautas territoriales o materiales, y cuyos poderes le permitían regular el litigio. Explica Mommsen ese aspecto normativo tan característico del magistrado romano: «pudiendo el magistrado a quien correspondía la dirección del asunto, regular el derecho de ejercitar la demanda, es claro que con esta facultad de regulación adquiría el poder legislativo». Y continúa:

[...] si es verdad que dicho magistrado había de atenerse a las leyes vigentes, lo es también que le correspondía el derecho, o se lo tomaba, de determinar más detalladamente los preceptos de dichas leyes, y cuando estas guardaran silencio, de dar disposiciones propias, de donde podía resultar una ampliación del precepto jurídico.¹⁵⁶

Tal aspecto normativo típico en la Roma antigua implicaba que los pretores no se apoyaban tampoco en la autoridad del Senado para llevar a cabo su gestión. Fue mediante derecho pretoriano, o edilicio, como gradualmente se gestó la ensortijada organización del procedimiento civil.

Ejército de intérpretes

Las *xii Tablas* darían lugar, asimismo, a la generación de un ejército de intérpretes que iba a ser la base de un sistema legal crecientemente cosmopolita y refinado. Pomponio explica que si bien hasta Tiberio Coruncanio (fallecido en 241 a. C.) el derecho no se enseñaba y, por el contrario, se mantenía en secreto (*Enchiridia* 35)¹⁵⁷ no obstante ello, Coruncanio fue precedido de una larga lista de renombrados jurisprudentes, que inicia en la época arcaica de Roma con Publio Papirio (siglo VI a. C.), un hombre por cuya existencia la *Enciclopedia Treccani* no mete las manos

¹⁵⁶ *Ibid.* pp. 404, 412 y 565.

¹⁵⁷ Las referencias a *Enchiridia* se hacen con referencia a la *Antología de Textos Jurídicos de Roma*. pp. 18 y ss.

al fuego,¹⁵⁸ pero a quien se atribuye la condición de coleccionista de las leyes de los reyes en tiempos de Tarquino (*Enchiridia*, 35).

Esa lista continúa con el propio Apio Claudio (*Enchiridia* 36), el famoso decenviro líder de los redactores de las *XII Tablas*, que muere supuestamente en el 449 a. C.; y sigue con algunos otros renombrados maestros que conducen hasta Gayo Escipión «al cual incluso le fue dada por decisión pública una casa en la Vía Sacra, a fin de que se le pudiera consultar más fácilmente» (*Enchiridia* 37). La lista pasa por el aludido Coruncanio en una sucesión de expertos que llevan a Catón *el Viejo* (234 a 149 a. C.) y Catón *el Joven* (95 a 46 a.C.), y a una serie de jurisconsultos más, a quienes Pomponio considera fundadores del derecho civil (*Enchiridia* 38-39), hasta llegar a Antistio Labeón (43 a. C. a 20 d. C.), contemporáneo de Cicerón (*Enchiridia* 46-47), este último también enlistado, y a quienes sucedieron otros tantos juristas en un largo escalafón, hasta que, «por primera vez, el divo Augusto [gobierna entre 27 y el 14 a. C.] determinó, para que hubiese una mayor autoridad del derecho, que respondiesen en virtud de su propia autoridad, y desde aquel momento comenzó esto a ser solicitado como beneficio» (*Enchiridia* 49). Es decir, hasta que vio la luz la famosa institución del *ius respondendi*, aquel estatus oficial que se otorgó a algunos juristas para dar *responso* con autoridad imperial a los problemas legales, figura que se fortalecería todavía más tarde en tiempos del emperador Adriano [emperador de 117 a 138 d. C.] cuando el *responso* se hizo definitivamente obligatorio para los jueces, lo que resulta de capital importancia en el entendimiento del esquema de fuentes del derecho de la antigüedad romana.¹⁵⁹

Las *XII Tablas* no escaparían al entorno politeísta de la época arcaica de Roma, aunque ningún período del derecho romano iba a ser indiferente completamente a la religión. Tal vez hubo «Una separación durante la república —aclara Mommsen—

¹⁵⁸ “Ma la tradizione è screditata, e va forse interpretata nel senso che nel sec. 3° o 2° a. C. il collegio dei pontefici, presieduto da un rex sacrorum di nome Papirio, abbia raccolto i più antichi rituali.” Cfr.: <<https://www.treccani.it/enciclopedia/sesto-papirio/>>.

¹⁵⁹ Para una idea general acerca del *responso* en tiempos de la República y luego su condición oracular en tiempos del Imperio: Cfr.: <https://www.treccani.it/enciclopedia/responso_%28Enciclopedia-Italiana%29/>.

en que tuvo predominio la idea de omnipotencia del estado», pero se puede decir que ambas esferas, religión y Estado:

[...] estuvieron en pie de igualdad en insignias, honores e incluso coincidentes en la misma cabeza, pues en la antigüedad romana no hubo la doble aristocracia de la edad media entre estado e iglesia, si bien mientras las magistraturas eran anuales, el sacerdocio tuvo carácter vitalicio y unitario.¹⁶⁰

Así pues, en general, hubo siempre una especie de jurisdicción unitaria entre sacerdocio y magistratura que todavía al final del milenio romano se iba a notar con todo el rigor: «Institutas» abren su Proemio nada menos que “*In the name of Our Lord Jesus Christ*”. También declaran haber conseguido sus objetivos compilatorios “*by the blessing of God*”, y no satisfechas, proveen a la posteridad la definición legal más taquillera de todos los tiempos: “*Justice is the set and constant purpose which gives to every man his due. Jurisprudence is the knowledge of things divine and human, the science of the just and unjust*”.¹⁶¹ La propiedad de las cosas divinas y la protección de las cosas sagradas quedarán bajo la autoridad del *Corpus Iuris*, y así atravesarán, Iglesia y Estado, en alianza, y en un entorno ya monoteísta, el largo período histórico a que se refiere la Edad Media.¹⁶²

Pena capital, *provocatio* y *Lex talionis*

Ahora bien. Religión y tablas decenvirales se iban a encontrar en el altar de la pena de muerte. El lanzamiento del condenado desde la fatalidad de la roca Tarpeya representa la entremezcla de leyes civiles y actos de impiedad. La historia de la mítica roca, un antiquísimo lugar de ejecución de la pena capital, se remonta a un episodio ocurrido en tiempos de Rómulo, en el que la hija de Spurio Tarpeyo, protagonista de un soborno de Tacio, murió aplastada «bajo el peso mismo del

¹⁶⁰ Mommsen. pp. 149 y ss.

¹⁶¹ Book I, Title 1, 1.

¹⁶² «Institutas», Book II, Title I, 7-8.

premio»,¹⁶³ leyenda que representa un dramático juego de lenguaje que antoja pensar, por otra parte, que la pena capital para el que instigue al enemigo o entregue a un ciudadano romano, a que se refieren las Tablas (IX.6), debió ejecutarse también en la roca Tarpeya, aunque la norma, o lo que de ella nos llega, no lo dice.

Los romanos parecían gestionar el testimonio con gran sentido de la responsabilidad: regularon cómo podían conseguirlos, si es que no se tenían (II.3); cómo se inhabilitaban y cuáles las penas que se aplicaban por faltar a la verdad (VI.2). La roca Tarpeya les esperaba a los responsables de falso testimonio (VIII.22, VIII.23): faltar a la *fides* entre los romanos, a la confianza pública, equivalía también a faltar a la divinidad, como explica Cantarella.¹⁶⁴

La conexión entre religión y leyes decenvirales se haría sentir enfáticamente en la pena de muerte que se anunciaba por pastar o segar de noche la siembra de arado ajeno. La consecuencia de este hecho era, tratándose de un adulto, la del ahorcamiento en ofrenda expresa a la diosa Ceres; o bien «golpes a discreción» e indemnización, si el responsable era un muchacho (VIII.9). El ahorcamiento en este evento es un indudable caso de «muerte sacrificial»,¹⁶⁵ pues pastar o segar en aquellas condiciones suponía una afrenta a Ceres, que solo se expiaba con el sacrificio ritual del transgresor. Vico nos lo explica:

Así se infligían las penas, precediendo las consagraciones de los mismos reos: muchas de las cuales pasaron luego a la Ley de las *XII Tablas*, consagrado a los Dioses de los padres el hijo impío, y a Ceres el ladrón de cereales al amparo de la noche, y a Jove el atropellador del tribuno de la plebe. Estas Consagraciones de latinos, tienen que ver con las Execraciones de los Griegos; algunas de las cuales, como Deidades, tenían aún sus templos, y eran ellas una especie de excomuniones practicadas en todas las naciones antiguas, como en lo tocante a los Galos nos muestra Julio César de modo harto explícito. Y de

¹⁶³ Cfr.: Livio, 1.11. *Op. cit.* En 6.20 la roca aparece ligada a la idea de traición a la patria y en 6.17 y 7.10 a la expulsión de los galos.

¹⁶⁴ Eva Cantarella, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*. Trad. esp. de M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela, Madrid: Ediciones Akal, 1996, p. 226.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 219.

esta especie fue el interdicto del agua y del fuego entre las gentes latinas, que se mantuvo finalmente entre los Romanos.¹⁶⁶

Resulta bien sugestivo comprobar la sintonía de esta Tabla en particular con las leyes hititas de las civilizaciones anatolias pre grecolatinas, que también asignaban carácter sacral al arado, y cuyo robo se castigaba con la pena capital según la ley hitita 121 (18).¹⁶⁷

En igual sentido la Tabla VIII.21: «El patrono que defraude a su cliente, sea execrable», es decir, enteramente abominable, pues priva a algo de su carácter sagrado, en este caso la relación patrono-cliente, que envolvía un tipo de vital reciprocidad, que Xavier d'Ors nos explica del siguiente modo:

La relación de patronato (*patronatus*) sobre un cliente que voluntariamente se somete a esa forma de subordinación social, está presidida por la "lealtad" (*fides*) recíproca entre ambos; pero de modo especial es el patrono quien debe fidelidad a su cliente, pues la *fides* es, en rigor, la lealtad del superior respecto al inferior. Por ello este precepto decenviral declaraba maldito al patrono que infringe de alguna forma esos deberes de fidelidad para con su cliente.¹⁶⁸

Cantarella nos recuerda que una ley antigua castigaba a los patronos desleales, por lo que resultaría natural preguntarse cuál es la razón por la cual los decenviros encontraron necesaria la reiteración de esta regla,¹⁶⁹ conocida como *sacertas*, que encajaba como un crimen contra la divinidad o la organización estatal, y por cuya virtud el transgresor era abandonado a la venganza de los dioses, expulsado del grupo social, asesinado o esclavizado por cualquiera. En palabras de Petrucci: «la aplicación de la pena de la *sacertas* (el asesinato impune, consagrando a la divinidad al contraventor)» obraba «en relación con el patrono cuando se hubiese

¹⁶⁶ Vico. *Op. cit.* p 112.

¹⁶⁷ Bernabé y Álvarez. *Op. cit.* p. 199.

¹⁶⁸ Xavier d'Ors (Edic.). *Op. cit.* p. 56, Nota 42.

¹⁶⁹ Cantarella, *Op. cit.* p. 274. La duda de Cantarella no es extraña. En su ensayo sobre La Legge, Serrao reconoce que "*Le XII Tavole rappresentarono in gran parte la redazione scritta di norme del ius già esistente*". Cfr.: Feliciano Serrao. *Classi, partiti e legge nella Repubblica romana*. Volume I Introduzione al Corso di Istituzioni di Diritto Romano. Pisa: Pacini Editore. 1975.

comportado de manera fraudulenta con el propio cliente (*patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto*) [si un patrono cometió fraude a un cliente será 'susceptible de asesinato mediante consagración']». ¹⁷⁰

A los niños ladrones, se les azota a discreción del pretor, mientras que a los esclavos, que también se les azota, «se les precipitará de la roca Tarpeya», en cumplimiento de una norma que demuestra que la emblemática roca no estaba asociada únicamente a hechos que comprometían, al menos no directamente, cuestiones religiosas. Una regla consecutiva decía que a los hijos de «ladrones manifiestos» se les azota y se entregan a la víctima del robo para... ¿no se sabe! (VIII.14, XII.2).

Refiriéndose a las acciones noxales, es decir, las derivadas de delitos cometidos por esclavos y cuyo ejercicio permite ir contra sus dueños, las «Institutas» admiten que fueron las *XII Tablas* las que constituyeron el origen de estas acciones para el caso específico del robo: “*Noxal actions were introduced partly by statute, partly by the Edict of the praetor; for theft, by the statute of the Twelve Tables; for unlawful damage, by the lex Aquilia; for outrage and robbery, by the Edict*”. ¹⁷¹

También sufría la pena capital aquel que «cometiere un robo con nocturnidad», con respecto al cual se añadía que «si se le hubiere matado habrá sido legítimamente muerto» (VIII.12). Diferenciando expresamente, las Tablas declaran que de día no se puede matar al ladrón, ni al salteador, ni al bandido, ni, aunque vinieren armados, salvo que hicieren uso del arma (VIII.13). No es que, dadas las circunstancias, nos dice Cantarella, se *tenía* que matar al ladrón, sino que se *podía*, porque «la civitas no tenía ninguna razón para imponer la muerte del ladrón. Lo que le interesaba era sólo controlar la venganza de la sangre». ¹⁷²

¹⁷⁰ Petrucci. *Op. cit.* p. 179.

¹⁷¹ «Institutas», Book IV, Title VIII, 4.

¹⁷² Cantarella. *Op. cit.* pp. 308-310.

Más penas de muerte todavía. En la frontera entre lo civil y lo religioso aparece la llamada vivicombustión, la pira, el suplicio del fuego: «Se le azote y sea quemado» aquel que prendiere fuego a un edificio o a un montón de trigo (VIII.10). Y se fijaba la pena capital para el juez, el árbitro o el perito «convictos de haber recibido dinero para dictar sentencia» (IX.3), Tabla de cuyo tenor literal no tenemos noticias y cuya existencia se conoce exclusivamente por las *Noches áticas* de Aulo Gelio.¹⁷³

El talión dejaría su traza en las *xii Tablas*, como forma de retribución a aquel que «ha roto un miembro a otro» (VIII.2), y que aplicaba, eso sí, siempre que no se llegara a un arreglo con la víctima, lo que implicaba limitar los excesos de la venganza, al precaver el reemplazo de la retaliación por un arreglo pecuniario entre los interesados. Cantarella ha insistido en el «papel fundamental desempeñado por la venganza privada en la sociedad romana» e insta a reconocer «la necesidad de comprender en qué medida la preocupación por controlarla había conformado una parte significativa de su sistema represivo». La cultura de la venganza, añade, «no caracterizó solo a la Roma de los primeros siglos. También desempeñó un papel muy importante en la sociedad romana durante todo el transcurso de su desarrollo. Y no solo en las relaciones privadas.»¹⁷⁴ Pero Petrucci se muestra menos categórico en esta cuestión, al decir que con la decadencia de las *xii Tablas*, y a partir del siglo IV a. C., la ley del talión desapareció del ordenamiento romano y fue solo hasta Justiniano que se retomó en la «Novela» 142 para punir a quienes castraban a otros con o sin su consentimiento.¹⁷⁵

Aulo Gelio, en *Noches Áticas*, trae a cuento una interesante discusión sobre la justicia de la ley del talión de las leyes decenvirales, a las que Favorino tacha de desproporcionadas, mientras que Sexto Cecilio defendía con gran inteligencia: «Dónde —preguntaba este último— está esa crueldad, si se hace contra ti lo que tú

¹⁷³ Xavier d'Ors (Edic.). *Op. Cit.*, p. 67 y nota 23. Ruiz Castellanos, en *Op. cit.*, p. 132, omitió identificar la fuente de donde tomó la correspondiente Tabla IX 3.

¹⁷⁴ Cantarella. *Op. cit.* pp. 261, 298 y 299.

¹⁷⁵ Petrucci, *Op. cit.* p. 287.

hiciste contra otro, especialmente, teniendo la facultad de pactar y no siendo necesario sufrir el talión, a no ser que tú lo prefieras?». El debate a que nos remite Aulo Gelio tiene dos implicaciones. La una nos informa, de acuerdo con la observación de Xavier d'Ors, que las Tablas en punto a talión se aplicaban en la práctica en menos ocasiones y más razonablemente de lo que invita a considerar una interpretación literal del texto decenviral;¹⁷⁶ y la otra, no menos importante, es que nos pone de frente al que es probablemente el único texto conocido de la antigua literatura romana, de los decenviros a Justiniano, texto que examina (y cuestiona) el problema de la proporcionalidad del talión a partir del argumento según el cual es imposible asegurar paridad en esa pena. Es decir, que no es factible obtener «proporción» entre «romper un miembro y la ruptura de otro».

Dicho en forma similar, no puede haber «exacta igualdad de miembro a miembro». Un problema adicional del talión: la imprudencia, que tendría que ser vengada mediante la pena del talión, pero ¿cómo hacer iguales a efectos del talión un golpe fortuito y uno premeditado? En esta perspectiva, se verificaría una «atrocidad ridícula» que llevaría a una infinita «reciprocidad de taliones».¹⁷⁷ Como no sea la curiosa historia del talión del tuerto a que nos remite Cantarella en el debate sobre la proporcionalidad taliónica,¹⁷⁸ *Noches áticas* representa una literatura única poco reseñada todavía, en comparación con los análisis de los modernos, quienes se muestran más inclinados a ver en esta institución una expresión de salvajismo, antes que un límite a los excesos de la venganza.

Golpes menores generaban multas, según que se tratara de hombres libres o de esclavos (VIII.3) y, los daños en general, se compensaban con variedad de multas (VIII.4) no con la retaliación taliónica. La compensación pecuniaria aparece, de lejos, como la pena favorita de las autoridades decenvirales. Es el caso del corte de árboles ajenos con daño para su dueño (VIII.11) o del hurto, que implicaba para el

¹⁷⁶ Xavier d'Ors (Edic.). *Op. cit.*, p. 74, nota 43.

¹⁷⁷ *Ibid.* pp. 68-74.

¹⁷⁸ Cantarella. *Op. cit.* p 297.

victimario responder por el triple de lo robado (VIII.15.a). El derecho postdecenviral evolucionó en el sentido de permitir a la persona afectada poner su propia estimación sobre el daño, teniendo el juez la facultad discrecional de condenar al acusado con la suma calculada por el demandante, o con una cantidad menor. Las «Institutas» consideraban «obsoleta» a las *XII Tablas* en este punto; sin embargo, desde sus orígenes, se consideró que la cantidad compensatoria en esta pena pecuniaria subía o bajaba según el rango y el carácter del demandante, incluso si se trataba de un esclavo, pues no era lo mismo si él era mayordomo, sirviente ordinario o uno condenado a llevar grilletes.¹⁷⁹ Había, pues, criterios de graduación de las penas compensatorias, a los que se añadieron, mediante la distinguida *lex Cornelia* del año 80 a. C., disposiciones agravantes de la agresión, como atrocidad, uso de palos, sitio en el que se agrede (en el teatro, el foro o descaradamente a la vista del pretor). La posición de la herida entraba en juego, como si se recibe el ultraje en un ojo, por ejemplo. También el rango de la persona indignada, si es un magistrado o un senador, o un padre por su hijo, o un patrón por su liberto: “*for such an injury done to a senator, a parent, or a patron has a higher pecuniary compensation awarded for it than one done to a mere stranger, or to a person of low condition*”,¹⁸⁰ y en esta forma fueron tratadas las injurias en las «Institutas», partiendo siempre de las leyes decenvirales.

Los redactores de las *XII Tablas* distinguieron también el concepto de flagrancia y se asignaban distintas consecuencias punitivas en función de tal circunstancia: (VIII.16). Ordenaron que «si el arma se escapa de las manos con más fuerza de lo que uno pretendía, se ofrece un cordero» (VIII.24), lo que nos ubica en la consideración moderna de hechos preterintencionales que se toman en cuenta para graduar el castigo, que en este caso concreto se traducían en una ofrenda expiatoria.¹⁸¹

¹⁷⁹ «Institutas», Libro IV, Title IV, 7.

¹⁸⁰ *Ibid.* Libro IV, Title IV, 9. Y no sobra anotar que es de esta *lex Cornelia* de donde viene que la persona que ha sido ultrajada siempre tiene su opción entre el “*civil remedy*” y el “*criminal indictment*”, según se nos informa también en las «Institutas», Libro IV, Title IV, 10.

¹⁸¹ Cantarella. *Op. cit.* pp. 305, 306.

Quien prende fuego a un edificio o a un montón de trigo, como advertimos atrás, se hacía merecedor del suplicio del fuego. Pero se examinaban aspectos de conciencia y premeditación, así como de negligencia, por cuya virtud se prescribían sentencias menos severas a la hora de la reparación de los daños (VIII.10).

Ha quedado claro que las leyes decenvirales incorporaban numerosas hipótesis de pena capital. Pero es momento de precisar que estaba prohibido claramente ejecutar a alguien (IX.5) sin la intervención en el proceso de la «asamblea más importante» de los ciudadanos romanos censados (IX.2). El cónsul tenía la potestad de dictar sentencia, pero no podía llevarla a cabo sino después de consultar al pueblo, que obviamente podía revocar la decisión, un fenómeno legal que se conoce bajo el nombre de *provocatio* o derecho de provocación. También, a partir de las *xii Tablas* se exigió la intervención en el proceso de los *quaestores parricidii* (IX.4), una suerte de magistrado menor, auxiliar del cónsul, que ostentaba poderes particulares de inquisición.¹⁸² De Martino explica la *coercitio dei tribuni* en los procesos capitales tribunicios, y sus límites, si bien nos queda la duda de si tales limitantes operaban con respecto a todos los casos que aparejaban pena de muerte en las *xii Tablas*, o si apenas frente a algunos.¹⁸³

La expulsión de la ciudad no podía decretarse contra ciudadanos de Roma, quienes tampoco conocieron la pena de mutilación en el ámbito de los procedimientos de derecho público. Conocieron ciertamente la pérdida de la libertad, pero bajo la forma en que, a alguien, como castigo, se le podía hacer esclavo, pues la cárcel fue enfocada solo para uso transitorio, y no para términos fijos, no para retribuir o expiar delitos. Mommsen explica que, si bien fue arbitrario el concepto de desobediencia y si bien los procedimientos penales nunca fueron bien delimitados, los medios coactivos y penales, es decir, el derecho público de constreñir y penar, derivado del

¹⁸² Un semblante de este oficio en <<https://www.treccani.it/enciclopedia/questore/>>.

¹⁸³ De Martino. *Op. cit.* Vol 1, pp. 366, 367. También Mommsen hizo iluminantes aportes en la investigación del llamado derecho de provocación, es decir, la alzada de la decisión de los magistrados ante los comicios, quienes tenían atribuciones de anulación. Cfr. Mommsen. *Op. cit.* pp. 374 y ss. Y p. 389.

derecho de mandar, estaba restringido, pues «no se permitía hacer uso con este carácter de todo mal imaginable». ¹⁸⁴

Tanto la pena capital, como la confiscación de bienes, los castigos corporales, la pérdida de la ciudadanía, la captura, la prenda como daño patrimonial impuesto al responsable, las penas pecuniarias y las multas, todas ellas, a pesar de que nunca estuvieron referidas a estatutos procesales generales de los que conocemos en la actualidad, a las que estuvieran sujetos los magistrados para el ejercicio de la coacción, y a pesar de que tampoco había lugar a demanda o querrela ni había una regla de prueba pormenorizada, ni trámite procesal detallado, ni «graduación o medida legal de la pena», tenían, de cualquier modo, limitaciones.

La usura, la malversación de depósitos, el caso de tutores y administradores sospechosos se castigaban en una lógica perfectamente pecuniaria, como el cuádruplo o el duplo de la usura o de la malversación, etc. (VIII.18, 19, 20).

Al cierre del milenio romano que corona Justiniano, se habrían de compilar las disposiciones que, a lo largo de los siglos que siguieron a las leyes decenvirales, habían perfeccionado su arsenal normativo para la persecución penal. Nos dimos a la tarea de revisarlo. Se aplicaban pena de muerte, interdicción de agua y fuego, deportación, ¹⁸⁵ trabajos forzados en minas, así como sanciones pecuniarias.

La pena de muerte justiniana castigaba el adulterio, la homosexualidad, la seducción de vírgenes o viudas respetables, la corrupción de los jueces y de sus ayudantes e instigadores, así como a los envenenadores y vendedores de drogas mortales. ¹⁸⁶ A veces el proceso capital implicaba sanciones añadidas, como en el

¹⁸⁴ Mommsen. *Op. cit.* p. 385.

¹⁸⁵ *Deportatio, relegatio*, exilio, destierro, *interdictio aquae et ignis*, no siempre significaron lo mismo. Para esa distinción, así como una breve referencia respecto a los lugares de deportación bajo el imperio romano y su uso durante el medioevo y posterior práctica de deportación a las colonias, Cfr.: <https://www.treccani.it/enciclopedia/deportazione_%28Enciclopedia-Italiana%29/>.

¹⁸⁶ “*This statute also inflicts punishments of death on poisoners, who kill men by their hateful arts of poison and magic, or who publicly sell deadly drugs*”: «*Institutas*», Book IV, Title XVIII, 6.

caso de la traición al Emperador o al Estado, en el que el ajusticiado recibía la «marca de la infamia» todavía después de la muerte; o modalidades especiales de ejecución, como en el caso del parricida (aunque también el sicario y sus instigadores), que eran condenados a la pena del saco (*poena cullei*) cuya aplicación sería documentada todavía muy entrada la Edad Moderna.¹⁸⁷

Fuego extinguido, Roma extinguida

Las vírgenes vestales, llamadas así en honor de Vesta, fueron un símbolo milenario de pureza y castidad, una institución profundamente arraigada entre los romanos durante siglos, hasta que desaparecieron señaladas de representar una institución pagana con el ascenso del cristianismo en el siglo III. De acuerdo con las *XII Tablas*, las vestales eran las únicas mujeres de aquellos tiempos que no estaban sometidas a tutela (V.1), y que, por tanto, tenían estatuto de personas libres.

Tito y Cicerón legaron varios aspectos de interés en torno de esta institución: una virgen vestal debía permanecer casta durante el período de su sacerdocio bajo pena de soterramiento (Livio, 8.15) y su comportamiento tenía que mantenerse alineado con imaginarios de «absoluta pureza»;¹⁸⁸ no podían llevar «atuendos amanerados» ni parecer más elegantes de lo apropiado, ni mostrar «afición excesiva al brillo» (Livio 4.44 y 8.15). Podían ser enterradas vivas, como se advirtió, si resultaban culpables de no preservar su voto de castidad (Livio 2.42). En alguna ocasión, se escogía a una doncella para este privilegio pensando más bien con los deseos políticos de evitar sucesiones familiares peligrosas para los reyes de turno (Livio, 1.3).

¹⁸⁷ «*This is not execution by the sword or by fire, or any ordinary form of punishment, but the criminal is sewn up in a sack with a dog, a cock, a viper, and an ape, and in this dismal prison is thrown into the sea or a river, according to the nature of the locality, in order that even before death he may begin to be deprived of the enjoyment of the elements, the air being denied him while alive, and interment in the earth when dead*». «*Institutas*», Book IV, Title XVIII, 6.

«Poena cullei obtuvo una especie de resurgimiento a finales de la Edad Media y principios de la Alemania moderna, con casos tardíos de ahogamiento en un saco junto con animales vivos documentados desde Sajonia en la primera mitad del siglo XVIII». Cfr. <https://es.wikipedia.org/wiki/Poena_cullei>.

¹⁸⁸ Cicerón. *Op. cit.* Libro 2.12,29.

De origen griego, Vesta era la poderosa diosa del fuego sagrado del hogar, que trascendería con el tiempo en importancia para elevarse a todopoderosa diosa del «hogar de la ciudad» o del «público hogar», es decir, de Roma. De acuerdo con Cicerón, mientras existiera el fuego del templo de Vesta, Roma existiría.¹⁸⁹

La casa de un romano, igual que la de un griego, explica Fustel de Coulanges, encerraba un altar a Vesta. Los hombres de aquel tiempo tenían reglas y ritos para obtenerlo, deberes de conservarlo y reavivarlo. El fuego tenía naturaleza divina, se le adoraba y se le rendía culto, se esperaba protección en su presencia. Era el poder tutelar del fuego, de Vesta, la llama viviente,¹⁹⁰ que iba a tener su lugar en las leyes decenvirales en la forma antedicha, de la diosa Vesta, pero también en la regulación del rito funerario y la muerte.

Las «venerables Doce» prohibieron enterrar o incinerar muertos dentro de la ciudad (X.1), obligaron a situar la pira funeraria a cierta distancia de un edificio ajeno (X.10), y eliminaron la posibilidad de usucapir la antesala de un sepulcro (X.11). Para la época de las *XII Tablas*, los romanos consideraban la tierra inalienable, y resulta muy interesante notar que la expropiación por deudas no tuvo lugar en el derecho de las ciudades antiguas grecorromanas. Es cierto que las tablas decenvirales no son complacientes con el deudor, «pero no permite que su propiedad se confisque en provecho del acreedor. El cuerpo del hombre responde a la deuda, no su tierra, pues la tierra es inseparable de la familia».¹⁹¹

¹⁸⁹ *Ibid.* Libro 2.8.20.

¹⁹⁰ Fustel de Coulanges. *La ciudad antigua. Historia sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Estudio preliminar de Daniel Moreno. Editorial Porrúa, Núm. 181, Primera edición 1864, Décimo primera edición de 1998, p. 17.

¹⁹¹ El sentido del derecho de propiedad en la Antigüedad tiene características muy distintas a las actuales. El patrimonio, p. e., no pertenecía al padre propiamente, sino a la familia, lo que se refleja enfáticamente en su concepción funeraria. Dejemos que un elevado experto nos lo explique: «además, ese campo donde está la tumba, donde viven los antepasados divinos, donde la familia por siempre debe realizar un culto, no es la propiedad de un solo hombre, sino de una familia. No es el individuo viviente en la actualidad quien ha establecido su derecho sobre la tierra: es el dios doméstico. El individuo solo la tiene en depósito; pertenece a los que han muerto y a los que han de nacer. Forma parte con esa familia y no puede separarse de ella. Disociad uno de otra y alteráis un culto y ofendéis una religión. Entre los indios, la propiedad, fundada también en el culto, era igualmente inalienable.» Fustel de Coulanges, *Op. cit.* pp. 47-48.

Usucapión, propiedad y tumbas, una relación de instituciones que fotografía muy bien aquella época. No había un cementerio, sino que cada familia enterraba a los muertos en su propio campo, de lo cual se seguía una propiedad perpetua, un suelo inalienable e imprescriptible. Describiendo la antigüedad arcaica, Fustel de Coulanges explica que: «La sepultura había establecido la unión indisoluble de la familia con la tierra, es decir, la propiedad», y rechaza que fueran las leyes —y no la religión— las que garantizaron al comienzo el derecho de propiedad. Nos desafía de este modo: «Fundad la propiedad en el derecho del trabajo, y el hombre podrá desasirse de ella: Fundadla en la religión, y ya no podrá» pues «un lazo más fuerte que la voluntad humana une la tierra al hombre».¹⁹²

La *xii Tablas* redujeron, asimismo, la suntuosidad de los duelos en lo que respecta a telas y túnicas y hasta al número de flautistas, y prohibieron «desbastar con la azuela la leña de la pira». Prohibieron igualmente las «lamentaciones» (X.2, X.3), el acto de arañarse las mejillas las mujeres (X.4),¹⁹³ la costumbre de recoger huesos de un muerto para hacer después un funeral, salvo que fueran los huesos del muerto en guerra o en el extranjero (X.5.a, X.5.b), y se suprimió la costumbre de uncir a los esclavos, las procesiones de grandes coronas e incensarios (X.6), y el uso de oro en la sepultura (X.8, X.9). Se permitía ser incinerado con coronas obtenidas con honor o valentía (X.7)

¹⁹² «Resulta bastante evidente que la propiedad privada era una institución de que no podía prescindir la religión doméstica. Esta religión ordenaba aislar el domicilio y aislar también la sepultura; la vida en común ha sido, pues, imposible. La misma religión prescribía que el hogar estuviese fijo en el suelo, que la tumba no fuera ni destruida ni trasladada. Suprimid la propiedad: el hogar irá errante, las familias se mezclarán, los muertos quedarán abandonados y sin culto. Mediante el hogar inmutable y la sepultura permanente, la familia ha tomado posesión del suelo, la tierra ha quedado, en cierto sentido, imbuida y penetrada por la religión del hogar y de los antepasados. El hombre de las antiguas edades quedó así dispensado de resolver problemas harto difíciles. Sin discusión, sin fatiga, sin sombra de duda, llegó de un sólo golpe y por la sola virtud de sus creencias a la concepción del derecho de propiedad, de ese derecho de donde surge toda civilización, pues por él el hombre mejora la tierra y él mismo se hace mejor.» Cfr.: Fustel de Coulanges, *Op. cit.* p. 44.

¹⁹³ Una Tabla que muestra una fuerte conexión de las *xii Tablas* con la tradición homérica. De acuerdo con **Inés Calero Secall**: «En Grecia fue muy significativa la función desempeñada por las mujeres en las exequias fúnebres. Tanto los documentos literarios y epigráficos como la iconografía de la cerámica griega testimonian la participación femenina en escenas funerarias. Ya en los poemas homéricos nos es familiar la imagen de mujeres en situaciones de duelo que se arañaban las mejillas y el pecho o se arrancaban los cabellos en señal de dolor por la muerte de un ser querido. Briseida, Hécuba o Andrómaca son protagonistas en la *Ilíada* de escenas fúnebres en las que manifestaban de este modo su dolor». Cfr.: Calero Secall. «**Los legisladores griegos y sus preceptos sobre las mujeres en los funerales**». En: *Revista de estudios histórico-jurídicos*. xxxiv (Valparaíso, Chile, 2012) [pp. 37-51]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552012000100001>.

El alma de los muertos en la cosmogonía romana no se trasladaba de cuerpo ni iba a una mansión celestial, sino que permanecía bajo tierra, se enterraba con él, lo que explica la antiquísima locución funeraria latina «que la tierra te sea ligera».¹⁹⁴ Para el siglo IV a. C., todavía regía la costumbre muy antigua de enterrar a los muertos en la casa de hogar, que se extendería a mucho tiempo después, considerando las constancias que deja Cicerón a ese respecto en sus detallados comentarios sobre el significado de estas específicas tablas decenvirales y sobre el hecho de que el rito funeral se había convertido en un episodio fastuoso que había de moderarse siguiendo el tenor, también en esto, de las leyes de Solón.¹⁹⁵

LIBERTADES

Las leyes decenvirales venían anteceditas de un ambiente pastoril, por lo que cualquiera imaginaría que el problema de la propiedad individual del suelo no representaba demasiadas preocupaciones. Tal ambiente pudo tener lugar durante la Roma arcaica, cuando la propiedad de la tierra tenía rasgos colectivos y de pertenencia al grupo. Esto cambiaría: “*La storia costituzionale romana dei primi secoli della Repubblica è ad un tempo la storia delle lotte di classe per la giusta ripartizione delle terre*”.¹⁹⁶

Efectivamente, las *XII Tablas* nos hablan de un tiempo de profundo celo por el patrimonio. No hay que equivocarse: el patrimonio privado dio prueba de su existencia desde la Antigüedad temprana, pero los principios en que se basó esa idea, producto del entrelazamiento de religión doméstica, familia, hogar y suelo, resultan ser muy diferentes con respecto a nuestras justificaciones actuales del derecho de propiedad, como advierte Foustel de Coulanges.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Foustel de Coulanges, *Op. cit.* p. 6.

¹⁹⁵ Cicerón. *Op. cit.* Libro 2 23,58.

¹⁹⁶ *De Martino. Op. cit.* Vol. I, pp. 25, 252 y 254.

¹⁹⁷ Fustel de Coulanges. *Op. cit.* p. 39.

La propiedad

Ciertamente, se usó el concepto de propiedad en las *xii Tablas*, que llegaría todavía más allá para clasificar los tipos de propiedad (VII.4.a, VII.4.b) y para protegerla del pródigo y del trastornado que tiene a su cargo la administración de bienes (V.7). Las Tablas nos hablan, asimismo, de una comunidad que entendía perfectamente los elementos del contrato de compraventa, así como las condiciones en las cuales se había producido la transferencia de un bien vendido (VI.1.c), de litigios (VI.6) e incluso de cuestiones relacionadas con la apropiación de materiales ajenos (VI.8.a).

Preveían el pago de daños (VI.8.b, VI.9) e implementaban acciones de delimitación de fincas (VII.3, que alude a Solón),¹⁹⁸ servidumbres (VII.6, VII.7), «reclamaciones infundadas» de terceros, que se exponen a multas... (XII.3), y se amenazaba con penas pecuniarias a aquellos que pretendieran «consagrar aquello cuya posesión se discute» (XII.4). Se remitían los romanos del 450 a. C., finalmente, a múltiples castigos por hurto (VIII.15.a, VIII.12, VIII.13, VIII.14, VIII.15.b, VIII.16), que son la prueba más cruda del sentido de protección del patrimonio.

Si la propiedad es un derecho o una libertad, se verá de qué intensa manera se le protegía ya en las leyes decenvirales, que cualquier civilista podría enfocar cómodamente como un tratado de la usucapión, considerando la variedad de detalles que encontramos en aquel estatuto sobre sus condiciones de tiempo y lugar y la regulación de disputas entre vecinos por franjas de terrenos, que denotan alto grado de sofisticación en el tratamiento de la propiedad y la posesión, como se puede comprobar por ejemplo en la distinción entre muebles y fincas, y sobre los

¹⁹⁸ Se trata de una mención directa a Solón dentro de las propias Tablas que, sumada a las referencias de otras fuentes acerca de la inspiración solónica de la embajada decenviral, hace aparecer a De Martino —que lo pone en duda—, algo apasionado con la historia legendaria de Roma: “*E’ chiaro che la finalità della legazione non poteva essere certo di trasferire a Roma le leggi greche; essa era puramente politica e come tale poteva esaurirsi nel fatto stesso di costituire una re- mora e ad un tempo un lento avvio alla legislazione.*”: Cfr. De Martino. *Op. cit.* Vol. I. p. 304.

Analistas recientes siguen encontrando puntos en común entre las leyes griegas y las *xii Tablas*. Por ejemplo, Buis, Emiliano Jerónimo. «Del derecho griego (Solón, F60a [R]) a las *xii Tablas*: un caso de intertextualidad jurídica». En: *Florentia Iliberritana. Revista de estudios de Antigüedad Clásica*. Universidad de Granada, No. 19 (2008). Disponible en internet en: <<https://revistaseug.ugr.es/index.php/florentia/article/view/4075>>.

efectos jurídicos de transacciones sobre bienes robados (V.2, VI.3, VI.4.a, VI.4.b, VII.1, VII.2, VII.5) y, como se puede verificar también en las reglas de transmisión del patrimonio que distinguían herederos «de propio derecho» de «herederos parientes agnados»,¹⁹⁹ que se van sucediendo en la vocación sucesoral, a falta de los cuales heredaban los gentiles, su *gens* (V.5). Y como se puede confirmar, finalmente, en las acciones para partir el patrimonio (V.10) y las reglas para conseguir la libertad, en el caso de alguien que forma parte de un patrimonio heredado (VI.1.d).

La intensa regulación de la propiedad venía acompañada en las *XII Tablas*, de la equiparación entre *voluntad personal* y *ley*, por ejemplo, en la cuestión del testamento, en que la voluntad del *pater familias* se pone en perfecta correspondencia con el alcance vinculante de la «ley» (V.3). Sin duda esta equivalencia representa un paso decisivo en la evolución del concepto de autonomía personal, sin lo cual no parece posible el desarrollo subsiguiente de la institución de la propiedad, que requiere cierto nivel de exclusividad en la forma de disponer de la herencia y de la propia familia. La mentalidad decenviral otorgaba también rango de ley al compromiso verbal en compraventas (VI.1.a) ¡Qué interesante momento en el que se eleva la voluntad de un hombre a la categoría de la ley!: «vestigio sobradamente expresivo de su libre y absoluta monarquía en el estado de las familias», dice Vico también del *pater familias* en las *XII Tablas*.²⁰⁰

¹⁹⁹ Esta vocación patrimonial podría estar vinculada al hecho de que en Roma los agnados estaban llamados a ejercer la venganza para reivindicar la muerte del causante. Según Petrucci, «Entre los crímenes confiados a la venganza privada encontramos el homicidio (parricidium), que desde los tiempos del rey Numa se distinguió en asesinato voluntario e involuntario, estableciéndose, en el primer caso, que los agnados debían ejercitar la venganza matando al homicida». Cfr.: Petrucci. *Op. cit.* p. 253.

²⁰⁰ «Los padres de familia tenían derecho de vida y muerte sobre las personas de sus hijos; y a consecuencia de esta infinita potestad sobre las personas, gozaban también de otra igualmente infinita sobre las adquisiciones, pues todo cuanto adquirían los hijos, para sus padres era; y con dominio despótico, los padres en sus testamentos disponían sobre la tutela de las personas de sus hijos como de cosas, que enteras, guardó a los padres de familia la Ley de las *XII Tablas* en el capítulo de Testamentos: *Pater familias uti legassit super pecuniae tutelaeve suae rei, tía jus esto*: todo ello vestigio sobradamente expresivo de su libre y absoluta monarquía en el estado de las Familias» Vico. *Op. cit.* Apple Books. p. 80.

Estratificación social

Las *xii Tablas* prohibían las bodas de plebeyos con patricios (XI.1), una norma que nos transporta de inmediato a la estructura enérgicamente clasista de la historia de Roma, de constantes luchas internas entre patricios y plebeyos, las castas que, en la descripción de De Martino, aparecen como dos comunidades divididas, con sus propios sistemas legales, que luchan durante largo tiempo entre ellas antes de llegar a una comunidad unida: “*La storia di questo conflitto è la storia dello sviluppo della costituzione romana*”.²⁰¹ Ese clasismo se reflejaba también en las relaciones civiles que exigían que hacendado avalara hacendado, mientras que plebeyo a plebeyo (I.4).

La igualdad de acceso a las instituciones estaba en plena reivindicación para mediados del siglo v a. C. Mientras tanto, no podían los plebeyos ser magistrados de la ciudad ni tampoco entrar en el Senado²⁰² y, de acuerdo con Mommsen, tampoco podían ejercer funciones sagradas en la comunidad.²⁰³ La Roma patricio-plebeya incorporaba patriciado, nobleza, la orden de los senadores, caballeros, todos arriba de los plebeyos, clases inferiores de ciudadanos, con aspiraciones de igualdad y de lograr convertirse en estado dentro del estado, una «sombra de ser», en la interpretación del premio Nobel. Incorporaba asimismo a los libertos, personajes que pasaban de la esclavitud a la libertad, acordonados por toda clase de prohibiciones y desventajas legales en punto a cargos públicos y sacerdotales, servicio militar y demás.

Una norma ya comentada lanza potente información adicional sobre aquella alineación estratificada de la Roma de las *xii Tablas*. «El patrono que defraude a su cliente, sea execrable» (VIII.21), que nos recuerda la pena de *sacertas*, un asesinato sacrificial, considerado impune: si el patrono infringía los deberes de lealtad frente

²⁰¹ De Martino. *Op. cit.* V. I. p. 64.

²⁰² *Ibid.* V. I. p. 264.

²⁰³ Mommsen. *Op. cit.* p. 69.

a su cliente, este podía inmolarlo, consagrándolo a la divinidad.²⁰⁴ De Martino y Mommsen discrepan: para el primero, la clientela en aquel mundo antiguo no estaba integrada por esclavos, ni plebeyos y destaca que “*Oscura è l’origine della clientela*”;²⁰⁵ para el segundo, clientela y plebeyado se identifican en el concepto y en la realidad,²⁰⁶ pero coinciden los ilustres romanistas en que, sin duda, se trataba de una clase de rango inferior, subordinada, sin estatus ciudadano, sin capacidad para acudir a tribunales, sin vínculo legal, solo una relación de obediencia, de *fides*, basada en una vinculación económica o bien «ligados más bien por vínculos morales que jurídicos».²⁰⁷

Roma y esclavitud podrían tenerse por términos intercambiables. Esclavista por excelencia, ya las *XII Tablas* reflejan una tradición de aprovechamiento servil, que gradualmente hizo tránsito a un lucrativo sistema de explotación productivo de los esclavos. Una Tabla deja huella normativa de la tragedia de la doncella Virginia (VI.7): Appio Claudio, el líder de los decenviros, «enloquecido por la lascivia» —según narra Tito Livio—, en contubernio con alguien que la reclamaba como su esclava, accedió a entregar la joven contra toda evidencia de que no era esclava, hecho que generó estupor en toda Roma y derivó en un triste final en el que el padre de la joven, no pudiendo protegerla de la obstinación del decenviro, decidió sacrificar a su hija, antes que permitir su degradación social y su abuso: «¡Hija mía! Te conservo libre de la única manera que puedo», dicho lo cual tomó un cuchillo de una tienda cercana y la acuchilló.²⁰⁸ Si esta leyenda no fuera cierta,²⁰⁹ no importaría

²⁰⁴ Petrucci. *Op. cit.* pp. 179-180.

²⁰⁵ “*Possiamo quindi essere certi che la clientela non si identifica con la plebe; essa è una classe di sottoposti all’interno della gens, come la plebe è una classe di sottoposti all’interno della civitas; le origine sono diverse e diversi le funzioni sociali e politiche. Mentre la plebe sostiene aspre lotte e raggiunge la sua libertà, la clientela, assorbita nell’ambito della gens, rimane subordinata ed allorchè perde il suo antico carattere dà luogo all’ordinamento storico del patronato, il cui solo campo di applicazione è quello dei servi manomessi, i liberti che non hanno un pater familias, ma soltanto un patronus*”. Cfr. De Martino. *Op. cit.* V. I. pp. 39, 41.

²⁰⁶ Mommsen. *Op. cit.* p. 30.

²⁰⁷ «Es muy significativa, para conocer la naturaleza de este instituto, la prohibición de persecuciones judiciales entre el patrono y el cliente, y en considerar sencillamente como un delito la infracción de las relaciones de fidelidad». Mommsen. *Op. cit.* p. 38.

²⁰⁸ Tito Livio. *Op. cit.* 3.44 a 3.48.

²⁰⁹ De Martino es ejemplo de quienes califican de *mítico* el episodio de Virginia, introducido por historiadores, según él, para mostrar una imagen todavía más cruda de Appio Claudio. Cfr.: De Martino. *Op. cit.* V I. p. 306.

en absoluto, porque logra transmitir de todos modos, con gran potencia, las contradicciones y tragedias de la sociedad esclavista romana de la época decenviral, como también transmite mensajes sobre la moderación y control del poder, pues debido a este hecho murió también Appio Claudio, y cayó el decenvirato.

La tragedia de Virginia no afectó en absoluto la estructura esclavista de Roma. A nadie interesaba ese propósito. Ni siquiera la celebridad de Espartaco lograría bambolear ese sistema, y más bien podría decirse que lo consolidó, después de la sofocada rebelión del 71 a. C. A pesar de haberse elevado como un “*rispettabile nemico*” para Roma, el Gladiador no consiguió organizarse como algo que se pareciera a un movimiento político, y resulta bastante elocuente verificar que durante aquella convulsión jamás reivindicó la abolición de la esclavitud.²¹⁰

Vestidos en forma miserable, vigilados y alimentados bajo una racionalidad simplemente animal, los esclavos fueron meros “*strumenti di lavoro e trattati con rigorosa e fredda determinazione economica, avendo di mira il reddito massimo possibile*”, sin vida coyugal posible y sometidos al “*principio che fosse conveniente far vivere gli schiavi nello stato di indifferenziata prostituzione.*”²¹¹ Las transiciones revolucionarias posteriores que van de la República al Imperio no implicaron cambios en la estructura fundamental de la sociedad romana entre libres y esclavos ni entre clases sociales en que se dividían los hombres libres.²¹²

Un milenio después de las *XII Tablas*, las «Institutas» todavía regularían la esclavitud como el asunto más cotidiano, al punto que regula acciones noxales con referencia expresa a las tablas decenvirales.²¹³

²¹⁰ *Ibid.* Vol. III, seconda edizione, Napoli, Jovene, 1973, pp. 124-126.

²¹¹ *Ibid.* V. II. pp. 295-296. «De Martino advierte sobre las dificultades de reconstruir con precisión la historia de la esclavitud en Roma. No obstante, provee valiosa información sobre su expansión y arraigo en la estructura económica, así como sobre las causas económicas de su decadencia durante la Monarquía.». Asimismo, Cfr.: De Martino. *Op. cit.* V. II. pp. 4 y ss.; y Vol. V, Napoli, Jovene. 1975. p. 156.

²¹² *Ibid.* Vol. IV, parte prima. p. 44.

²¹³ «Institutas», Book IV, Title VIII.

Estatuto de la familia

La noción de familia de las *xii Tablas* (V.8) incorpora los prejuicios de «ligereza de ánimo» que el mundo antiguo en general asignaba a las mujeres, lo que se traducía en el sometimiento a la tutela de su padre o de sus parientes agnados a falta de aquel (V.1, V.2). «Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido». No tenían en Roma un nombre propio como no fuera la forma femenina del *nomen* de su padre, y su consentimiento para todas las cosas permanecía incompleto si no obtenía el «consentimiento de su tutor» (V.2, V.6). Griegos, romanos e indios tuvieron en común la concepción de la mujer como una menor de edad:

Nunca manda, ni nunca es libre ni señora de sí misma, *sui juris*. Siempre está junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro; para todos los actos de la vida religiosa necesita un jefe, y para todos los actos de la vida civil, un tutor.²¹⁴

La mujer también se «usucapía» por el transcurso de un año de convivencia. La interesada, es cierto, podía interrumpir el proceso, ausentándose tres noches antes de cumplirse el período anual, pero era tratada legalmente como parte del engranaje de los bienes muebles de propiedad de la familia (su padre, su marido o sus agnados)²¹⁵ lo que no debería sorprendernos si se considera el rango que la religión de aquel entonces daba a los hombres, en la vida como en la muerte. Las mujeres, a diferencia de aquellos, no estaban llamadas a convertirse en antepasados de la familia, adoración fundamental de la religión arcaica.²¹⁶

El padre tenía el derecho de dar muerte a un niño «espantosamente deforme» (IV.1) y podía también vender a los hijos, aunque bajo condiciones que a día de hoy ya

²¹⁴ Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, p. 59.

²¹⁵ Mommsen hace notar el influjo de las instituciones helénicas en este punto, «hasta bien entrados los tiempos» del mundo romano. Cfr.: Mommsen. *Op. cit.* p. 13.

²¹⁶ «Sin duda que hoy nos cuesta gran trabajo el comprender que un hombre pudiera adorar a su padre o a su antepasado. Hacer del hombre un dios nos parece el reverso de la religión. Nos es casi tan difícil comprender las antiguas creencias de esos hombres, como a ellos les hubieses sido representarse las nuestras». Fustel de Coulanges. *Op. cit.* p. 23.

nos resultan incomprensibles: si la venta se hacía repetidamente, a la tercera vez el hijo vendido quedaba liberado de su padre (IV.2). El adquirente de los hijos en esas compraventas podía darles la libertad, lo que suponía una ruptura de la patria potestad que no perjudicaba al hijo y que, de acuerdo con Mommsen, «trajo al plebeyado gran parte de sus mejores hombres».²¹⁷ Los hijos —y también los nietos— son considerados en Roma, igual que la mujer, una propiedad factible de ser enajenada. Las leyes decenvirales incorporaban finalmente la noción de divorcio y de sus consecuencias (IV.3), y regulaban claramente sobre los hijos nacidos en adulterio, para efectos de lo cual fijaban una regla de nacimiento de diez meses (IV.4).

Libertades antiguas y modernas

Las *xii Tablas*, los antiguos y los modernos: ¿Era la libertad en Roma un concepto borroso y oscuro, o incorporaba algún significado jurídico positivo? ²¹⁸ Es verdad que el romano no tenía derechos contra un Estado de fundamentos teocráticos y omnipotencia ilimitada. Sobran las evidencias: la religión, explica de Martino, era un invencible instrumento de dominación que pesó durante mucho tiempo en el libre albedrío del hombre;²¹⁹ existió durante la época clásica, asimismo, un poder de expropiación de bienes de parte del Estado frente al cual los súbditos carecían de defensa; y es evidente que el esclavismo se afianzó durante siglos. La aplicación

²¹⁷ Mommsen. *Op. cit.* p. 33.

²¹⁸ «*La disputa tra gli studiosi a questo riguardo non ha ragione di essere, perchè entrambe le nozioni sono esistite e ricorrono nelle fonti. La libertas romana, nel senso politico e giuridico, non era un concetto vago e negativo, in quanto implicava un complesso di diritti e di potestà, sia nel diritto privato, che in quello pubblico. Infine una espressione corrispondente all'orgoglio storico di Roma era, come si è già detto, quella di Cicerone: Aliae nationes servitutem pati possunt, populi Romani est propria libertas*». Cfr.: De Martino. *Op. cit.* V III. pp. 142-143.

²¹⁹ «*Sebbene i tratti più caratteristici della costituzione di una polis consistano nella sfera di libertà, che essa garantisce ai cittadini, sia essa più o meno ampia, errerebbe tuttavia chi credesse di poter applicare alle città antiche i principi moderni sui diritti soggettivi pubblici ed in genere sul diritto dei cittadini alla libertà individuale. Il singolo non aveva diritti verso lo Stato, la cui onnipotenza era senza limiti ed il cui fondamento era teocratico; la religione, che informava di sé tutta la vita cittadina, era uno strumento invincibile di dominazione. Anche Roma non si sottrasse a questo comune carattere dello Stato antico e certo in Roma la libertà del cittadino fu meno ampia che in Grecia, in ogni caso di diverso contenuto. Anche quando le credenze religiose vacillarono nello scetticismo della tarda repubblica, gli antichi riti rimasero in vita e costituirono pur sempre forme essenziali del diritto dello Stato. L'originario elemento teocratico pesò a lungo nella vita civile e sulla libera volontà del l'uomo*». Cfr. De Martino. *Op. cit.* V I. p. 202.

extendida del *crimen maiestatis* así como del *supplicium more maiorum* forma parte de la lista de pruebas de aquella omnipotencia estatal.²²⁰

Y es cierto que se producían injerencias de la autoridad en la familia y la vida privada que, a ojos del hombre moderno, resultan absurdas, como el caso de la *lex Fannia* (año 161 a. C.) que regulaba el número de personas que se podían invitar a un banquete. Benjamin Constant (1767-1830) aprovechó muy bien esa lista de injerencias, y revolvió el ambiente con sus aplaudidas tesis acerca del espíritu opuesto entre los tiempos antiguos y los tiempos modernos, y propuso desconfiar de esa admiración por las «reminiscencias antiguas», y por aquellas «ensalzadas instituciones» griegas y romanas que obstruían la libertad individual, y que, contagiadas por el síndrome de Tepandro, no daban oportunidad a las libertades de expresión, de opinión, de escoger profesión, de influir en el gobierno, de reunirse, de ir y venir, sino que apostaban por «máquinas cuyos resortes y engranajes» dirigían el conjunto del que formaba parte.²²¹

²²⁰ "Aggiungasi che il crimen maiestatis fu largamente adoperato per colpire gli avversari degli imperatori e che per esso non si trova soltanto comminata l'antica pena repubblicana dell'interdictio aqua et igni, ma più spesso la morte, sia questo avvenuto per una estensione legale o per un uso arbitrario da parte degli imperatori. Inoltre sotto la sanzione del crimen maiestatis cadevano anche le semplici offese all'imperatore e come tali venivano considerati sotto imperatori dispotici atti di semplice dissenso, per non parlare dei sospetti. Anche in altri campi, l'avvento del principato costituì una ulteriore limitazione della libertà individuale. Sebbene l'espropriazione per pubblica utilità fosse praticata già in epoca repubblicana, mediante il potere di coercitio del magistrato, cui non poteva resistere il singolo, se non avvalendosi di mezzi politici di opposizione, tra i quali in primo luogo l'*auxilium* dei tribuni, tuttavia il sistema si estese durante l'impero. L'intervento dell'imperatore era anche qui più libero da freni di come non fosse quello del magistrato repubblicano per ragioni comprensibili. Se non vogliamo ammettere l'esistenza di un vero e proprio potere giuridico di espropriazione da parte dello stato durante l'età classica, tuttavia non si può negare che vi si faceva luogo di fatto e con maggiore frequenza. L'inesistenza di una disciplina giuridica dell'istituto, se mai, lo rende più arbitrario, in quanto pone il cittadino senza difesa alla mercè dei poteri statali. Anche i numerosi testamenti disposti a favore dell'imperatore si possono considerare come il risultato di una pressione politica, nei confronti della quale il cittadino non aveva alcuna difesa. L'ingerenza dell'autorità imperiale nell'ambito della sfera privata, un tempo garantita in modo assoluto al singolo, fu grandissima. Teoricamente continuano a valere gli arcaici principi sulla sovranità del *pater familias* all'interno del gruppo domestico; essi furono rispettati non in quanto erano rivolti ad estendere la libertà, ma nel senso opposto. La politica di Augusto lasciò mano libera ai proprietari di schiavi per quanto concerneva la spietata applicazione del *supplicium more maiorum* tendenze più liberali della tarda repubblica furono severamente combattute, in modo da rafforzare le basi del sistema schiavistico. Per quanto riguarda i rapporti all'interno della famiglia, il testamento ed i vincoli coniugali, la restaurazione dei *mores* perseguita da Augusto non arrestò la legislazione davanti alle soglie gelose della *domus*, ma la fece penetrare in essa molto profondamente. Così anche nel campo dell'autonomia privata, l'impero mutò radicalmente gli antichi principi repubblicani." Cfr. De Martino. *Op. cit.* IV, parte prima. pp. 261-262.

También sobre crímenes de lesa majestad, delito genérico de orden público, Cfr.: <[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Journals/TAPA/39/Supplicium_de_More_Maiorum*.html](http://www.treccani.it/enciclopedia/crimen-laesae-maiestatis_(Federiciana)/> y sobre el Supplicium, Cfr.: <.

²²¹ Benjamin Constant. *La libertad de los modernos*. Introducción, traducción y notas de Ángel Rivero. Madrid: Alianza Editorial. 2019, p. 81.

Imbuído como tantos otros de su generación en el «catecismo de los principios de 1789», Constant no podía recibir sino con mala voluntad la historia de las instituciones y las libertades del mundo antiguo, amparado en un lugar común denunciado por De Martino: *“quello secondo cui nell'antichità lo stato è tutto e l'individuo niente”*.²²² La bandera de la libertad existió e inspiró valores sin los cuales la libertad de los modernos no habría tenido lugar. La libertad política equivalía a antítesis de *reino*, sistema de gobierno *“odiato ed intollerabile”* durante la época republicana de Roma;²²³ la libertad política se usaba, asimismo, como estandarte de lucha contra la opresión y dominación de los nobles; contra las ofensas de los oligarcas, y se usaba en el sentido de un derecho natural contrapuesto a la libertad derivada de la subordinación a las leyes: *“Il termine non aveva valore strettamente tecnico, era adoperato come invettiva politica contro uomini, i quali avevano od aspiravano ad avere un potere incompatibile con lo spirito della costituzione repubblicana aristocratica”*.²²⁴

La idea de libertad inspiró el rechazo a la dominación de unos pocos; fue útil como divisa de carácter ideológico y propagandístico contra la crueldad de un tirano, como oposición a la monarquía despótica y rechazo al gobierno de uno, como exigencia de participación en el gobierno, como garantía de defensa del ciudadano contra el magistrado mediante la *provocatio ad populum*²²⁵ y, a veces, se le llegó a identificar

²²² De Martino. *Op. cit.* V. IV, parte prima. pp. 258.

²²³ *Ibid.* V. III, pp. 138.

²²⁴ *Ibid.* V. III, p. 140.

²²⁵ *“Per l'aristocrazia libero era lo stato non sottoposto al governo di un solo; per la democrazia la repubblica era libera se non dominata dalla fazione dei pochi; per il principato la repubblica era libera in quanto non sottoposta alla dominazione tirannica di un solo. Perciò gli elementi fondamentali della libera res publica sopravvivevano, la civitas, la libertas, il dominium, la potenziale partecipazione al governo, i diritti personali e patrimoniali dei cives anche nei confronti dello stato e del principe, tutto quello, insomma, che era l'eredità storica dello stato cittadino in contrapposto alle concezioni orientali ed ellenistiche della monarchia teocratica: sponer de la propiedad, a inffuir en el gobiernoa reunirse, a ir y venira, del potere dispotico, nei confronti del quale non vi sono cives, ma sudditi, non vi è proprietà, perchè tutte le cose sono del ..., non vi sono diritti se non in quanto riconosciuti e conferiti dal sovrano. La libertas del principato è la formula vittoriosa del conflitto reale o preteso, tra le tendenze orientali e quelle nazionali di Roma e dell'Italia espresse nella politica augustea.*

Tutto ciò non ha naturalmente nulla da vedere né con le moderne concezioni della libertà, né con quelle stesse che erano fiorite nel mondo classico, in ispecie in Grecia durante l'epoca della democrazia, concezioni molto più vicine a quelle moderne di come non siano mai state le idee romane sulla libertà. Sarebbe dunque un non senso ricercare la libertà del principato nella libertà di parola, che pure qualche fonte esalta, perchè la costituzione repubblicana non aveva affatto garantito ai cittadini una piena ed incondizionata libertà di parola ed i comizi erano soggetti alla volontà del magistrato che li presiedeva. Nella stessa epoca repubblicana non mancano illustri esempi di restrizioni della libertà di parola e di manifestazioni del pensiero, sebbene

con estabilidad y seguridad del Estado, con paz y orden. No fue un concepto desteñido. Tampoco infecundo.

DISTINCIÓN DE PODERES

Las *xii Tablas* que, según Vico, representan la «fuente de toda la romana virtud, y por ella de la grandeza romana»,²²⁶ por momentos nos ofrecen la apariencia de un estatuto elemental, de una sociedad agrícola y ganadera, que apenas entiende de daños ocasionados por el agua lluvia (VII.8), que condena la tala de árboles o de sus ramas (VII.9, VIII.11) y que se preocupa por el destino de las bellotas que caen en finca ajena (VII.10); una comunidad pastoril (VIII.7) que, ciertamente, tenía el entendimiento mínimo para regular los daños causados por cuadrúpedos (VIII.6). Un estatuto de una sociedad de agüeros y hechizos y de daños causados mediante el «encantamiento de las mieses» (VIII.8.a, VIII.8.b) que equivalía a cortar la cosecha de otro durante la noche, pastar rebaño propio en cultivo ajeno, o usar palabras y rituales mágicos para apropiarse de la cosecha del vecino.²²⁷

Pero otra cosa sucedía en el ambiente político de aquella sociedad pastoril, que daría inicio a los más delirantes ensayos de división de poderes de que se tenga noticia en la historia de las instituciones.

¿Ambiente constituyente?

Para la época de las *xii Tablas*, patricios y plebeyos no parecían caber en la misma ciudad. Enardecidos ante las pretensiones igualitarias, los cónsules patricios amenazaban con «abolir o ese orden o esta magistratura». Al mismo tiempo, los tribunos populares formulaban airadamente ciertas preguntas sobre el poder: «En

in generale vi fosse notevole larghezza in questo campo” Cfr.: De Martino. *Op. cit.* Vol. IV, parte prima. pp. 248, 256, 257 y 259.

²²⁶ Vico. *Op. cit.* p. 109.

²²⁷ Cantarella. *Op. cit.* p. 198 y ss.

fin, ¿la autoridad suprema os pertenece a vosotros o al pueblo romano? ¿Se expulsó a los reyes para fundar vuestra dominación o para establecer la igualdad de todos?». ²²⁸

Grandes expertos han intentado explicar las *XII Tablas* como un estatuto nacido de un «compromiso político-constitucional» entre patricios y plebeyos:

[...] dirigidas, de un lado, a confirmar institutos (o aspectos de estos) ya previstos o regulados por los mores precedentes, y por el otro lado, a innovar sobre diversos puntos nodales el ordenamiento de la *civitas* republicana y la posición del individuo, de grupos y de clases sociales. ²²⁹

Un compromiso que, sin embargo, salió fallido en aspectos tan principales como el odioso connubio, la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos que las tablas decenvirales acogieron (XI.1) y que hubo de ser derogado mediante ley Canuleya del 445 a. C. El clima de desacuerdo a este respecto quedó retratado por Tito Livio, quien recogió la queja contra los patricios de querer «dividir los ciudadanos y hacer de dos estados de uno sólo», y que, prohibiendo el matrimonio de un plebeyo y una patricia, los hijos seguirían heredando la condición de su padre, es decir, permanecerían en sus castas por virtud del derecho: «Por qué no decretáis también que el plebeyo no pueda habitar en la vecindad del patricio, ni marchar por el mismo camino, ni sentarse a la misma mesa, ni presentarse en el mismo Foro?», ²³⁰ se quejaban los plebeyos. ²³¹

En prueba del escenario conflictivo subyacente de aquellos tiempos legendarios podemos traer a colación la prohibición expresa de reuniones tumultuosas de noche dentro de la urbe (VIII.26), así como la advertencia a las asociaciones en el sentido

²²⁸ Livio. *Op. cit.* 4.2 y 4.5.

²²⁹ Aldo Petrucci. *Op. cit.* p. 182.

²³⁰ Tito Livio. *Op. cit.* Libro 4.4.

²³¹ De Martino dice que entre los decenviros había plebeyos para el segundo decenvirato, por lo que resulta difícil suponer que, a propósito del *connubio*, estuvieran de acuerdo en la redacción de una norma cuya abolición era la máxima aspiración de la plebe más elevada, pero añade que tampoco los cónsules la hubiesen aprobado, y si bien concluye que lo más lógico es suponer que las dos últimas tablas fueron añadidas por los cónsules, deja en el aire la tesis de que puede ser que las dos últimas tablas no tendrían base histórica si bien esta sería una *soluzione sbrigativa*. Cfr.: De Martino. *Op. cit.* V I. pp. 305-307.

de evitar rivalizar con la ciudad (VIII.27). Pero también podríamos interpretar que hay pruebas de un ambiente constituyente de las leyes decenvirales en las garantías judiciales para sediciosos «reconciliados con el pueblo romano» (I.5) en su persona y bienes. Y en una Tabla cardinal: «No se han de proponer leyes contra una persona en particular» (IX.1), que expresaba una especie de «cláusula de invariabilidad» de las antiguas normas vigentes, y que Mommsen interpreta como una advertencia política hecha a la ciudadanía en el sentido de no abusar de su poder, e introduce confusión sobre antiguas normas generales adoptadas por ella, al introducir leyes exceptivas.²³² Dicho de otro modo, aunque la realidad aconsejara la adopción de innovaciones particulares, un criterio general asignaba rasgos de eternidad a su ordenamiento vigente. Mommsen informa que la dispensa de leyes vigentes para casos particulares, se asignaría en tiempos republicanos al Senado, por cuenta de Sila, y terminaría más adelante todavía, en tiempos del Imperio, en manos del Monarca.²³³

Esquemas de división del poder en Roma

A partir de aquella tensión, Roma no dejó de ensayar absolutamente nada de la enciclopedia de la división de poderes. Conocieron la monarquía mucho antes de las *XII Tablas* y los contrapesos que en aquel esquema fueron posibles durante la época arcaica.²³⁴ Conocieron la monarquía absoluta, pero nadie certificaría poderes imperiales, estos fueron ilimitados: “*Ciò nondimeno, la monarchia assoluta non fu un regime arbitrario, nel quale la volontà del monarca si sovrapponeva all'ordinamento giuridico..., la volontà imperiale era fonte della legge, ma questa si formava nei modi stabiliti e non consisteva nel semplice arbitrio di una persona.*”

²³² Mommsen. *Op. cit.* p. 548.

De Daldis. *Op. cit.* pp. 315-316, nos transmite la idea vigente para el siglo II d. C., de la identificación entre costumbre y ley no escrita, versus las leyes escritas, que se han puesto por escrito, valga la redundancia, «por miedo a transgredirlas», y porque «la fuerza de las leyes escritas permanece siempre igual».

²³³ Mommsen. *Op. cit.* p. 585.

²³⁴ *Ibid.* p. 265.

*Sebbene dunque i tratti istituzionali siano sfumati, il regime del tardo impero era pur sempre giuridicamente ordinato.*²³⁵

Los romanos establecieron el decenvirato, compuesto por magistrados extraordinarios, «con poder constituyente» según el llamativo análisis de Mommsen,²³⁶ sujetos a períodos limitados de tiempo, quienes precisamente se encargaron de redactar las *xii Tablas* en un intento por erradicar los principios del gobierno oligárquico. Pero el curso de la historia constitucional romana representó solo uno de los muchos intentos de unificar las clases en el gobierno de la ciudad, sin que aquella experiencia histórica hubiese aportado mayor estabilidad, como lo prueban diversos hechos posteriores, en especial, la derogación de la Tabla sobre el connubio, con la que parecían haber prevalecido los patricios durante la gestión decenviral.

No obstante, las tablas decenvirales incorporaron estructuras institucionales y procedimientos claramente destinados a implantar límites y criterios prácticos de división del poder. Abundemos en ello:

*[...] se si guarda la codificazione, al diritto di provocatio ed al riconoscimento dei tribuni non vi è dubbio che la plebe fu nel complesso vittoriosa; essa era riuscita a strappare dalle mani dei supremi magistrati il monopolio del diritto e quindi ad imporre limiti sostanziali all' imperium. Inoltre il principio della comunità del diritto, della a equatio legum omnibus era stato affermato ed il divieto del conubio era una sopravvivenza, che presto sarebbe anch'essa caduta. In terzo luogo, si sottoponevano i magistrati ai limiti della provocatio e dell'intercessio dei tribuni. Era l'idea della unità del popolo, che veniva affermandosi, contro l'arcaico monopolio gentilizio.*²³⁷

Al mismo tiempo, los romanos vivieron la experiencia del consulado que, reservado inicialmente a los patricios, admitió plebeyos a partir del 367 a. C. y experimentó toda clase de modulaciones. Conocieron la pretura, que básicamente significó la ampliación del consulado a un tercero, responsable de la función jurisdiccional, lo que

²³⁵ De Martino. *Op. cit.* V. V. p. 219.

²³⁶ Mommsen. *Op. cit.* p. 318.

²³⁷ De Martino. *Op. cit.* V I. p. 310.

rotundamente traduce exigencias de división del poder; previeron los ediles, que operaban como auxiliares de tribunos; los cuestores, que eran auxiliares de magistraturas supremas; vivieron la experiencia y desengaño de tribunos militares y populares, con pretensiones estos últimos de constituir *Estados dentro del Estado*. Se sometieron los romanos a censores, que, sin coerción plena, concedían o negaban derecho de ciudadanía y derecho de sufragio, servicio militar e impuestos;²³⁸ conocieron la dictadura, una institución monárquica dentro del sistema republicano de la cual aprendieron moralejas suficientes.²³⁹

Conocieron el *interrex*, el ejército, la asamblea. Y también el colegio pontifical, que tenía asignada en la tradición la responsabilidad de guardar las normas y costumbres. Existe un debate largo acerca de cuáles normas eran esas, si las que requería para sus efectos propios religiosos o si se añadían a aquella las que aplicaban a relaciones o asuntos políticos. Vico profesó la idea de que este colegio de sacerdotes era la caja fuerte del entero sistema jurídico romano:

Por lo que, en lo primero, naturaleza fue, y no impostura que hasta transcurrida una centuria después de la Ley de las *XII Tablas*, según refiere Pomponio, la ciencia de las leyes romanas estuviera encerrada en el colegio de los pontífices, al que sólo eran admitidos los patricios, pues tantísimo tiempo se requirió para la comunicación del sacerdocio a la plebe.²⁴⁰

Piensa Mommsen, en cambio, que se ha sobreestimado la influencia de esa institución:

La suposición de que el colegio... llegó a tener facultades para declarar cual era el Derecho se compadece mal con la conducta adoptada por la magistratura de la República de tener alejados a los sacerdotes de los asuntos profanos, y mal también con los vestigios que sobre el particular han llegado hasta nosotros.

²³⁸ Mommsen. *Op. cit.* p. 291.

²³⁹ *Ibid.* p. 277.

²⁴⁰ Vico. *Op. cit.* Apple Books. p. 113.

Y completa su análisis explicando que la fuente del derecho privado radicaba en la facultad de dictar edictos que tenían los magistrados, y si bien el colegio pontifical no careció de esa facultad, los datos permiten concluir que «de los edictos dictados por él mismo, cuyo contenido fuera de derecho privado, no nos queda el menor resto».²⁴¹ En la disputa entre *ius pontificium* vs *ius civile*, nuestro autor se decanta por estribar este último en magistrados, no en pontífices. Exceptuado el procedimiento penal del sumo pontífice contra las sacerdotisas de Vesta y sobre los sacerdotes desobedientes, el régimen sacerdotal no intervenía en las causas criminales públicas.²⁴²

En socorro de la interpretación de Vico, Cicerón atribuyó un enorme poder a los colegios sacerdotales: «Dentro de la república —dice—, [...] el orden jurídico principal y más relevante, se apoya en la autoridad de los augures» (miembros de tales colegios) y dejó constancia de su influencia en hipótesis de enorme importancia pública: la disolución de los comicios o la suspensión de una empresa cuando quiera que «un augur dice solemnemente ‘para otro día’». Y tenían poder ni más ni menos que para decretar que los cónsules abdiquen de su magistratura o para «¡anular la ley, si no fue propuesta justamente!»²⁴³ Los *augures* toman los *auspicios* como mecanismo de control del poder en varios otros escenarios: la fundación de colonias, el comienzo de una batalla, la convocatoria de un ejército y las decisiones de paz o

²⁴¹ Mommsen. *Op. cit.* p. 161.

²⁴² «...sólo en determinadas circunstancias, en las cuales más que de justicia propiamente dicha se trataba de expiación religiosa, sobre todo en los casos de aborto y en las infracciones contra los tratados internacionales juramentados, es cuando pudo prescindirse de la cooperación de los Comicios y hacer depender la instrucción y la resolución del arbitrio del magistrado supremo. Menos aún puede decirse que las atribuciones del pontífice restringieran la facultad de los magistrados para fallar los pleitos civiles.» Cfr.: Mommsen. *Op. cit.* p. 373.

²⁴³ Cicerón. *Op. cit.* Libro 2, 30-33.

Mommsen no oculta sus escrúpulos frente a Cicerón, lo que resulta digno de mención. Lo acusa de nadar entre dos aguas, de plagiador y de ser solo un filósofo superficial: «Con bastante frecuencia hemos hablado ya de este personaje desde diferentes aspectos. Hombre de Estado sin penetración, sin grandes miras y sin objetivo, Cicerón es indistintamente demócrata, aristócrata e instrumento pasivo de la monarquía. No es, en suma, más que un egoísta miope; y, cuando se muestra enérgico en la acción, es porque la cuestión ya ha sido resuelta». Y advierte: «al que pretenda encontrar una obra clásica en este amontonamiento de escritos, debemos darle un consejo: que guarde prudente silencio en materia de crítica literaria». De modo que, llegados a este punto, preferimos quedarnos callados. Cfr. Mommsen. *Op. cit.* p.. Edición de julio 2015, pp. 3315, 3317, 3321, 3322, 3324, 3326.

de guerra. Los actos ejecutados sin o contra los *auspicios* se consideraban nada menos que defectuosos o abolidos.²⁴⁴

Y comprobaron los romanos los pros y contras de la asombrosa institución de la colegialidad que, en palabras de De Martino, “è una categoria giuridica molto singolare”,²⁴⁵ y que en la óptica de Mommsen se vivió tanto «en el terreno de los principios como en el de la práctica».²⁴⁶ La colegialidad ejemplificaba una forma de gobierno de múltiples representantes con igual título y atribuciones (*par potestas*) pero siempre expresión de una sola representación, marcada por la igualdad de derechos entre los magistrados que desempeñaban el mismo cargo. Buscaba, al mismo tiempo, conservar e impedir el pleno poder de los magistrados, y concedía a cada uno de ellos la llamada *intercesión colegial*, que era una forma de «privar de fuerza el acto realizado por el magistrado intercedido», es decir, quitarle fuerza jurídica a la decisión del colega del mismo nivel mediante la oposición de vetos, como en un choque de trenes.²⁴⁷ Si el mundo moderno iba a hablar de frenos y contrapesos, jamás pudo alcanzar este nivel de creatividad.

Reconocieron poder constituyente en varias ocasiones bajo el aspecto de magistraturas excepcionales de la República, lo que nítidamente indica que el pueblo romano había arribado a la idea de que el gobierno de turno estaba sujeto a la influencia de una potencia superior, a la que se debía;²⁴⁸ instalaron el principado y su consejo de estado,²⁴⁹ de lo cual legaron la práctica de las «autolimitaciones» de los magistrados de aquella organización: «pocas cosas hay en la organización del principado que merezcan un reconocimiento tan incondicional como las

²⁴⁴ Mommsen. *Op. cit.* p. 371.

Una panorámica de la institución del Augur en la antigua Roma, de la ciencia augural, sus orígenes, el arte de interpretar los signos (auspicios), las consecuencias de aprobación o desaprobación enviadas por los dioses en referencia a cualquier asunto, su evolución hasta la época imperial, el cargo de augur, y su importancia política, sus insignias, etc., en: <<https://www.britannica.com/topic/augur>> y <<http://www.treccani.it/enciclopedia/augure/>>.

²⁴⁵ De Martino. *Op. cit.* V I. p. 234.

²⁴⁶ Mommsen. *Op. cit.* p. 169.

²⁴⁷ *Ibid.* p. 197 y ss. Sobre el concepto de *intercessione*: Cfr.: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/intercessione/>>. La intercesión de los tribunos de la plebe, «una de las más esenciales limitaciones del imperium”: Cfr.: *Ibid.* p. 170.

²⁴⁸ *Ibid.* pp. 314, 541 y 542.

²⁴⁹ *Ibid.* p. 612.

autolimitaciones, tan sabiamente dispuestas, que el príncipe se trazó para nombrar a sus funcionarios subordinados».²⁵⁰

Los romanos apelaban contra sentencias de primera instancia en tiempos del Imperio,²⁵¹ pero ya desde la temprana República el condenado podía invocar el derecho de provocación o *provocatio* ante los comicios, garantía que fue reforzada, en su momento, por las leyes decenvirales²⁵² cuando se reservó la pena capital a la «asamblea más importante» de ciudadanos romanos censados (IX.2), como se comentó. Esto solo puede ser interpretado como una notable restricción al poder de los cónsules: «Así, los magistrados habían de ser autorizados por el Senado para dejar de ejecutar una sentencia firme de muerte y conmutarla por una de prisión perpetua, como igualmente para asegurar, por motivos especiales, al delincuente la impunidad y dejarlo libre».²⁵³ El sentido de esta institución en la perspectiva de la división del poder en Roma nos resulta primordial.

Los Comicios y el Senado tenían atribuciones claramente limitadas, no podían sesionar en cualquier parte y tenían reglamento bajo el cual se conducían: «ni aun en unión con la ciudadanía tenía el magistrado atribuciones para cambiar a su arbitrio el orden jurídico vigente». La intervención efectiva de la ciudadanía en la celebración de actos públicos hablaba en favor de una función pública vigilada.²⁵⁴

El derecho de coerción del magistrado estaba siempre limitado. Y mientras convivían con una burocracia de «riguroso esquematismo»²⁵⁵ y de característica

²⁵⁰ *Ibid.* p. 358.

²⁵¹ *Ibid.* p. 612.

²⁵² *Ibid.* p. 167.

Provocatio ad populum es una institución de derecho público romano. Nació en los primeros años del régimen republicano introducida por una Lex Valeria de provocatione del año 509 a. C. en la que se señalaba que a ningún ciudadano se le podía ejecutar la pena capital impuesta por el magistrado dotado de *imperium*, sin antes recurrir ante el pueblo (*populus*). La perspectiva de Treccani sobre esta institución en: <<https://www.treccani.it/enciclopedia/provocatio>>.

²⁵³ Mommsen. *Op. cit.* p. 564.

²⁵⁴ *Ibid.* *Op. cit.* p. 505 y ss., en especial pp. 531, 537 y 541.

²⁵⁵ Dice Mommsen, refiriéndose particularmente a la organización civil y militar del principado. Cfr. *Ibid.* *Op. cit.* pp. 608. y 224. Sobre la complejidad de la burocracia romana. Cfr.: Xavier d'Ors (Edic.). *Op. cit.*, p. 30.

idolatría de las formas, el gobierno de Roma aseguraba, como un privilegio, que el procedimiento civil era valedero solo en el interior de sus murallas.²⁵⁶

La separación teórica entre las funciones públicas propias de la ciudad y las de las campañas militares exteriores,²⁵⁷ denotó un gran sentido de aplicación diferenciada de ordenamientos normativos que solo es posible en esquemas de separación del poder. Asimismo, la idea según la cual el magistrado crea al magistrado,²⁵⁸ que se aplicaba como norma de excepción, era norma al fin y al cabo y, por tanto, limitación del poder.

Podríamos mencionar diques adicionales del sistema de derecho público romano: la forma en la que la ciudadanía cooperaba en el nombramiento de los magistrados, la toma de posesión unida al nombramiento y el límite de tiempo en los cargos; recordemos aquí que la crisis de los decenviros derivó del hecho de que quisieran prorrogar abusivamente el plazo de tiempo que se les había asignado. Los romanos conocieron, incluso, la idea de anulación de los nombramientos si no se verificaban las condiciones para el desempeño de las magistraturas, incluyendo criterios de inelegibilidad y la prohibición de ocupar dos empleos de tarea permanente. Y hay que recordar que en Roma se insistió durante mucho tiempo en el principio de anualidad de los cargos.²⁵⁹

Múltiples solemnidades civiles y religiosas representaban abstracciones de control del poder. Para los romanos, advierte León Bloch, «la relación entre el hombre y la divinidad se fundamentaba en la observación exacta de las numerosísimas prescripciones y ritos, los cuales obligan a los dioses a intervenir con todo su poder a favor del creyente».²⁶⁰ En la perspectiva civil, el magistrado recibía la palabra de

²⁵⁶ Mommsen. *Op. cit.* p. 165.

²⁵⁷ *Ibid.* p. 171.

²⁵⁸ *Ibid.* p. 176.

²⁵⁹ *Ibid.* pp. 187 y ss.

²⁶⁰ Leon Bloch. *Roma Antigua sus luchas sociales*. Buenos Aires: Editorial Andina. 1966. p. 86. Cabría pensar que aquella relación hombre/divinidad de la antigüedad pudo transformarse en una relación hombre y derecho, al que se le asigna un poder y sentido ritual similar.

fidelidad de la ciudadanía, por la cual se prestaba obediencia;²⁶¹ el mal uso de las funciones públicas se penalizaba de múltiples formas;²⁶² la regulación del procedimiento y el pronunciamiento de las sentencias, el reparto de la jurisdicción en Roma, todo traducía cálculos tendientes a evitar magistraturas de poderes ilimitados. Veamos una más: la administración de justicia correspondía a los magistrados, pero ellos no fallaban el caso:

[...] el magistrado era quien provocaba la sentencia, pero el pronunciamiento de la misma lo realizaban los particulares. Tal fue la institución del Jurado, organismo fundamental de la República, la más antigua y la más duradera de las restricciones puestas al *imperium* de los magistrados.²⁶³

El Senado, interesante notar, no pareció inmiscuirse en el ejercicio de la jurisdicción.²⁶⁴

Uno de los más sorprendentes mecanismos de control del poder que inventaron los romanos, conocido como *auctoritas*, nos refiere a un poder del Senado que no constituía en absoluto una segunda instancia legislativa, pero suponía la confirmación efectiva de una decisión tomada por los comicios. De Martino se resiste a considerarlo un poder constitucional o jurídico y más bien lo desentraña como “*un potere di natura protettiva*” de carácter ético o social, que añadía, expandía, aumentaba la reverencia al derecho, en función de la influencia reconocida a hombres eminentes o a instituciones notables que intervenían en la toma de una decisión.²⁶⁵ Mommsen, en sentido similar, entendía esta figura como una *función tutelar* de los comicios que tenía en el derecho político el «mismo significado con que en el privado se aplicaba a la tutela», lo que indica que la ciudadanía «obraba de un modo análogo a como obraban los pupilos, y que el Senado, lo mismo que el tutor, protegía a la comunidad [...], negándose a confirmar

²⁶¹ Mommsen. *Op. cit.* p. 224.

²⁶² *Ibid.* p. 229.

²⁶³ *Ibid.* p. 419.

²⁶⁴ *Ibid.* p. 565.

²⁶⁵ De Martino. *Op. cit.* V I, p. 270; y V IV, parte prima, pp. 278-285.

los acuerdos errados o perjudiciales que tomara», de tal suerte que la *auctoritas* entrañaba un evidente factor paternalista de las relaciones políticas en Roma.

En la perspectiva del famoso romanista alemán, el origen de esta institución radicaba en «el miedo respetuoso a infringir el derecho, así el divino como el terrestre», y representaba, sin embargo, un verdadero valor jurídico, puesto que la confirmación senatorial de la decisión de los comicios no suponía tanto una cuestión de conveniencia como de legalidad²⁶⁶ que traslucía la supremacía de principios que formaban parte de la constitución romana.

Auctoritas se contraponía a *potestas*, la específica competencia atribuida por el derecho; y a *imperium*, que era entendido como el derecho de mandar a nombre de la comunidad.²⁶⁷ No hubo norma que alojara la figura, si bien Treccani nos advierte que en algún momento del siglo IV a. C., a través de la *lex Publilia Philonis*, se dispuso que la *auctoritas* fuese preventiva, es decir, necesaria no para la entrada en vigor de la ley, sino para su presentación en la reunión de los comicios, a la que se dio la última palabra.²⁶⁸

Por su biología paternalista, no resulta difícil conectar la institución de la *auctoritas* con las filosofías modernas que asignan un valor predominante a la voluntad, como en el caso del absolutismo hobbesiano cuyo lema *auctoritas, non veritas facit legem* ha tenido aplicaciones muy potentes en el constitucionalismo del último siglo (Carl Schmitt, p. e.); pero tampoco debería resultarnos extraño conectar la figura de *auctoritas*, en retroactivo, con la tradición homérica de su Edad Oscura, que nos transporta a un sistema político y normativo basado en el honor y prestigio de los hombres que intervienen en las decisiones, así como en el decisionismo o voluntarismo de los dioses.

²⁶⁶ Mommsen. *Op. cit.* pp. 553-554.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 144.

²⁶⁸ <<https://www.treccani.it/enciclopedia/auctoritas/>>.

Es posible que ambos, Mommsen y De Martino, tengan la razón: Cada período histórico del derecho romano, advierte Feliciano Serrao, supone un relacionamiento distinto del Senado con las respectivas asambleas populares, a veces con limitaciones legales —que llegaron a incorporar la anulación de leyes cuyo procedimiento de formación se reveló incompatible con principios de la constitución romana—, a veces con intervenciones políticas de gran intensidad política.²⁶⁹

Producción, interpretación y aplicación del derecho

Y la norma de normas, la clave del engranaje normativo del derecho romano, el secreto mejor guardado de su división de poderes: el llamado principio democrático o de autonormación popular,²⁷⁰ consagrado en las leyes decenvirales: «habrá de sancionarse legalmente aquello que en definitiva hubiese votado el pueblo» (XII.5), un texto «jamás abrogado, en base al cual la ley nueva siempre debía prevalecer respecto al derecho precedente».²⁷¹ No se comprenderá bien el sentido de esta regla si no observamos con atención la nítida fotografía que nos legó Tito Livio respecto a las características del sistema normativo previo a las *XII Tablas*:

*Un rey, decían, es un hombre de quien todo se puede conseguir, téngase derecho o no; un hombre con el que está abierto el campo al favor, abierto a los beneficios, que puede perdonar y castigar y que sabe distinguir entre el amigo y el enemigo. Las leyes, por el contrario, sordas, inexorables, son más favorables y más útiles al pobre que al poderoso. No tienen clemencia, no tienen piedad para el que se atrevió a infringirlas. Es peligroso, cuando a tantos errores lleva la debilidad humana, no tener otro apoyo que la propia inocencia.*²⁷²

²⁶⁹ Serrao. *Op. cit.* p. 101.

²⁷⁰ Tito Livio. *Op. cit.* 7.17, que conviene concordar con Tito Livio 9.34.

²⁷¹ «Se ha subrayado frecuentemente la función exclusivamente política de este principio, pero una lectura de ese tipo parece reductiva, sobre todo si tenemos en cuenta el carácter prevalentemente no escrito de la constitución republicana romana, en la que las reglas se vienen formando en su mayoría a través de una praxis de gobierno y la dialéctica de los grupos sociales y de sus 'partidos'. Por lo tanto, la inserción de tal clase de prescripciones en la parte conclusiva de una ley, no puede asumir también un significado jurídico, confirmando la íntima vinculación entre ordenamiento constitucional y lucha política». Cfr.: Petrucci. *Op. cit.* p. 188.

²⁷² Tito Livio. *Op. cit.* 2.3.

Así pensaban en Roma, según Livio, y eso temían los jóvenes de alcurnia en la época de los Tarquinos, cuando arribaron las «venerables Doce» a moderar el monopolio patricio del *ius* en la producción, interpretación y aplicación del derecho.²⁷³

La Tabla IX 1, la que intentaba asegurar la «invariabilidad» de las antiguas normas vigentes mediante la prohibición de proponer leyes contra una persona en particular, combinada con la Tabla XII.5, que otorgó la supremacía normativa a las decisiones populares, dejan ver las ideas que tenían los romanos de la época decenviral acerca de las características que debía reunir el ordenamiento jurídico que tenían en mente: un sistema legal apoyado en normas inmemoriales, que admite la compañía de leyes escritas, cuyas leyes inmemoriales o escritas pueden ser modificadas, si bien solo excepcionalmente, y en el que tales modificaciones, cuando ocurran, también, excepcionalmente, deben tener carácter general y no particular, expresado este sistema en un esquema formal cuyas normas ofrecen ya diversos niveles jerárquicos que permitirán juzgar a las unas con respecto a las otras, admitiendo siempre que las normas dictadas por el pueblo ostentaban la supremacía normativa, aunque seguían estando por debajo del nivel de las tablas decenvirales, equivalentes a sus normas constitucionales. Las *XII Tablas*, por tanto, tuvieron el efecto de liberar a los hombres de la tiranía de las normas inmemoriales, que podían ahora enmendarse o suprimirse, e introdujeron claramente la contraposición entre normas humanas versus normas humanas, un paso definitivo para la construcción de todo el andamiaje jurídico romano.

No son los frágiles dividendos plebeyos, ni el logro de una pretendida distancia de los dioses, ni el reconocimiento de algunas instituciones o la limitación de poderes, lo que representa la valía principal de la aventura del decenvirato. Es la confianza del hombre en su autodeterminación, esa fe en su propia capacidad normativa la que hace especial este momento de Roma, que le enseña al pueblo romano que

²⁷³ Serrao. *Op. cit.* p. 26.

puede monopolizar el derecho y ubicar las normas en un escalafón y, de este modo, ahí sí, limitar los poderes de los magistrados tanto como sujetar la acción de las instituciones públicas en cualquier sistema de gobierno.

Este planteamiento daría origen a un andamiaje jurídico más impresionante todavía. Pomponio (siglo II d. C.) haría un relato sobre el origen y desarrollo del derecho romano, que comienza en la compilación papiriana de derecho civil, continúa con las *XII Tablas* y las interpretaciones posteriores de los jurisprudentes y del colegio de pontífices, que darían lugar a las llamadas acciones de la ley; complementa con los plebiscitos que se daba la plebe y los senadoconsultos que acordaba el Senado, con los edictos de los magistrados y de sus pretores, también llamado *derecho honorario*, a lo que se sumaron finalmente las constituciones imperiales (*Enchiridia*, 1).²⁷⁴ Al mismo tiempo, en las «Institutas» de Gayo (siglo II d. C.), pródigamente citadas en las «Institutas» y en el «Digesto» de Justiniano, se describiría también el sistema legal romano de aquel entonces, en forma muy parecida a la de Pomponio, formado por leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, los edictos y las respuestas de los prudentes, y describe a cada uno de esas fuentes con visible refinación (Gayo, Instituciones 1, 1-2).²⁷⁵

Pero a esas descripciones les faltaba un nivel normativo fundamental, sobre el cual Cicerón (106-43 a. C.) había promulgado algunas ideas: las leyes de la naturaleza. Roma nunca se confió completamente en aquel poder de autorregulación de sus asambleas populares: «Si la naturaleza no viene a reforzar el derecho, desaparecen todas las virtudes», se lee en *De Legibus* (Libro 1. 15,42) «Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y leyes de los pueblos...» pues, de ser así, «sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación... siempre que tuvieran a su favor los votos a los plácemes de una masa popular» (Libro 1. 15,44),²⁷⁶ lo que indica que los romanos reconocieron la idea de una

²⁷⁴ Xavier d'Ors (Edic.). *Op. cit.* pp. 18 y ss.

²⁷⁵ *Ibid.* p. 87.

²⁷⁶ Cicerón. *Op. cit.* Libro 1, 42. Las leyes. p. 95.

legalidad superior, de una norma de comparación de las leyes humanas, de un referente normativo piramidal que permitía hacer control de legalidad a las leyes humanas, lo que distinguiría mucho más nítidamente el derecho romano y marcaría una diferencia fundamental con el modelo normativo homérico basado en una pirámide de decisiones de los dioses.

De tal manera, después de Cicerón, el sistema legal no enfrentaba ya únicamente a normas humanas inmemoriales con normas humanas dictadas por los comicios en las deliberaciones populares, como en las *XII Tablas*,²⁷⁷ sino que ofreció una doctrina de ley superior que enfrentaba el conjunto de las normas humanas con un patrón de comparación más alto, constituido por las normas de la naturaleza, y que permitiría a los romanos incorporar a la mecánica del sistema legal el concepto de nulidad (De Legibus, L. 2, 31), y utilizarlo eventualmente, cosa que no resulta posible sin la conciencia de diferentes niveles de jerarquía normativa.

No se piense que ese derecho natural se quedó como asunto académico en alguna de las caminatas eruditas de Cicerón. Las «Institutas» de Justiniano, siglos después, declararían la pertenencia de las leyes de la naturaleza al sistema legal de los romanos: “*But the laws of nature, which are observed by all nations alike, are established, as it were, by divine providence, and remain ever fixed and immutable...*”,²⁷⁸ cuyo engranaje, siguiendo la huella de Pomponio y de Gayo quedó definitivamente fijado para la historia con el reconocimiento del derecho escrito y no escrito, la diferenciación entre derecho público y privado, el derecho local del nacional, las fuentes históricas del derecho: *statutes, plebiscites, senatusconsultus,*

²⁷⁷ De acuerdo con Serrao, la palabra *Lex* se usó en el derecho romano para referirse a decisiones populares. De hecho, su aparición está ligada a un acto “*squisitamente rivoluzionario della classe plebea, escluso dal potere, dalle magistrature e dal possesso dei mezzi di produzione*”. Serrao. *Op. cit.* pp. 12 y 28.

²⁷⁸ Cfr.: «Institutas». Book I, Title II, 11. Y si bien siglos después algunos pensadores modernos combatirán «las doctrinas que hacen de la naturaleza una norma de lo justo y de lo injusto, de lo bueno y de lo malo, o que de algún modo o en alguna medida atribuyen mérito o aprobación al hecho de seguir, imitar u obedecer a la Naturaleza»,²⁷⁸ otros credos del naturalismo iban a servir de inspiración de las doctrinas de los derechos innatos de igualdad y libertad, al punto de que en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la Asamblea nacional declaró reconocer y garantizar la condición de «derechos naturales y civiles» (title premier), a la prácticamente totalidad de los derechos del hombre que promovía el mundo moderno de entonces. También Jellinek reconocerá que la vida y la propiedad, y casi el resto de los derechos modernos, se inspirarían en los «derechos incoloros de la teoría del derecho natural». Cfr.: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada. UNAM. 2000. pp. 126 y ss.

enactemnts of the emperors, edicts of the magistrates, answers of those learned in the law, etc. (Book I, Title II, 3). Todo, en un perfecto acople a un nuevo mundo que había superado ya el politeísmo y que, habiendo desmontado el delirio de cristianismo, estaba regido ya por un solo dios, perfectamente casado con un sistema de gobierno que veía en Cristo el nuevo potente fundamento de la monarquía, que se aprestaba a prevalecer durante toda la Edad Media.²⁷⁹

Esta es nuestra imagen del sistema normativo de los romanos que se construyó bajo la autoridad de las *venerables doce*. Al final, el gobierno de Roma se entregaría a la tarea de «unificar y uniformar» el credo religioso, y abdicó del Estado concluyendo así «la historia política, siendo reemplazada por una lucha y defensa de los dogmas por parte del estado... la teología ocupó el puesto de la historia».²⁸⁰

La historia no ofrece transformaciones repentinas, ni permite eventos de trazos precisos, nos advierte De Martino, lo que aconseja no exagerar demasiado los episodios históricos.²⁸¹ Pero si alguien se apresta a leer la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,²⁸² debería cuidarse de pedanterías históricas alrededor de la doctrina de la división del poder, cuya dogmática y aplicaciones prácticas habían comenzado a operar muchos siglos antes de la toma de la Bastilla.

²⁷⁹ De Martino. *Op. cit.* Vol V. pp. 41-58 y 530.

²⁸⁰ Mommsen. *Op. cit.* p. 605.

²⁸¹ «*La storia delle costituzioni non è differente dalla storia di ogni altro fatto umano; essa non procede mai per schemi fissi ed immobili ed in ogni mutamento non si può mai distinguere con un taglio netto il vecchio dal nuovo. Il nostro compito è appunto di cogliere in questo perenne moto i tratti caratteristici, che possano farci comprendere la struttura dello Stato in un'epoca storica determinata, e ripudiare ad un tempo le astrazioni schematiche.*» Cfr.: De Martino. *Op. cit.* T I. pp. 161-162.

²⁸² «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). Artículo 16. Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.»

CAPÍTULO 4

COLOMBIA Y LA CONEXIÓN INDOEUROPEA

Cultura legal hispanoamericana y tradición occidental

Y, ¿qué tiene que ver Colombia, país hispanoamericano, con Homero, Manú o las *XII Tablas*? ¿No son estos unos referentes normativos demasiado distantes en el tiempo, la geografía y el pensamiento, como para enlazarlos con nosotros de una forma provechosa? ¿Qué tendrán en común los sistemas legales de Latinoamérica con la cultura de los dioses helénicos, de la sociedad brahmánica de la India, y la que subyace a las leyes decenvirales, adheridas al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, todavía mil años después de su aparición?²⁸³

²⁸³ Estas preguntas aplican para otros «modelos normativos» que podríamos extraer de la misma tradición, y que no abordamos en este trabajo más que tangencialmente. Por ejemplo, el modelo mosaico monoteísta, expresado en el Levítico; los politeístas babilónico e hitita, de marcado parentesco cultural, expresados en el *Código de Hammurabi* y las *Leyes hititas*.

Grecia y Roma representan la civilización mediterránea, pero no alcanzan a congregarse a todas aquellas otras sociedades concomitantes o anteriores con las cuales comparten una gramática comparativa común y una cultura ancestral maternal de las que derivaron los países del espacio europeo actual, pero que en su momento abarcó gran parte de la geografía del sudoeste y sur de Asia, así como de las viejas sociedades del norte y centro de la India: «...la cultura de nuestros científicos es esencialmente mediterránea; un poco de historia egipcia, un poco de historia hebrea, mucha Grecia y mucha historia romana; pero difícilmente nuestros científicos estudian lo que sucedió fuera de ciertas fronteras; y esto lleva indudablemente a imprimir a su cultura una formación netamente mediterránea y a no hacerles tomar en consideración cuanto ha sucedido fuera de este ambiente.». Cfr. Ottolenghi, Aldo. *Orígenes de la civilización occidental*. Buenos Aires: Editorial Hachette. p. 271.

Georges Dumézil, por su parte, revolvió el agua hace décadas al proponer su hipótesis trifuncional como rasgo característico de las civilizaciones indoeuropeas, lo que incluye a la India, y parte de la comprobación de la presencia constante de tres castas en todas ellas: sacerdotes, guerreros y plebeyos (estos últimos agricultores o comerciantes) que reflejan a su vez, en su orden, tres funciones: la sagrada, la marcial y la económica. A través del estudio comparativo de los dioses indoeuropeos, Dumézil buscó confirmar esquemas tripartitos en todos los casos. Cfr.: Georges Dumézil. *Los dioses soberanos de los indoeuropeos*. Traducción de David Chiner, Barcelona: Herder. 1999.

Existen otros ejemplos numerosos de contactos culturales de aquellas civilizaciones indoeuropeas. El catedrático de historia antigua Fernando Wulff Alonso ha hecho ver, por ejemplo, que en el *Mahabharata*, «una de las historias más hondas, cautivadoras y ricas de la humanidad, la épica más extensa que conservamos —una de las más conocidas y, sin duda, una de las más vividas del mundo— hay un uso sistemático de materiales épicos y mitológicos griegos, presididos por el papel nuclear de la *Ilíada*», y trae a cuento, asimismo, cierta literatura que revela la existencia e influencia de textos indios en el mundo helénico de Solón, y alguna más que afirma que Virgilio habría usado el *Mahabharata* para escribir *La Eneida*. Cfr.: Fernando Wulff Alonso. *Grecia en la India. El repertorio griego de Mahabharata*. España: Akal Universitaria. 2008. pp. 10 y 547.

Se sabe, asimismo, que la Biblia se basa en mitos sumerios todavía más antiguos, y que, 1500 años antes que Homero, otro héroe épico distinto de Odiseo, ya había bajado al inframundo: “*Prayers found inscribed on clay tablets address Gilgamesh in the afterlife as a judge in the Underworld comparable in wisdom to the famous Greek judges of the Underworld, Rhadamanthus, Minos, and Aeacus*”. Cfr.: <<https://www.ancient.eu/gilgamesh/>>. La interacción cultural de todas estas sociedades resulta, pues, innegable.

Fue el historiador de la cultura José Luis Romero (1909-1977), argentino, quien llamó la atención en nuestro ámbito, sobre la imposibilidad de entender a Latinoamérica —y a Colombia en este caso— al margen del legado del llamado *mundo clásico*²⁸⁴ que, entremezclado con el cristianismo, dio origen a lo que se conoce con el nombre de tradición occidental o «mundo occidental».

Ese *mundo*, a su vez, albergó culturas «históricamente autónomas» (Grecia, Roma, India, Mesopotamia) cuyos atributos regulares estuvieron expuestos a «contactos culturales» a lo largo del tiempo, que luego fueron transmitidos durante procesos migratorios o expansivos, de modo tal, que Occidente no resultó configurado por sociedades cerradas, sino que se expresa a lo largo de un vasto entorno geográfico de influencias, interacciones y vinculaciones que configuran fenómenos sobrevinientes de diversa índole «tales como el trasplante de grupos portadores de una cultura dentro de áreas geográficas dominadas por otra, sin que el ser espiritual de aquella se altere», o tales como «la trascendencia de este contacto social en las culturas de sus portadores.»²⁸⁵

América y Latinoamérica fueron objeto de los advertidos trasplantes e influencias.²⁸⁶ Nosotros recibimos los contenidos de la tradición occidental, sus ideas de justicia, libertades y división de poderes, como consecuencia del descubrimiento de América y, por supuesto, a través del cristianismo. Sería inútil buscar comprender el

²⁸⁴ Y nosotros preferiríamos referirnos a «mundo indoeuropeo», que va más allá de la limitada geografía mediterránea, en vez de a «mundo clásico», como ya hemos explicado antes.

²⁸⁵ Romero, José Luis. *Bases para una morfología de los contactos de cultura*. Buenos Aires: Institución Cultural Española. 1944. Disponible en: <<https://jlromero.com.ar/publicaciones/bases-para-una-morfologia-de-los-contactos-de-cultura-1944>>.

²⁸⁶ «Quizá podría cuestionarse —y de hecho se ha cuestionado— si Latinoamérica existe como una unidad real. Pero, cualquiera sea la respuesta que se dé a ese interrogante, es innegable que existe al menos como una unidad mirada desde Europa, en relación con la cual se ha desenvuelto siempre en una suerte de diálogo de muy variados matices. No significa esto que no se hayan dado en Latinoamérica ciertos procesos autónomos. Por el contrario, significa, precisamente, que se han dado desde un comienzo; pero tales procesos han debido conjugarse con otros desencadenados fuera de su área, dirigidos y controlados desde Europa, y por eso Latinoamérica ha debido ajustar su desarrollo a ciertas constricciones impuestas por quienes conservaban el poder de decisión o ejercían influencias decisivas. Podría decirse que el desarrollo latinoamericano resulta de cierto juego entre una vigorosa originalidad y una necesidad de adecuarla luego a ciertos esquemas de origen extraño que la limitan y constriñen. Si la palabra Europa significa, más que un ámbito geográfico, un ámbito cultural, es explicable que Latinoamérica haya recogido los contenidos culturales de quienes operaron la conquista y la colonización. Pero luego ha recogido otros contenidos culturales que estaban implícitos en el tipo de influencia que los demás países europeos ejercieron sobre ella». Cfr.: Romero, José Luis. «América Latina y la idea de Europa», en *Diógenes*, n.º 47. Buenos Aires, septiembre de 1964.

presente, los problemas actuales de nuestros sistemas legales, si no sondeamos ese mundo clásico o indoeuropeo, si no excavamos en él para extraer las ideas que han logrado atravesar los siglos, si no intentamos desentrañar su alcance e influjo: «Debemos aprender —en definitiva— a leer en la historia de la humanidad entera algo de nuestra propia historia»,²⁸⁷ y es la razón por la cual damos crédito aquí a nuestros tres modelos normativos de la Antigüedad: Homero, Manú y las *XII Tablas*.

El hombre medieval

En su *Pequeña historia de la humanidad medieval*, Enrique Bagué, el historiador catalán, nos transporta a la vida cotidiana de los siglos v y xv, que livianamente algunos todavía interpretan como tiempos «oscuros»; y nos pone de frente a los caracteres del hombre medieval, sus ideas y preocupaciones, al modo cristiano de entender la vida, y al comportamiento de sus estamentos, representados en obispos, monjes, príncipes y caballeros, modo cristiano que preservaría, transformaría y perpetuaría el conocimiento de la antigüedad indoeuropea.

El clérigo era sinónimo de intelectual, de persona culta que caminaba la *empinada cuesta de las letras*, y nadie descartaba el milagro posible de que el hijo de un pobre pudiera llegar a hacerse «gran prelado, rico y lleno de honores, o tal vez papa, padre y señor de toda la cristiandad».²⁸⁸ Las escuelas monásticas albergaban a muchos de ellos, y llegaron a madurar al punto de dar impulso inicial y aportar la estructura embrionaria de las universidades, como en el caso de la escuela catedral de Nuestra Señora respecto a la Universidad de París, y garantizaron muchas veces el ambiente propicio que requerían la polémica y el enfrentamiento doctrinal de famosísimos maestros, particularmente, durante el apogeo de la Escolástica. Esto no ocurriría con Francia, únicamente; la escuela de Salerno, en el ámbito de la

²⁸⁷ Max Müller, *Op. cit.* p. 8.

²⁸⁸ Enrique Bagué. *Pequeña historia de la humanidad medieval*. Prólogo de Juan Petit. Barcelona:,Ayma Editores. Primera edición. 1953. p. 24.

medicina; y, Bolonia, en el caso de los estudios jurídicos, representan ejemplos similares en Italia.

Fue un ecosistema social que enaltecía a las mujeres que se casaban temprano y que adquirirían prontamente las destrezas requeridas en los oficios del telar, del bordado y de la aguja. Se aplaudía a las niñas que se educaban celosamente en los valores de la obediencia, la modestia y el recato: «Nuestro Señor ha querido que las mujeres estuviesen siempre bajo obediencia y sujeción», de modo que «no debe enseñarse a las niñas a leer ni escribir, salvo las destinadas a monjas; porque pueden venir muchos males de que las mujeres aprendan tales cosas». En ese ambiente de trovadores, juglares y rondelas, los jóvenes, por su parte, no paraban en la casa: era incesante el sentido de aventura: «el móvil de la partida será ganar honores, fama y riquezas en cortes, torneos y guerras o bien buscar a dios en el claustro y la soledad».²⁸⁹

A los caballeros *temerosos de Dios* les estaba reservada la caza, el arte de amaestrar los perros, las aves y caballos; la esgrima, el manejo de lanzas y escudos. Y entre yelmos, trompetas y tambores, les estaba reservado el conocimiento de las leyes.

La discordia ardía constante en el corazón de la estructura nobiliaria medieval: «La guerra era la gran novedad que buscaban los espíritus inquietos y aventureros, y cuando el suelo nativo no la proporcionaba se partía a otros países donde nunca faltaba: España, las Cruzadas de Oriente, las fronteras de Bizancio». Los castillos eran fortalezas para refugiar y resistir a los enemigos: «Desde el siglo XII, el castillo feudal ya no es una guarida habitable, sino una residencia más o menos confortable, defendida por un sistema de fortificaciones», que incluía fosas, empalizadas y puentes levadizos. Los torreones y almenas representaban, para un noble, su

²⁸⁹ *Ibid.* pp. 31 y 35.

infancia, su hogar, lo más íntimo y heroico; y para los aldeanos, una señal de dominio y también una sombra protectora:

[...] reconocemos al barón, como a nuestro señor que es, el derecho de conducirnos a la guerra y el derecho a la selva, a los pájaros del aire, a los peces del agua, al ciervo del bosque... En compensación de esto, nuestro buen señor tomará bajo su protección a las viudas y los ancianos, así como al pueblo todo en general.²⁹⁰

Vivían los medievales mucho menos preocupados que nosotros por la marcha inexorable del tiempo. Aquellas sociedades europeas se valían apenas de las estrellas y de los cuadrantes solares, por lo cual «pasaban sin ser anotados gran número de nacimientos de príncipes y de altos personajes. Numerosos documentos y actas de los siglos X y XI no consignan ningún dato cronológico», ya que «durante toda la Edad Media no existió unidad en el modo de computar el tiempo. Además, en la datación de documentos se empleaba frecuentemente el cómputo por otras eras, la romana, la española, la musulmana.». Y, en íntimo contacto con la muerte, el suelo de las iglesias y claustros de catedrales y conventos estaban sembrados de tumbas:

[...] en torno a la catedral y a las iglesias se agrupaban los vivos; bajo su suelo, reposaban los muertos, y mi señora muerte, con ser terrible y espantosa, era un personaje familiar y conocido como un vecino feo y misterioso cuyo trato se rehúye, pero que, queramos o no, vemos todos los días pasar delante de nuestra puerta.²⁹¹

Las desigualdades sociales se aceptaron como hechos de origen divino representados en patrones de férrea estratificación:

Los clérigos habían recibido la misión de encaminar a los hombres a la salvación; los nobles, la de combatir para asegurar el orden y la justicia; los

²⁹⁰ *Ibid.* pp. 24, 60, 77 y 82. Añade Bagué: «Si modernamente millones de vidas humanas quedan segadas en su juventud por el azote terrible de la guerra, la Edad Media conoció también esta desgracia, si no con tanta intensidad, sí, en cambio, con mayor continuidad que nosotros»: Cfr.: *Ibid.* p. 45.

²⁹¹ *Ibid.* pp. 48-49 y 52.

villanos y burgueses, la de sostener y alimentar con su trabajo al conjunto de la comunidad.²⁹²

Teología, poética y derecho medieval

Eran estas las condiciones más generales que configuraban la Europa medieval cuando emergieron tres portentos extraordinarios que marcarían el futuro de la teología, la poética y el derecho: el llamado *Aristóteles cristiano*, santo Tomás de Aquino (1224/1225-1274)²⁹³ autor de la poderosa *Summa teológica*; Dante Alighieri (1265-1321)²⁹⁴ cuya obra más conocida, la *Comedia*, también llamada *Divina Comedia*, ha sido calificada como la *Summa poética*, en referencia al prestigio de la teológica; y, Alfonso X (1221-1284) rey de Castilla y León, aspirante a la corona del Sacro Imperio Romano Germánico, quien añadiría la *Summa jurídica* con la construcción de un célebre código legal, con el tiempo, conocido como las *Siete partidas*, terminadas de escribir en 1265, y cuya vigencia no tendría lugar sino hasta el Ordenamiento de Alcalá en el año de 1348.

Estas tres *Summa* fueron antecedidas de una obra de mucha significación para conectar la Antigüedad indoeuropea con la Edad Media y la actualidad: se trata del *Decretum Gratiani* o *Decreto de Graciano*, redactado entre 1140 y 1142, base y referencia del *Corpus Iuris Canonici* en los siglos venideros, incluyendo su última edición de 1983.²⁹⁵

²⁹² Cit, pp 55.

²⁹³ <<https://www.britannica.com/biography/Saint-Thomas-Aquinas>>.

²⁹⁴ <<https://www.treccani.it/enciclopedia/dante-alighieri/>>.

²⁹⁵ "For centuries the *Decretum* was the text on which the teaching of canon law in the schools was based. It was glossed and commented on by the most illustrious canonists; it became the first part of the *Corpus Iuris Canonici*, the great body of canon law; and it served as an important source for the official codification of canon law in 1917 and its revision in 1983." Cfr. <<https://www.britannica.com/topic/Gratians-Decretum>>.

Treccani nos ofrece referencias enciclopédicas adicionales: <<https://www.treccani.it/enciclopedia/decretum-gratiani/>> y <<https://www.treccani.it/enciclopedia/corpus-iuris-canonici/>>. En un reciente Congreso internacional de derecho medieval se dieron a conocer ciertos últimos descubrimientos acerca del *Decretum*, que se pueden consultar en: <<https://www.medievalists.net/2012/08/gratian-father-of-canon-law-was-a-bishop-historian-finds/>>.

Vamos a ver el alcance de esas obras medievales y cómo enlazaron los contenidos de nuestros modelos normativos de la antigüedad, la actualidad latinoamericana y colombiana. Como abre bocas, tendríamos que preguntarnos con Cohen, el muy citado profesor de literatura medieval de Sorbona:

¿Qué decir de una época que, ordenada sobre la fe cristiana, absorbe y conserva y transmite toda la herencia del pensamiento antiguo: ciencia, filosofía y letras; que, fundada sobre la revelación, acepta por maestros y guías precisamente a aquellos que han estado privados de ella y que reconoce como los más grandes: Aristóteles, Virgilio y Ovidio?²⁹⁶

Irrupción de santo Tomás: *Summa Theologiae* o *Suma de Teología*

Cuarenta y nueve años de vida fueron suficientes para que el Príncipe de la Escolástica²⁹⁷ construyera uno de trabajos intelectuales más influyentes de todos los tiempos. Los *volúmenes inmortales* de la *Summa Theologiae* (*Summa Theologica*, *Summa* o también en español, *Suma de Teología*). Se escribieron entre 1267 y 1274, año de su fallecimiento, no por causas naturales, según una confidencia consignada en la *Comedia*.²⁹⁸

La cristiandad lo canonizó en 1323 y lo declaró *Doctor de la Iglesia* en 1567. Su legado se defendió siglos más tarde en la controvertida Encíclica *Quanta Cura* y *Syllabus* de Pío IX en 1864, la misma que condenó como *error moderno* rechazar la metodología escolástica.²⁹⁹ Años después, en 1879, León XIII dedicaría su Encíclica

²⁹⁶ Gustave Cohen. *La gran claridad de la Edad Media*. Traducción de Jose Luis Romero, Buenos Aires; Editorial Huemul. 1965. pp. 165-166.

²⁹⁷ Príncipe y Maestro de todos, *Doctor Humanitatis*, Angel de las Escuelas, Patrono de los Estudios, *Doctor Angelicus*, *Doctor Communis* y El Aquinate, son otros apelativos con los que se conoce a santo Tomás de Aquino.

²⁹⁸ «Carlos fue a Italia, y para enmendarse, hizo una víctima de Conradino, y después envió al Cielo a Tomás, también para enmendarse», afirmación que en nota del poeta italiano Paolo Costa se explica del siguiente modo: «Carlos duque de Anjou, que pasó a Italia y se apoderó de los reinos de Pulla y Sicilia, y para enmendarse, como dice el poeta con acerba ironía, hizo morir a Conradino, víctima de su ambición; y después, según se cuenta, mandó a envenenar a santo Tomás de Aquino por temor de que contrariara sus deseos en el Concilio de Lyon». (1,20, lo que indica Purgatorio, Canto XX, y así en adelante).

Cfr. Dante Alighieri. *La Divina Comedia*. Traducción de Manuel Aranda y Sanjuan. Notas de Paolo Costa. Barcelona: Editorial Maucci. 1921.

²⁹⁹ Pío IX. Encíclica *Quanta Cura* y *Syllabus*. 1864 (8 de diciembre). «XIII. El método y los principios con que los antiguos doctores escolásticos cultivaron la Teología, no están de ningún modo en armonía con las necesidades de nuestros tiempos ni con el progreso de las ciencias». Disponible en: <<http://www.filosofia.org/mfa/far864a.htm>>.

Aeterni Patris a la «restauración» de la filosofía cristiana conforme a la doctrina de santo Tomás, a un punto tal de glorificación, que equipara a la *Summa* nada menos que a los decretos de los Sumos Pontífices y a las mismísimas Escrituras.³⁰⁰

Su importancia resuena todavía, como quedó claro en la Carta Encíclica *Fides et Ratio* de 1998, en la que Juan Pablo II se refiere a la «Novedad perenne» del pensamiento del Aquinate, tanto por el contenido de su doctrina, como por la «relación dialogal» que supo establecer con el pensamiento árabe y hebreo de su tiempo: «En una época en la que los pensadores cristianos descubrieron los tesoros de la filosofía antigua, y más concretamente aristotélica, tuvo el gran mérito de destacar la armonía que existe entre la razón y la fe». Santo Tomás «argumentaba que la luz de la razón y la luz de la fe proceden ambas de Dios; por tanto, no pueden contradecirse entre sí.».

En la coyuntura histórica del siglo XIII, de querellas, de investiduras, de permanente contraste entre Iglesia e Imperio, entre papas y emperadores, entre autoridad civil y religiosa, entre alma y cuerpo, entre la potencia de un Aristóteles (Iglesia) y la del derecho romano (emperador), entre moral y derecho; en una coyuntura así, decimos, santo Tomás fue artífice de una solución «casi profética a la nueva confrontación entre la razón y la fe», que «consiste en conciliar la secularidad del mundo con las exigencias radicales del Evangelio, sustrayéndose así a la tendencia innatural de despreciar el mundo y sus valores, pero sin eludir las exigencias supremas e inflexibles del orden sobrenatural».³⁰¹

Aquella «solución profética» hubo de reflejarse, en general, haciendo compatible a buena parte del saber de la antigüedad griega, judía y árabe con el cristianismo: «el

³⁰⁰ León XIII. Epístola Encíclica *Aeterni Patris*. Sobre la restauración de la filosofía cristiana conforme a la doctrina de santo Tomás de Aquino. «...la razón elevada a la mayor altura en alas de Tomás, ya casi no puede levantarse a regiones más sublimes, ni la fe puede casi esperar de la razón más y más poderosos auxilios que los que hasta aquí ha conseguido por Tomás», encíclica disponible en: <http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_04081879_aeterni-patris.html>.

³⁰¹Juan Pablo II. Carta Encíclica *Fides et ratio*. Sobre las relaciones entre fe y razón. Disponible en: <http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html>.

universo aristotélico mismo aparecía irreconciliable con la concepción cristiana del mundo, del hombre, de Dios: no hay creación, sino un mundo eterno en manos del determinismo, sin que un Dios providente conociese las contingencias...». ³⁰² También hizo compatible la literatura revelada con la filosofía, y en definitiva diseñó un nuevo *modus vivendi* entre la fe y la razón: «Aristóteles ofrecía un espíritu empírico, preocupado por la experiencia y los sentidos humanos, que elabora una filosofía ateniéndose a la observación de las realidades cósmicas y de los datos de la conciencia», lo que «conducía a efectos desastrosos para la fe cristiana». ³⁰³ Ese es el problema que correspondió resolver a santo Tomás.

Concepto tomista de la ley

Un destello muy particular de aquella «solución profética» quedó grabado en el *tratado de la ley en general* que santo Tomás incorporó a sus enunciados de teología en las Cuestiones 90 a 97 de la Parte I-II de la *Summa*. Allí plantearía una instigadora definición de la ley como aquel «dictamen de la razón en orden al bien común, promulgado por quien tiene el cuidado de la comunidad», declaración que lo enlazaría no únicamente con las cuerdas del pasado que llevaban a San Agustín, a Cicerón y a Aristóteles, ³⁰⁴ sino también con las de su presente, Dante (y suponemos que Alfonso X) y, las de su futuro, representado en la determinante literatura de la llamada *Segunda Escolástica Española*, protagonizada por los Dominicos y la Compañía de Jesús, cuyos personajes principales, alentados por aquella definición, construyeron doctrinas que habrían de influir directamente en el

³⁰² Cfr. Gregorio Celada Luengo, O.P., en su introducción a la Suma de Teología de santo Tomás de Aquino que es la edición que usaremos aquí: Santo Tomás de Aquino. Suma de Teología I *Parte I*. Edición dirigida por los regentes de estudios de las Provincias Dominicanas en España. Presentación por Damián Byrne, O.P. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. 3.ª impresión de 2017. p. 33.

³⁰³ *Ibid.* p. 39.

³⁰⁴ Santo Tomás no muestra ninguna preferencia por Homero. Las ideas míticoreligiosas que ofrecen *Ilíada* y *Odisea* no le representan mayor atención. En la Summa no encontramos ninguna alusión a ellas; y hemos leído que, aunque el Aquinate cita a Homero en su *Sententia libri ethicorum*, no lo ha hecho para hacer depender de él ninguna idea central: “*Thomas also makes frequent mention of ancient persons of fame such as Homer, Pericles, and Trojan, but the Sententia as an account of ethics hardly depends on belief in or the existence of such personages.*” Cfr. <<https://maritain.nd.edu/jmc/ti03/eKaczor.htm>>. Tal parece que la preferencia de santo Tomás se decantó por sistemas normativos organizados en forma de reglas, como en la obra justiniana, no en sistemas normativos voluntaristas, como en la tradición homérica.

derecho castellano y en el diseño y contenido del derecho indiano, que nació con el descubrimiento de América y que evolucionó por trescientos años, poco más, al amparo de la presencia hispánica en el llamado Nuevo Mundo.

Santo Tomás y la codificación justiniana

La *Biblia*, la tradición judía, la filosofía de la Grecia aristotélica y el pensamiento de los Padres de la Iglesia están en la *Summa*. El Aquinate se abasteció asimismo en *De Legibus* de Cicerón, obra cuyas conexiones con las *XII Tablas* y con la codificación Justiniana ya hicimos patente. Pero hay un aspecto de influencia crucial, cuyo estudio no tuvo nunca el mismo rendimiento en las investigaciones sobre el resto de la exposición teológica de santo Tomás: la importancia que le mereció el *Corpus Iuris Civilis*, el «Digesto» en particular,³⁰⁵ y por consiguiente los autores cuyas obras clásicas el «Digesto» recogió: Ulpiano, Papiniano y Pomponio, y otros, pero el alcance de aquel abastecimiento se entiende mejor en el trabajo de Jean Marie Aubert, el mayor estudioso de cómo mediante procedimientos dialécticos, santo Tomás logró inocular racionalmente el elemento cristiano al mundo romano antiguo.

El siglo XIII fue el siglo del derecho y la teología: «Un vasto campo se abrió al derecho romano cuando los teólogos anexaron la teoría del derecho a sus dominios».³⁰⁶ Los problemas de la ley, que habían sido abordados por filósofos griegos y jurisconsultos romanos, fueron acoplados a la *Summa theologiae* en aquel siglo, con tal éxito que contribuiría significativamente a garantizar la supervivencia de la remota tradición legal del imperio romano ya desvanecido. Santo Tomás hizo «apto» el derecho romano para afrontar un nuevo destino en la medida en que lo usó para

³⁰⁵ De donde sacaría múltiples ideas, como que «la ley no pertenece a la razón, sino más bien a la voluntad», lo que la hacía por consiguiente modificable (I-II, q.90, a.1) (*parte/questión/artículo/número*); o, por ejemplo, la no retroactividad de las leyes (I-II, q.90 a.4 n.3).

³⁰⁶ Jean Marie Aubert. *Le droit romain dans l'œuvre de saint Thomas d'Aquin*. Préface de Gabriel Le Bras, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1955, 164 pages, Bibliothèque Thomiste, XXX, p. 5.

ejemplificar las *leyes humanas*, con respecto a la *ley divina* y la *ley natural*, en su sistema teologal.

Aubert recogió al menos 150 citas romanas en las diferentes obras del *Doctor Angelicus*,³⁰⁷ que sistematiza en varios grupos: para propósitos analógicos (como término de comparación), para fines dialécticos (para hacer demostraciones), y uso funcional para aplicaciones doctrinales directas e indirectas. Cuestiones como la justicia, el derecho, el *ius naturale*, el *ius gentium*, la ley, la libertad, la adopción, la legitimación, la tutela, el matrimonio, la adquisición de la propiedad, los contratos, la sucesión, los delitos y las penas, etc., todos ellos tienen lugar en sus disertaciones. Mostró un conocimiento amplio del procedimiento judicial, y tenía bien claras las nociones de juez, demandante, acusado, abogado, etc., todas conseguidas en los almacenes jurídicos del derecho romano. Es pertinente recordar que San Agustín no había hecho cosa distinta: este debe su formación a los Padres de la Iglesia, pero también se había provisto en los arsenales de los jurisconsultos clásicos y, más todavía, logró aprovechar contenidos normativos de las *XII Tablas* para sus propósitos teologales.³⁰⁸

Siguiendo con la cuestión, Aubert nos muestra que hay aspectos en los cuales el derecho romano divergía o se oponía incluso a reglas de la moral o del derecho

³⁰⁷ Ibid. p. 12.

³⁰⁸ San Agustín demuestra conocer las *XII Tablas* en pasajes en que alude a la severidad de la pena impuesta a los poetas y actores por infamar o calumniar. Esta pena capital de las leyes decenvirales se menciona muy escasamente, y apenas ahora que nos acercamos a las fuentes del teólogo latino, nos percatamos. Se trata de un fragmento literario contenido en *De civitate Dei*, en el que el santo Padre y Doctor de la Iglesia católica invoca a Cicerón, quien a su vez trae a colación una charla con Escipión, el Africano, en la cual este expresa que «nuestras *Doce Tablas*, que tan pocos delitos castigaron con pena capital, pensaron que ella debía también establecerse contra el ciudadano que representase o compusiere versos que redundasen en deslustre o infamia de otro». San Agustín menciona el tema para quejarse de la severidad de la pena capital en tales casos, mientras que en otros «esos mismos poetas que tales fábulas componen, prohibidos, por una ley de las *Doce Tablas*, de lastimar la fama de los ciudadanos, ¿por qué, cuando asestan contra los dioses tan ignominiosos baldones, no son tenidos por infames como los propios actores escénicos? ¿Cabe en razón y justicia que queden infamados los actores de poéticas ficciones y que personifican dioses cubiertos de ignominia; y los autores en cambio reciban honras y distinciones?». Cfr.: Agustín, S. O. de H. *La ciudad de Dios*. Alma Mater: Colección de Autores Griegos y Latinos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1982, pp. 80 y 86.

Agustín de Hipona parece tomarse licencias en la transcripción de Cicerón. Su cita no modificó el sentido de la cuestión, pero en la lectura directa de *Sobre la República*, se lee: «aunque pocos crímenes habían castigado con la pena capital, se la impusieron a los que habían proferido afrentas públicas o compuesto cantos infamantes o injuriosos contra alguien». Cfr.: Cicerón, M. T. *Sobre la República*. Introducción, traducción y notas de Álvaro D'Ors. Madrid: Editorial Gredos. 1984. Libro IV, p. 171.

canónico en las que tenía interés santo Tomás. Por ejemplo, el derecho romano permitía la usura, mientras que la *Summa* la consideraba pecado. Y santo Tomás se las arreglaba para hacer compatible aquellas normas problemáticas en sus síntesis de teología, al hacer que de esos textos brotaran interpretaciones bastante alejadas de su contenido primitivo. Utilizó y retocó los textos romanos para propósitos que el legislador no había previsto. De acuerdo con Aubert, el *Doctor Communis* trataba de no perder el beneficio de la «venerabilidad» de las normas romanas para interpretarlas tendenciosa y casuísticamente. La interdependencia de entre la *Summa* y Aristóteles es bien conocida, pero santo Tomás se inclinó con mucha frecuencia hacia fórmulas y conceptos romanos: “*Si, en effet, sur le plan rationnel, spéculatif, Aristote fournit les éléments de base, dans le domaine des mœurs, des institutions, c'est le droit romain (et Cicéron)!*”.³⁰⁹

La justificación del casuismo y su proyección en Hispanoamérica

Lo de la interpretación *casuística* no es una fantasía de Aubert. En el *Tratado de la ley en general*, el Doctor de la Iglesia se pregunta si la ley natural es la misma para todos, y avanza en un hilo argumental de acuerdo con el cual sería propio de la razón «proceder de lo común a lo particular» y, en su contraste entre «razón especulativa» y «razón práctica», deja ver que esta última, que se ocupa de las cosas contingentes (de operaciones humanas), admite siempre excepciones al descender a lo particular:

Pero en alguna ocasión puede suceder que sea perjudicial y, por consiguiente, contrario a la razón devolver el depósito, por ejemplo, a quien lo reclama para atacar a la patria. Y esto ocurre tanto más fácilmente cuanto más se desciende a situaciones particulares...³¹⁰

Al ser esto así, respecto de la razón natural, concluye santo Tomás, así ocurre con la ley humana, que está ligada a principios universales, que es la misma para todos, pero:

³⁰⁹ *Ibid.* p. 135.

³¹⁰ *Ibid.* I-II, q.94 a.4.

[...] pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial... ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural.³¹¹

Esta concepción de la *ley natural/ley humana* tenía por qué dar confianza a los monarcas medievales acerca de su capacidad normativa en función de las circunstancias concretas, y no cabe duda que iba a resultar una perspectiva muy conveniente en la administración del derecho castizo medieval y en el diseño y operación del derecho indiano, casuista —y tomista— en toda la regla.

Es casi un lugar común citar en este punto a José María Ots Capdequí, conocido indianista valenciano y profesor en la Universidad Nacional de Colombia durante su exilio de España. Su caracterización del derecho indiano hizo carrera. El Nuevo Mundo hacía inaplicable buena parte del derecho castellano, lo que imponía la expedición consecutiva de normas jurídicas especiales sobre cualquier tipo de asuntos: provisión de oficios y estructuras burocráticas locales, fundación y población de nuevas ciudades, minería y comercio de frutos de las Indias, tratamiento de los nativos, estatuto de los negros y mulatos, y adaptación también de los estándares de delitos y penas del derecho castellano a ciertas conductas y destinatarios en la nueva geografía americana, por mencionar solo algunos temas

³¹¹ La cita completa es esta: «Por tanto, es manifiesto que, en lo tocante a los principios comunes de la razón, tanto especulativa como práctica, la verdad o rectitud es la misma en todos, e igualmente conocida por todos. Mas si hablamos de las conclusiones particulares de la razón especulativa, la verdad es la misma para todos los hombres, pero no todos la conocen igualmente. Así, por ejemplo, que los ángulos del triángulo son iguales a dos rectos es verdadero para todos por igual; pero es una verdad que no todos conocen. Si se trata, en cambio, de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es la misma en todos ni en aquellos en que es la misma es igualmente conocida. Así, todos consideran como recto y verdadero el obrar de acuerdo con la razón. Mas de este principio se sigue como conclusión particular que un depósito debe ser devuelto a su dueño. Lo cual es, ciertamente, verdadero en la mayoría de los casos; pero en alguna ocasión puede suceder que sea perjudicial y, por consiguiente, contrario a la razón devolver el depósito; por ejemplo, a quien lo reclama para atacar a la patria. Y esto ocurre tanto más fácilmente cuanto más se desciende a situaciones particulares, como cuando se establece que los depósitos han de ser devueltos con tales cauciones o siguiendo tales formalidades; pues cuantas más condiciones se añaden tanto mayor es el riesgo de que sea inconveniente o el devolver o el retener el depósito. Así, pues, se debe concluir que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también, en algunos casos faltan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural. Y así cuenta Julio César en VI De bello gallico que entre los germanos no se consideraba ilícito el robo a pesar de que es expresamente contrario a la ley natural». (I-II, q.94 a.4. *Summa*).

de las viejas recopilaciones de Indias. No es que desapareciera el derecho castellano ante la avalancha de normas especiales: las *Recopilaciones* y sus bases más remotas (*Siete partidas*, por ejemplo) regían también. Si no que todas conformaban una mezcla abigarrada a la que se conectaba con el «derecho propiamente indiano», uno de cuyos rasgos más visibles fue ese invocado casuismo: «Se legisló, por el contrario, sobre cada caso concreto y se trató de generalizar, en la medida de lo posible, la solución sobre cada caso adoptada», lo que trajo también la consecuencia de una tradición excesivamente reglamentaria en los países latinoamericanos: los monarcas españoles, vacilantes «movidos por la desconfianza en sus autoridades coloniales, multiplicaron las instrucciones de gobierno y complicaron extraordinariamente los trámites burocráticos y administrativos».³¹²

Ese intento por hacer compatible la tradición normativa castiza en los territorios descubiertos por Colón parece encajar muy bien con el concepto de ley y perspectiva casuista que promovería santo Tomás, y conecta naturalmente con una tradición de inaplicación del derecho que haría carrera en Latinoamérica durante los siglos de la presencia española y que es conocida entre nosotros bajo el estereotipo de «se obedece, pero no se cumple» o también de «se acata, pero no se cumple», que supone la tesis según la cual los funcionarios pueden suspender o aplazar el cumplimiento de las normas por el hecho de que su contenido ofrece escrúpulos morales, religiosos, de justicia, o de diversa índole: «Recibida la Real Cédula cuya ejecución no se consideraba pertinente, el Virrey, Presidente o Gobernador, la colocaba solemnemente sobre su cabeza, en señal de acatamiento y reverencia, al propio tiempo que declaraba que su cumplimiento quedaba en suspenso», explica Ots.³¹³

³¹² J. M. Ots Capdequí. *El Estado español en las Indias*. México: Fondo de Cultura Económica. 1941. Reimpresión de 1993. pp. 12-15.

³¹³ *Ibid.* pp. 12 y ss.

Ese estereotipo, sin embargo, no surgió en la América hispana como se cree comúnmente, sino que las *Recopilaciones de Indias* lo hacían posible: los funcionarios debían jurar cumplir y hacer cumplir el derecho, los mandamientos, las cédulas del rey, etc., salvo que «siendo el negocio de calidad», de su cumplimiento «se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable», caso en el cual «permitimos, que habiendo lugar de derecho, suplicación, e interponiéndose por quien y como deba, pueda sobreseer en el cumplimiento», es decir, que los funcionarios podían suspender o cesar en la aplicación de la norma en cuestión por autorización del propio sistema legal.³¹⁴ Y estaba previsto igualmente que en los casos de *obrepción* y *subrepción*,³¹⁵ un tipo de vicio legal de espíritu canónico y origen romano, por el que se engaña ocultando información a las autoridades para obtener beneficios que, en esos casos, decimos, era posible dejar de cumplir cédulas y despachos oficiales.³¹⁶

Pocos expertos en Colombia han parado mientes en las conexiones de esa tradición normativa indiana, castellana, y añadiríamos que tomista, con nuestra realidad actual. El expresidente Alfonso López Michelsen se aproximó:

Dejar de aplicar una ley por un funcionario por considerársela contraria a los intereses generales —se refiere a nuestro sistema de control de constitucionalidad que incorpora la figura de la inaplicación de una norma por inconstitucional—, sería inexplicable con el concepto de que toda ley que formalmente haya reunido todos los requisitos para su expedición es obligatoria; pero entendiendo el Derecho como un orden secundario al orden moral, en el que lo de menos en las leyes son sus formalidades externas y lo más fundamental es su contenido, hallamos la clave de este singular fenómeno de que las leyes dejaran de aplicarse a pesar de haber sido expedidas con todos los requisitos del derecho consuetudinario. Sólo la falta de un estudio sereno de la Conquista y de la Colonia española, ha permitido hallar en esta

³¹⁴ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, 2, 1, 24 (*libro/título/ley*). Tomamos como referencia para las citas de esta obra, que se multiplicarán más abajo, una publicación que contiene en facsímil la edición de Julian de Paredes de 1681: Cfr. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Tomo I, Prólogo de Ramón Menéndez y Pidal, Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680 (2, 1, 24).

³¹⁵ Se puede consultar sobre los anclajes de esta institución en el derecho romano, el canónico medieval, el derecho castellano y el derecho español contemporáneo en: Roberto Parejo Gámir y José Luis Martínez. «A la búsqueda de nuevas técnicas: Obrepción y subrepción». En: *Revista de Administración Pública*. Año 1966, Núm 49, pp 323-344. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/143077>>.

³¹⁶ *Recopilación*. *Op. cit.* 2, 1, 22.

fórmula jurídica un sujeto de escarnio. Es, por el contrario, el más esclarecido antecedente del sistema de control de las leyes por la Corte Suprema, del que tanto nos ufanamos como de una conquista jurídica.³¹⁷

Inaplicación de normas y espíritu tomista

Y todavía queda más por decir sobre este punto: esta licencia para inaplicar las normas no fue todavía un patrimonio exclusivo del derecho indiano, sino que tiene claros antecedentes en el derecho castellano medieval. Expertos han demostrado que «se obedece, pero no se cumple» existió, operó y fue la respuesta al viejo problema de la *ley injusta* durante la Edad Media castellana, que tuvo claro origen en el *Espéculo* y en las *Siete partidas*, creaciones normativas, ambas, del Rey Sabio, y que operaban mediante mecanismos que a veces tenían el sabor de un procedimiento suspensivo de los efectos de las normas, y otras el de una nulidad de la norma. «Avanzado el siglo xv, seguía latiendo dentro del obedecer y no cumplir la dualidad —irresuelta en el siglo xiv— entre la nulidad y el simple sobreseimiento de las cartas y disposiciones reales contrarias a derecho», dice el medievalista español González Alonso en un ensayo bastante esclarecedor.³¹⁸ Y en la *Novísima recopilación de las Leyes de España* de 1805, sobre la cual volveremos, se lee que: «en los casos de no darse pronto cumplimiento a las órdenes y decretos Reales se dé cuenta a S. M. exponiendo los motivos»,³¹⁹ de modo que la licencia para dejar de cumplir normas no es patrimonio indiano sino un patrimonio común de España y América hispánica. Otro tanto debería predicarse del casuismo, del que se habla también respecto del derecho castellano, a propósito de las disputas de jerarquía normativa entre fueros, ordenanzas, pragmáticas, cartas y disposiciones reales en

³¹⁷ López Michelsen, Alfonso. *Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia*. Tercera edición, Bogotá: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. 1983. pp. 95 y 109.

³¹⁸ González Alonso, B. La fórmula «Obedézcase, pero no se cumpla» en el Derecho castellano de la Baja Edad Media. En: *Anuario de la Historia del Derecho Español (AHDE)*, N° 50, 1980, Madrid, pp. 469-488.

³¹⁹ «Quiero, que el Consejo y Cámara por punto general, cuando inmediatamente no diesen cumplimiento a las órdenes, decretos y Reales resoluciones que se les comuniquen en los asuntos de Gobierno, o los manden pasar a sus Fiscales, me den cuenta, exponiendo los motivos que hubiese para su ejecución. Y los Secretarios y Escribanos de la Cámara del Consejo me serán responsables de lo contrario». *Cfr.*: 3, 4, 12 (libro/título/ley).

Citaremos en adelante la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, dividida en XII Libros, mandada formar por el Señor Don Carlos IV, Impresa en Madrid año 1805. Disponible en: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-1993-63_1>.

los tiempos medievales, de modo que no hay que considerarlo un distintivo indiano americano, pero sí un rasgo común que también nos alcanza a nosotros.³²⁰

Después de santo Tomás, volviendo con el Aquinate, la Escolástica dio al Estado y al derecho un contenido ético ligado a la moral cristiana, lo que acoplaría estrechamente con los sistemas de control de legalidad de las normas castellanas durante la época medieval, y se proyectaría hasta nuestros actuales sistemas de control de legalidad y constitucionalidad de las leyes en Latinoamérica y Colombia, a lo que nos referiremos luego. Con la confianza que generó la *Summa*, la Iglesia dominaría soberana, y tendría el camino pavimentado para que sus doctrinas y las de otras *inteligencias finas* dieran forma a un orden legal coincidente con su orden moral: «Separada de la moral, la ley, como rama desprendida del tronco, pierde todo valor y sentido»,³²¹ explicaba Gioele Solari, el jusfilósofo de Messina y Torino.

El Príncipe de la Escolástica dio forma racional a las fórmulas del evangelio, arrojó luz sobre el «conflicto secreto» entre normas jurídicas y morales y logró hacer prevalecer la idea de que leyes morales y jurídicas provienen de la misma fuente, de la ley eterna, razón por la cual el poder eclesiástico quedaría por encima del poder secular. Dante Alighieri promovería una idea distinta con respecto a esta cuestión de las espadas temporal y espiritual, pero encajaría muy bien con santo Tomás en todo lo demás.

Entrada de Dante Alighieri: *summa poética*

Si admitimos que Eneas fue *el último de los troyanos y el primero de los romanos*, tendríamos que conceder que, cuando Dante Alighieri, trece siglos después, se

³²⁰ Todavía menos excepcional nos parece el otro rasgo señalado por Ots, según el cual, el derecho indiano era una legislación de «hondo sentido religioso y espiritual», pues la misma característica puede predicarse de la legislación castellana. No es sino verificar el contenido de la medieval primera Partida de las Siete de Alfonso X: una perfecta sincronización entre derecho eclesiástico y secular.

³²¹ La Scuola del Diritto Naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII. Torino, Fratelli Bocca Editori, 1904, pp. 13 y 14. Y añade: «*Nella storia della convivenza sociale il Medio Evo rappresenta un periodo di transizione dalla Città antica allo Stato moderno. Sotto un aspetto esso fu un crogiuolo in cui la civiltà antica si venne dissolvendo ne' suoi elementi primordiali e sotto un altro aspetto fu un periodo di incubazione di una nuova forma di convivenza sociale*», p. 22.

apoyó en Virgilio (70-19 a. C.) para construir la *Comedia*, el espíritu medieval no ganaba apenas un soldado a la causa de la cristiandad, ni tampoco lograba la mera incorporación de la Roma precristiana a la cosmogonía de la Iglesia católica, sino que elevaba un puente cultural hacia una orilla más lejana del pasado, no la de la Grecia clásica, no la de la Grecia arcaica ni todavía la de la llamada Grecia oscura, sino la del siglo XII a. C., cuando, según la leyenda, ocurrió la destrucción de Troya.³²²

Dante dio arraigo a Virgilio dentro del orden de las Sagradas Escrituras y podría decirse que liberó a *La Ilíada* y *La Odisea* de su pecado original, sumergiéndolas a ellas y a todos sus personajes en las verdades superiores de la fe, lo que nadie dudaría en considerar una de las apropiaciones culturales más exitosas de todos los tiempos.³²³ Dante tuvo a cargo el rito de adopción y admisión al cristianismo, retroactivamente, de un amplio espectro geográfico de la antigüedad mediterránea. Ya Justiniano había reclamado a Homero para agregarlo a las «Institutas», y lo había incorporado efectivamente en beneficio de la tradición legal romana, pero Dante resultó más ambicioso y envolvente, pues no se enfocaría solo en tiempos antiguos para derramar los dogmas de Jesús sobre la cabeza del *padre de todos los griegos*; y no solo instalaría a Homero en su propio entorno político medieval, de destierros y adversidades, de discordia entre gibelinos, negros y blancos, sino que empujaría a Odiseo en un barco hacia el futuro, literalmente, para acercarlo hasta nosotros.

³²² «Yo soy aquel que modulé otro tiempo canciones pastoriles/Al son de mi delgado caramillo. Después dejé los bosques/Y forcé a las campañas colindantes a plegarse/Al codicioso afán de los labriegos. Mi obra fue de su agrado/Y ahora canto las armas horribles del dios Marte/Y al héroe que forzado al destierro por el hado fue el primero que desde la ribera de Troya arribó a Italia/Y a las playas lavinias. Batido en tierra y mas arrostró muchos riesgos/Por obra de los dioses, por saña rencorosa de la inflexible Juno. /Mucho sufrió en la guerra antes de que fundase la ciudad/Y asentase en el Lacio sus Penates, de donde viene la nación latina /Y la nobleza de Alba y los baluartes de la excelsa Roma.» Cfr.: Virgilio. *Eneida*. Libro I, p. 179.

³²³ «Dante's use of Virgil is one of the richest cultural appropriations in literature. Even when the epic lost its appeal and was replaced by other art forms (the novel, primarily, and the drama) Dante's own fame continued. In fact, his great poem enjoys the kind of power peculiar to a classic: successive epochs have been able to find reflected in it their own intellectual concerns". Cfr.: <<https://www.britannica.com/biography/Dante-Alighieri/The-Divine-Comedy>>.

El regreso de Odiseo

En efecto, en el Infierno (1,26), mientras caminaban afligidos por la octava fosa, a través de escollos y rocas, Dante y Virgilio vieron resplandecer infinitas llamas, cada una de las cuales encerraba a un pecador, o dos, porque una llama en particular albergaba a Odiseo y a Diomedes, cuya grandeza no bastó para merecer siquiera el limbo,³²⁴ y en cambio terminaron castigados juntos por su ira contra los troyanos, por el engaño del caballo de madera y por el robo del paladión, del que los troyanos hacían depender la suerte de su ciudad. Virgilio les quiso preguntar sobre el lugar de su muerte, a lo que Odiseo, «la punta más elevada de la antigua llama», abre la conversación afirmando que ni Circe o Penélope, ni la piedad debida a un padre anciano, pudieron nunca vencer su ardiente deseo de conocer el mundo.

Y es aquí que Dante incita al héroe homérico a un viaje en dirección a Occidente y lo conecta con la agenda que Cristóbal Colón consumaría poco menos de dos siglos después. En compañía de algunos de sus viejos y pesados compañeros, en efecto, Odiseo se habría lanzado por el mar mediterráneo, según este relato, en dirección al Atlántico, y vieron todos como avanzaban «entrabas costas, por un lado hasta España, por otro hasta Marruecos», atravesaron la «estrecha garganta donde plantó Hércules las dos columnas para que ningún hombre pase más adelante», dejaron a continuación Ceuta y Sevilla, y ya, de cara al infinito océano, decidieron ser «fieles a la virtud y la ciencia», y no negarse «a conocer el mundo sin habitantes,

³²⁴ <<https://www.britannica.com/topic/limbo-Roman-Catholic-theology>>.

Se sabe de sobra —aunque aquí nos resulta esencial recordarlo— que en la cosmogonía dantesca el primer círculo que rodea el abismo del infierno está habitado por hombres, mujeres y niños que no pecaron, que no recibieron el agua del bautismo antes de su muerte, o que vivieron antes del cristianismo, por lo cual «no adoraron a Dios como debían». Están condenados ellos, ciertamente; pero la pena consiste en vivir «con el deseo (de ver a Dios), sin esperanza». Fue allí que Dante se topó con Homero («poeta soberano») y con otros de su brillo: Horacio, Ovidio, Euclides, Ptolomeo, Aristóteles («el Maestro de todos los que saben»), Sócrates, Platón, Demócrito, Diógenes y otros. Vio, también, a Cicerón, a Tito Livio y a Séneca y a varias otras figuras históricas precristianas. Y «Yo también soy uno de ellos», le confiesa Virgilio a Dante, aludiendo al hecho de que ese limbo resultaba ser la morada de su Guía. Importante hacer notar que figuras bíblicas que tampoco conocieron a Cristo, y que habitaron en el limbo, salieron de allí por decisión selectiva «de un Ser poderoso» (Cristo). Si el nepotismo no consiste solo en favorecer parientes sino también a los amigos próximos, tendríamos que sacar conclusiones del hecho de que se hubiera otorgado la bienaventuranza al primer Padre (Adán), a su hijo Abel, a Noé y a Moisés («el legislador»), a David y Abraham, etc., sin importar el mérito ni la elevación que ostentaba del resto de los precristianos que han debido permanecer allí. En este sentido la tradición homérica resulta ciertamente exaltada en Dante, pero ubicada por debajo de la tradición mosaica.

que se encuentra siguiendo al Sol». ³²⁵ Y siguiendo al sol perdieron la vida aquellos hombres en algún torbellino del gran mar Atlántico, según el relato del infierno, presagiando así la ruta del descubrimiento de América.

De manera pues que, en Dante, el héroe griego no representa el pasado únicamente, ni la aventura épica de ayer frente a los dioses olímpicos, hechiceras, lotófagos y cíclopes, sino que simboliza la perseverancia en la búsqueda de lo desconocido y el afán de descubrir el mundo, lo que convierte *La Comedia* en una muy efectiva bisagra entre la Antigüedad indoeuropea y el mundo posterior de Dante, el futuro, nosotros.

Borges aconsejaba leer *La Comedia* con fe poética, con inocencia, con *voluntaria suspensión de la incredulidad* y con olvido de toda referencia mitológica: solo vivir su intensidad y dejarse llevar de su sensualidad. ³²⁶ En nuestro caso, no es posible por ahora. Necesitamos rastrear a Odiseo y verificar cómo pudo viajar en el tiempo el modelo normativo de Homero, y cómo migraron sus ideas de libertad, de justicia y de distinción de poderes a través de los siglos.

Y en ese rastreo, no ha resultado inútil encontrar frecuentes alusiones a la justicia de Dios (1,7 y 1,24); a Minos dando vueltas a su cola, y al Minotauro (1,5, 1,13, 1,27, 1,29; y 1,12); a Homero, el «poeta soberano» (1,4), ocupando un sitio en el limbo, en el primer anillo; a Caribdis (1,7), a Circe (1,26), a Troya («Grecia se quedó tan exhausta de varones, que apenas los había en las cunas») (1,20), a Jasón («el

³²⁵ «Es notabilísimo este pasaje por la idea que tenía Dante de la redondez de la Tierra, y de un mundo occidental que debía encontrarse siguiendo el curso del sol», anota Paolo Costa (1771-1836) en sus notas a *La Divina Comedia*, Op. Cit., nota 1, p. 159.

³²⁶ En 1977, Borges ofreció en Buenos Aires una serie de siete conferencias que inició precisamente con *La Divina Comedia*, en la que advirtió a sus lectores: «Yo aconsejaría al lector el olvido de las discordias de los güelfos y gibelinos, el olvido de la escolástica, incluso el olvido de las alusiones mitológicas y de los versos de Virgilio que Dante repite, a veces mejorándolos, excelentes como son en latín. Conviene, por lo menos al principio, atenerse al relato. Creo que nadie puede dejar de hacerlo»: Cfr.: <<https://sites.google.com/a/laserpblanca.com/la-serp-blanca/borges-la-divina-comedia-siete-noches>>. El audio de la misma charla se puede escuchar en <<https://www.youtube.com/watch?v=Slo2qA4YC3U>>. Y una versión revisada y más sofisticada de esta misma conferencia, en la que Borges sostiene además que Odiseo es «el espejo de Dante», se puede leer en el estudio preliminar de Dante Alighieri, Borges, J. L., Rosell, C. & Bruzzi Costas, N. (1978). *La Divina Comedia*. (Duodécima edición). Los Clásicos. México: Editorial Cumbre.

vellocino de oro») (1,18), y hasta las fantásticas varitas mágicas de los dioses del Olimpo (1,9).

La *Odisea* y la *Comedia* tienen en común que ambas obras pregonan la existencia de una justicia divina. Un pretexto clave de esa perspectiva la proporciona siempre un viaje al inframundo: a Dante se le permitió bajar al Infierno y examinar la condición de todas las almas («no sabría decir fijamente como entré allí») (1,1); pudo hacerlo Eneas también;³²⁷ lo hizo el héroe de Ítaca,³²⁸ y más remotamente lo había conseguido Gilgamesh (2150-1400 a. C.), el más conocido de los héroes mesopotámicos.

En su paseo por el reino de los muertos, en la travesía de la oscuridad hasta la luz divina, nuestro protagonista puede evaluar, con igual interés, tanto a sus contemporáneos como a los ilustres antepasados de la tradición romana, griega y mosaica, siempre a través del lente cristiano. Y es en la narración de ese paseo que un hombre de la Edad Media escribirá poesía excelsa para algunos. Pero, para nosotros, uno de los tratados sobre el crimen y el castigo más relevante de la historia legal, un repertorio de crímenes universales ejemplificados en personajes históricos, un compendio de venganzas y sentencias, de lugares de reclusión, un tratado del tormento, del suplicio, del martirio, del arrepentimiento y el perdón («¡Oh vosotros los que entráis, abandonad toda esperanza!»);³²⁹ un esquema de priorización de crímenes en el que algunos creen ver la influencia de santo Tomás: así, el vicio de la lujuria (*Summa*, II-II (b), q152) tiene su tratamiento contra lujuriosos en el segundo círculo del Infierno; los glotones del tercer círculo son ajuiciados bajo el pecado de la gula (*Summa*, II-II (b), q148); los avaros del cuarto círculo se corresponden con el pecado de la avaricia (*Summa*, II-II (b), q118); los iracundos y soberbios pertenecientes al quinto círculo se corresponden con los pecados de la ira y la

³²⁷ Virgilio. *Op cit.* Libro VI.

³²⁸ Homero. *Op cit.* Libro XII.

³²⁹ «Por mí se va a la ciudad del llanto; por mí se va al eterno dolor; por mí se va hacia la raza condenada: la justicia animó a mi sublime arquitecto; me hizo la Divina Potestad, la Suprema Sabiduría, y el primer Amor. Antes de mí, no hubo nada creado, a excepción de lo inmortal, y yo duro eternamente. ¡Oh vosotros los que entráis, abandonad toda esperanza!»: 1,3.

soberbia (*Summa*, II-II (b), q158 y q162), y así ocurriría sucesivamente con el perjurio, la simonía, el robo, la violencia, etc., pecados que tienen todos ellos un perfecto tratamiento teologal en la *Summa*.

Así pues, entre anillos y fosas, entre infierno y purgatorio, y en los *círculos impíos de hedor insoportable*, podemos confirmar que *La Comedia* es una obra de derecho tanto como de teología, filosofía y poesía; podemos captar allí las antiguas ideas medievales de gravedad de los hechos, más grave ser ladrón (octavo círculo), que asesino (séptimo círculo), de *mayor* y *menor* ofensa (1,11), de retribución, de rehabilitación, disuasión, culpa, graduación y proporcionalidad, ideas derivadas por Dante de las tradiciones bíblica-mosaica, homérica, grecorromana y cristiana, indistintamente.

Dante, *Lex talionis* y Ley del *contrapasso*

La estructura moral del infierno de Dante alberga el talión, una medida de justicia recibida de la tradición judaica, y de las *XII Tablas*. Dante no la inventa, le da expresión plástica, como en el caso de los disociadores.³³⁰ Pero será la ley del *contrapasso* la que, bajo patrones espirituales cristianos, se llevará las palmas como la más creativa de las reglas de la justicia divina para todas las transgresiones, el escarmiento más efectivo para devolver a los hombres al camino del bien y la verdad. Que Occidente es fiel a su tradición indoeuropea, la mayor prueba la dará Alighieri, con su aplicación de criterios según los cuales las condenas deben ser adecuadas al estilo de vida, las penas deben ser iguales al pecado, el sufrimiento debe consistir en lo contrario de la culpa o en la exageración de la acción pecaminosa, una idea de proporcionalidad que ya tenía antecedentes en las tradiciones bíblicas, como en la historia de Sodoma y Gomorra, en Aristóteles y Séneca, y también en santo Tomás.³³¹ Anfiarao seguirá un camino retrógrado por

³³⁰ «¡ay de mí! mi cabeza separada de su principio». *Comedia*. 1,28

³³¹ «Lo justo, ¿es simplemente lo mismo que la reciprocidad? 1. El juicio divino es absolutamente justo; ahora bien: una fórmula del juicio divino es que cada uno sufra según lo que hubiera hecho, según el texto evangélico de Mt 7,2: Con el juicio

intentar ver demasiado hacia adelante (1,20); Alejo Interminei de Luca, lisonjero, yace sumergido en el estiércol (1,28); azotados por el fuego, con una bolsa al cuello, sentados, permanecen los acusados de usura (1,17); y, en la *mansión de los tristes hipócritas*, en la que habitan quienes encubren sus vicios con los colores de la virtud, caminan algunos llevando capas doradas por fuera, cuando por dentro son de plomo (1,23). El castigo, en fin, adaptado a la naturaleza de la falta.³³²

Dante se apartaría de santo Tomás en un frente más político, según se advierte con frecuencia: «el César debe guardar reverencia a Pedro», advierte; pero esta reverencia no implica poner la autoridad del Imperio a disposición del Sumo Pontífice, idea que ciertamente favorece el tomismo. Existen las «dos espadas» (las dos investiduras, los poderes, temporal y espiritual), pero de tal doctrina no deriva un poder de la Iglesia ni del sucesor de Pedro para anular las leyes y decretos del monarca, y mucho menos para transferir sus poderes a terceros por la mera voluntad del *clavero del reino de los cielos*. Apelando exactamente a las mismas fuentes de *La Comedia*, y a todas ellas al mismo tiempo («Antiguo Testamento», Aristóteles, San Agustín, «Decretales», «Digesto», Pedro Lombardo), y apoyándose astutamente en el mismísimo santo Tomás de Aquino (como si, preciso, no estuviera tomando distancia de él); apelando a esas fuentes, decimos, concluye Dante en su *Monarquía*, su otra obra, menos conocida, que no es lícito que el romano pontífice haga una camisa de fuerza de la *túnica inconsútil*.³³³ Esta diferencia entre los dos portentos intelectuales, sin embargo, no alcanzó a disminuir la potencia que sus obras ejercerían durante el Renacimiento y la Escolástica posterior (De Vitoria defendería tesis que permitirían inaplicar norma del Papa), como también durante la América hispánica.

con que juzgareis seréis juzgados, y con la medida con que midiereis seréis medidos. Luego lo justo es, en absoluto, lo mismo que lo padecido en compensación...». Cfr.: *Summa* II-II, q.61, a.4.

³³² Sobre la «didáctica dantesca frente a los diferentes pecados». Cfr.: Graciela B. Hernández de Lamas. La educación de la justicia: El contrapaso en la comedia dantesca: *Prudentia Iuris*, No 82, 2016 pp. 59-66. Disponible en: <<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3178/1/educacion-justicia-contrapaso-comedia-dantesca.pdf>>.

³³³ Dante Alighieri. *Monarquía*. Estudio preliminar, Traducción y Notas de Laureano Robles Carcedo y Luis Frayle Delgado. segunda edición, Madrid: Tecnos. 2009. Libro III, pp 83 y ss.

Por ahora, tendríamos que confirmar que la Edad Media no fue la cacareada ruptura con el mundo antiguo, sino más bien, su desarrollo y proyección, y la continuación de factores presentes durante la era de la monarquía absoluta romana, como advirtió De Martino.³³⁴ Santo Tomás se encarga de esa proyección, y por ello es la grandeza de su tiempo, pero Dante lo engalana:

[...] el conocimiento está inmediatamente integrado dentro de un conjunto jerarquizado que va desde Dios hasta los hombres pasando por los ángeles, y esto es visible tanto en la catedral como en la *Summa* y como en *La Divina Comedia*, que no es sino una *Summa* poética.³³⁵

Alfonso x: aparición de la *summa jurídica*

Mientras la *Summa* de santo Tomás fue escrita en latín clásico, Dante Alighieri y Alfonso x decidieron escribir sus obras en lengua romance: en toscano (hoy italiano), en el caso de *La Comedia*, y en castizo (hoy español), en el caso de las *Siete partidas*. A pesar de esa diferencia, cualquiera diría que las tres figuras señeras de la historia del medioevo se pusieron de acuerdo en alguna abadía señorial para acometer, casi al tiempo, la misma cruzada intelectual. Cada uno aplicaría sus mejores dotes y destinaría sus armas más sofisticadas en defensa de la fe cristiana desde la filosofía, la poesía y el derecho, respectivamente.

Las *Partidas*, como también se les conoce, aparecieron en 1265, y no supone gran novedad recordar que, a pesar de las controversias sobre su autoría y promulgación,³³⁶ terminaron por convertirse en decisivo elemento integrador de la

³³⁴ De Martino. *Op. cit.* Vol. V. p. 2.

³³⁵ Cohen. *Op. cit.* p. 116.

³³⁶ Alfonso García-Gallo, de lo más granado en medievalismo hispánico, sostuvo que las *Partidas* no fueron terminadas en vida de Alfonso X. Después de un estudio minucioso de todas las ediciones de esa obra, concluye que "el texto de de las *Partidas* no tuvo la extensión y forma en que nos lo presentan, desde el primer momento". Es más, considera que la redacción originaria de las *Partidas* se dió en el *Espéculo*, con lo cual no se trataría de textos diferentes. Adicionalmente, "las fechas que se mencionan como de comienzo y terminación de la obra - 1256 y 1263 ó 1265 - no ofrecen garantía alguna de autenticidad", pues manuscritos que hacen parte de las *Partidas* habrían sido redactados después de la muerte de Alfonso x. Cfr. García-Gallo, A. "El Libro de leyes de Alfonso el Sabio. Del *Espéculo* a las *Partidas*", en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, tomo XXI-XXII, 1951- 1952, pp. 345-528.

No todos los medievalistas están impresionados con el planteamiento de García-Gallo. Jerry R. Craddock, conocido filólogo de la Universidad de California, Berkeley, dijo que «desde el principio me ha parecido que las teorías defendidas por García-

cultura española, y que el paso del tiempo las elevaría al rango de estatuto civil modelo de toda la Europa medieval. Las *Partidas* no son la mera compilación de usos y costumbres o estatutos forales difusos, sino que representan un vasto programa de universalización del derecho en su ámbito geográfico, que incorpora perspectivas utópicas de organización de la sociedad, y propone un enfático programa moralizante, al mejor estilo tomista, para las instituciones de su tiempo. En sentir de algunos, las *Partidas* —igual que advertimos con *La Comedia* de Dante— anticiparon también el descubrimiento de América.³³⁷

En 1348, otro Alfonso, esta vez Alfonso XI, reuniría las Cortes que promulgaron el *Ordenamiento de Alcalá*, un cuerpo orgánico de leyes que reconocía oficialmente la vigencia de las Siete Partidas de Alfonso X, que no habían sido promulgadas hasta entonces, dando ingreso definitivo en el derecho español al derecho romano justinianeo que venía en las Partidas. Siglo y medio más tarde, en 1505, otro estatuto conocido como las Leyes de Toro, retomaría el Ordenamiento de Alcalá y reiteraría la decisión de imponer las Siete Partidas como legislación supletoria de cuanto ordenamiento, pragmática y fuero existiere, y para toda clase de pleitos y causas civiles y criminales.³³⁸

Gallo adolecen de una extraordinaria inverosimilitud; además de obligar al estudioso a desechar todos los datos cronológicos (como los epígrafes y épicits, de los cuales se tratará más abajo) consignados en las obras mismas, supone a principios del siglo XIV la actividad de unos eminentes genios jurídicos, totalmente desconocidos, de cuya existencia no queda el más mínimo vestigio, siendo ellos, por supuesto, mera consecuencia lógica del argumento: si no mandó componer Alfonso X las obras que llevan su nombre, debe haberlas compuesto otro. En estas páginas, quisiera repasar lo que se sabe de la historia externa de la legislación alfonsina, intentando introducir algunos elementos nuevos en la discusión, siempre con el respeto debido al historiador del derecho más renombrado de España, que en una carrera larga y fructífera ha hecho tanto por esclarecer los puntos más difíciles y controvertidos de la historia de la legislación española». Para Craddock, en definitiva, las *Partidas* se redactaron entre 1256 y 1265, se retocaron luego en 1272 y sufrieron reformas en 1290 bajo Sancho IV. Cfr.: Jerry R. Craddock. *Palabra de rey: selección de estudios sobre legislación alfonsina*. Volumen ofrecido en homenaje por sus colegas y amigos, al cuidado de Heather Bamford & Israel Sanz Sánchez. Salamanca: Gráficas Cervantes, 2008.

³³⁷ «El código puesto bajo el nombre de Alfonso X no solo se ocupa de las cuestiones de la tierra del rey, sino que tiene una clara concepción del mar como espacio sujeto a la jurisdicción de España... El legislador tiene en cuenta tanto la organización de la marina de guerra como la de la mercante, tan necesaria en un reino de las características geográficas de España, presintiendo con ello también su provenir americano». Cfr.: Las *Siete partidas* (Antología). Alfonso X, el Sabio. Selección, prólogo y notas de Francisco López Estrada y Ma. Teresa López García-Berdoy, Madrid: Editorial Castalia. 1992. La cita pertenece a la introducción, p. 52.

³³⁸ Autores españoles piensan que probablemente «El propósito fue más grande que el resultado», que las *Siete partidas* vivieron una «vida azarosa» y que «quedaron, por decirlo así, como mero cuerpo de doctrina hasta las Cortes de Alcalá en el siglo XIV, en las cuales fueron revisadas, aceptadas y solemnemente publicadas, para que formasen... una parte de nuestro derecho». Joaquín Francisco Pacheco. *Comentario Histórico Crítico y Jurídico a Las Leyes de Toro*, Tomo I, Madrid, 1862, p. 29. Disponible en <https://archive.org/details/bub_gb_MA4GSh3UaeEC/page/n5/mode/2up?q=partidas>.

Existe un muy citado ensayo polémico de la historia del derecho español, acerca de la forma en que tuvo lugar la adquisición de las Indias por los Reyes Católicos, y que según su autor Juan Manzano y Manzano, las adquirieron primero sus altezas a título personal en 1493 y luego las recibieron sus Coronas en 1504, según los criterios definidos por Alejandro VI en la bula *Inter Cetera*, de 1493; en ese ensayo, se repite, se apela a las *Siete partidas* para dirimir aquella suerte de adquisición, que combinaba criterios de derecho romano (la ocupación) con criterios eclesiásticos (la donación papal), dando muestras de variadas referencias de la época del descubrimiento de América, que destacan que las leyes alfonsinas se encontraban plenamente vigentes para la época del descubrimiento y de los Reyes Católicos.³³⁹

Tuvieron las *Partidas*, además, fuerte presencia en los estatutos posteriores del derecho español en América, incluyendo la ya mencionada *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, de 1680, y la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, de 1805, expedida esta última unos pocos años antes de la emancipación de las naciones americanas de la metrópolis europea, que en el caso de Colombia comenzó en 1810.

Las *Partidas* no aparecieron de la nada: conectan patentemente con la Alta Antigüedad medieval que le precedió (el fuero juzgó o *Liber iudiciorum*,³⁴⁰ las decretales o *epistolae decretales*,³⁴¹ el *Decretum Gratiani*,³⁴² el Setenario, el Espéculo (reunión de los fueros municipales más reconocidos en tiempos alfonsinos) y el Fuero Real (que buscó sustituir los fueros por un estatuto uniforme) del mismo Rey Sabio y, por supuesto, que responden las *Partidas* a las categorías jurídicas clásicas del antiguo derecho romano.

³³⁹ «La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos». Juan Manzano Manzano. Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), Tomos XXI-XXII, 1951 - 1952, pp. 5-170. España. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2051486>>.

³⁴⁰ Disponible en: <<https://www.treccani.it/enciclopedia/fuero-juzgo/>>.

³⁴¹ Disponible en: <[https://treccani.it/enciclopedia/decretali_\(Enciclopedia-Italiana\)/>](https://treccani.it/enciclopedia/decretali_(Enciclopedia-Italiana)/>).

³⁴² Disponible en: <<https://www.treccani.it/enciclopedia/decretum-gratiani/>>.

Conocido también como el *Concordia discordantium canonum*, el *Decretum Gratiani* —o *Decreto de Graciano*—, íntimamente acoplado al derecho romano justiniano, se presentaría como el vademécum de la *lex christiana* que reuniría todo el material normativo eclesiástico del primer milenio d. C. Igual que serviría de texto de referencia constante para santo Tomás de Aquino,³⁴³ las *Partidas* también iban a comunicarse íntimamente con el *Decretum* en aspectos de mayor cuantía.³⁴⁴ Hubo varios intentos previos de una obra enciclopédica de las características del *Decretum*: la *Hispana*, también llamada *Isidoriana*, que en italiano se conoce como la *Pseudoisidoriana Collezione* (“una delle più abili falsificazioni che la storia ricordi”),³⁴⁵ pero fue a Graciano, a quien correspondió articular con éxito un verdadero cúmulo de fuentes heterogéneas en una obra coherente, de tan significativas consecuencias en la organización de la Iglesia, que llegó a convertirse en la base del *Corpus Iuris Canonici* de todos los tiempos, incluidos los actuales.³⁴⁶ Y si consideramos la potencia de la experiencia cristiana en América después de 1492, habría que decir que el *Decretum* fue uno de los conductos más efectivos por los cuales nos han llegado los contenidos de la Antigüedad indoeuropea a hoy.³⁴⁷ Graciano trajo a valor presente el criterio de compiladores y expertos de su tiempo

³⁴³ La regla de que «las leyes no puede hacerlas uno cualquiera» (*Summa*, I-II, q.90 a.3), p. e., está referida al *Decretum*.

³⁴⁴ «En las *Partidas* confluyen los cauces generales de la época: la literatura canónica eclesiástica, el derecho consuetudinario, de procedencia germánica, y la literatura de los juristas de la Escuela de Bolonia, basada en el derecho romano de Justiniano, las decretales, el *Corpus Iuris Civilis* y sus glosadores...». Cfr.: Alfonso X. *Op. cit.* p. 36.

³⁴⁵ <[³⁴⁶ «Bajo el nombre de *Corpus Iuris Canonici* se agrupó así el conjunto de obras pertenecientes al ámbito del Derecho de la Iglesia Católica, para distinguirlas de las que formaban parte del derecho civil secular, de tradición romanista, reunidas dentro del *Corpus Iuris Civilis*, editado por primera vez como obra conjunta que recoge los libros recopilados por el Emperador Justiniano en el siglo VI, por el humanista Dionisio Godofredo, en Ginebra en el año de 1583.” Cfr.: “El corpus iuris canonici: su importancia e influencia en la tradición jurídica occidental». Pampillo, J. *International Studies on Law and Education*. Universidade do Porto, 2015.](https://treccani.it/enciclopedia/collezione-pseudoisidoriana_%28Enciclopedia-Italiana%29/>.</p></div><div data-bbox=)

En la Iglesia católica latina, el primer código canónico implicó la derogación del *Decretum*, aunque su valor como fuente de la tradición sigue siendo enorme. Para una panorámica de los últimos avances sobre el aún misterioso proceso de composición por etapas de la *Concordia discordantium canonum* de Graciano, Cfr. La composición del Decreto de Graciano. José Miguel Viejo-Ximénez. *Ius Canonicum*, XLV, N. 90, 2005, págs. 431-485, disponible en: <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/6867/1/90-01.Est.Viejo-Ximenez.pdf>>.

³⁴⁷ Una panorámica de la historia de las codificaciones canónicas medievales pregracianeas y de cómo ocurrió la transposición de esquemas jurídicos entre el derecho romano justiniano y la producción normativa conciliar y papal, y de cómo *lex mundana* *lex canonica* se funden en el siglo XII, Cfr. La superioridad del derecho divino en el pensamiento pregraciano: una visión de las colecciones canónicas medievales. Faustino Martínez Martínez. En: *Ius Canonicum*, XLV, N. 89, 2005, pp. 183-231. Disponible en: <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/6860/1/89-06.Est.Martinez.pdf>>. Sobre el tema de las fuentes de Graciano, se lee allí: «Sabida es la heterogeneidad de fuentes que son empleadas en el *Decretum*: legales y no legales, canónicas y seculares, medievales y antiguas, cánones de concilios locales y ecuménicos, decretales pontificias, estatutos de obispos, fragmentos de los Santos Padres, libros penitenciales y litúrgicos, extractos de crónicas, formularios, textos del Derecho romano vulgar y capitulares de los reyes francos, entre otros muchos, constituyen el abigarrado conjunto de textos, normativos unos, no normativos otros, que maneja Graciano».

y de la Antigüedad, y resultó especialmente relevante en rescatar la tesis, tan cara al tomismo posterior, según la cual «Toda legislación humana es, por tanto, dependiente del Derecho Natural que expresa la voluntad de Dios».³⁴⁸

Legislación alfonsina, derecho graciano y celebridades intelectuales de la antigüedad

Los papas, la ciudad de Roma como sede apostólica, Constantinopla (la *nueva Roma*), las cartas y decretales, forman parte del material recogido y regulado en el *Decretum*. La influencia de la obra graciana en el mundo hispano fue tan estable que se dice que «Graciano halló en las Españas su segunda patria». Las *Partidas* no mencionan el *Decretum* expresamente, pero son coincidentes con las ideas de derecho natural que de Graciano conducen al «Digesto», a Cicerón y a Aristóteles;³⁴⁹ y que de Graciano conducen a santo Tomás y a los teólogos de la Segunda Escolástica Española que tanto influirían en el derecho indiano hispanoamericano, amplificadores todos ellos de la *Suma de Teología*.

Un aspecto coincidente entre el derecho graciano y la legislación alfonsina que ya hemos tratado, la técnica de «se obedece, pero no se cumple», pues la no aplicación de la ley a casos especiales tenía su institución correlativa en las *dispensas* previstas por la ley canónica, que permitían relajar la ley eclesiástica en casos particulares,³⁵⁰ siguiendo el criterio de la singularidad del caso y de la «equidad canónica». La dispensa se considera un privilegio o una «excepción

³⁴⁸ *Decretum* 1, d. 9, c. 11, dictum post, p 202. Cfr: Graciano. (1400). *Decretum Gratiani*. Biblioteca Apostólica Vaticana. Disponible en: <https://digi.vatlib.it/view/MSS_Arch.Cap.S.Pietro.A.24>.

³⁴⁹ El Derecho Natural en el Decreto de Graciano. *Barcia Martín, Luciano*. Anuario de Filosofía del Derecho (1984) (pp. 265 a 284 del anuario). Disponible en edición digital en: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1984-10026500284>.

³⁵⁰ El Código de Derecho Canónico de 1983 establece que la dispensa es la «relajación de una ley meramente eclesiástica en un caso particular, puede ser concedida, dentro de los límites de su competencia, por quienes tienen potestad ejecutiva, así como por aquellos a los que compete explícita o implícitamente la potestad de dispensar, sea por propio derecho sea por legítima delegación», relajación que opera con la salvedad de aquellas leyes que «determinan los elementos constitutivos esenciales de las instituciones o de los actos jurídicos» (cc. 85 y 86). Tomamos como referencia para las citas del *Codex Iuris Canonici* la siguiente: Código de Derecho Canónico. Edición Bilingüe Comentada, 8 edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2018. La noción de *dispensa*, la competencia, interpretación y causas requeridas, aparecen en el cap. v del tit. iv del libro I, si bien la figura es objeto de tratamiento adicional a todo lo largo del *Codex*.

graciosa de lo ordenado por las leyes generales, y más comúnmente el concedido por el papa o un obispo», de acuerdo con la definición que nos aporta la RAE. Santo Tomás trató ampliamente esta cuestión y le dio proyección por fuera de las leyes eclesiásticas, a la aplicación de las leyes humanas. El argumento es así: dado que toda ley se ordena al bien común, y que de esta finalidad recibe su poder, «pierde su fuerza vinculante en la medida en que de ella se aparta», de modo que «si la ley es dañosa para el bien común, no se debe cumplir».³⁵¹

Las *Partidas* guardan, asimismo, enorme reverencia por los «antiguos sabios», en referencia a celebridades intelectuales de distintas vertientes culturales y religiosas de las que tomó materiales. En primer lugar, a los juristas romanos que el *Corpus Iuris* compiló. Tomemos por caso esta norma crucial de la obra alfonsina:

E los mandamientos de la justicia e del derecho son tres: El primero es que el hombre viva honestamente cuanto en sí. El segundo, que no haga mal ni daño a otro. El tercero es que dé su derecho a cada uno.³⁵²

Cita que inmediatamente nos conduce a la prestigiosa presencia de Ulpiano, norma recogida también en las «Institutas»: «vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo»,³⁵³ máxima imperecedera de nuestra tradición que sería también objeto de estudio de santo Tomás de Aquino,³⁵⁴ quien haría de Ulpiano, el famoso jurista clásico de origen fenicio, otro soldado de la cristiandad. Si las *Partidas* no podían referirse a la *Summa de Teología*, tampoco nadie lo iba a notar.³⁵⁵

³⁵¹ «Hay que advertir, sin embargo, que, si la observancia literal de la ley no da pie a un peligro inmediato al que se haya de hacer frente sin demora, no compete a cualquiera interpretar qué es lo útil o lo perjudicial para el Estado, sino que esto corresponde exclusivamente a los gobernantes, que, con vistas a estos casos, tienen autoridad para dispensar de las leyes. Pero si el peligro es inmediato y no da tiempo para recurrir al superior, la necesidad misma lleva aneja la dispensa, pues la necesidad no se sujeta a la ley»: *Summa*, Parte I-II, q.96, a.6.

³⁵² Partida III, 1, 3. Usamos para estos efectos la muy bien valorada edición en hoja de biblia de *Las siete partidas: el libro del fuero de las leyes*. Alfonso X, el Sabio. Introducción y edición dirigida por Sánchez-Arcilla Bernal, J. Editorial Reus, 2004.

³⁵³ Justiniano, «Institutas». Book I, Title I, 3 y 4.

³⁵⁴ *Summa*, Parte II-II (a), q57, a1.

³⁵⁵ Las *Partidas*, aparentemente, habrían estado completas para 1265, mientras que la *Summa* estaría terminada en 1273.

Estos *antiguos sabios* en que se apoyan las *Partidas* se refieren también a los paladines de la vertiente judeo-cristiana de la Antigüedad: Adán, Noé, Salomón, el diluvio y Moisés, San Juan Bautista, la Virgen María y Jesucristo, los apóstoles de la tradición bíblica y los doctores de la Iglesia, entre ellos San Agustín.³⁵⁶

El código alfonsino no titubea en fusionar derecho romano e Iglesia de Roma (*Partidas* I, 4, 39), poder civil y religioso: «Dios quiere la certidumbre de los derechos», dice (*Partidas* I, prólogo). Y es sobre esa base que «A Servicio de Dios e a pro comunal de las gentes hacemos este libro» (*Partidas*, I, 1, proemio). No debería sorprender entonces que la primera de las *Partidas* se hubiera dedicado a la espada espiritual y a sus preocupaciones principales: la penitencia y la confesión, el número de misas diarias, los metales para fabricar cálices (*Partidas*, I, 4), la excomunión (*Partidas*, I, 9), el *corpus domini*, los diezmos, el siervo que huye hacia la iglesia, los sacrilegios (*Partidas*, I, 18), las sepulturas, los cementerios («acaparamiento de los muertos») (*Partidas*, I, 13, 20 y 23), la simonía, los días festivos, la limosna, los clérigos que tienen barraganas «escondidamente» y la Santísima Trinidad, en fin: toda clase de asuntos que cualquiera diría forman parte del derecho canónico, pero que en tiempos del Rey Sabio se consideraban de regulación «secular», con la salvedad de una curiosa norma, vacilante, sobre la elección del papa, asunto que, ese sí, «le pertenece a la Santa Iglesia porque es espiritual» (*Partidas*, I, 5, 7).

También Grecia puso a disposición sus *antiguos sabios*: las *Partidas* no mencionan a Homero ni a sus obras, tampoco a Sócrates ni a Platón, solo a Aristóteles, quien se trae a colación intensivamente en diversas causas y con evidentes propósitos de dar autoridad a la obra, para sustentar que el rey es amo también de las cosas espirituales (lo que explicaría el contenido eclesiástico de la primera *Partida*); para

³⁵⁶ *Partidas*, I, prólogo. A propósito, Lord Acton atribuye a la tradición hebrea nada menos que el diseño de la doctrina de la *ley superior*, en que se basarían las ideas de jerarquía normativa asociadas al constitucionalismo moderno: «Es decir el principio de que la constitución crece a partir de una raíz por un proceso de natural desarrollo, y no de cambios radicales; y el principio de que todas las autoridades políticas deben ser juzgadas y reformadas de acuerdo con un código no establecido por los hombres». Cfr. Ensayos sobre la libertad y el poder. Presentación traducción y edición de Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial. 2011. p. 60.

recordar los vicios de la tiranía y los beneficios de la prudencia («porque de la boca del rey salía vida y muerte para su pueblo y honra y deshonra, y mal y bien») (2,4,4); para dar línea sobre el mantenimiento ordenado de su señorío. Docenas de veces se menciona al estagirita: a propósito del alma, de la virtud de la amistad, temas en los que vincula también a Cicerón y a Séneca, a este último, «aunque no sea cristiano», para aconsejarse de los hechos con amigos «bien entendidos y de buen seso» (2,12,3).

Las *Partidas* dan testimonio de varios debates cruciales de su tiempo:

El concepto de *purgatorio* como lugar intermedio entre el *infierno* y *paraíso* tendría su origen apenas a finales del siglo XII.³⁵⁷ Como se sabe, los tres libros de *La Comedia* de Dante, escrita a comienzos del siglo XIV, responden a esa estructura: Infierno, Purgatorio y Paraíso. Y, sin embargo, Alfonso X le salió adelante cinco décadas atrás (I, 4, 42), en las *Partidas*, que son de mediados del siglo XIII.

Las *Partidas* ofrecen también múltiples testimonios de la actualidad del debate de las *dos espadas* en aquel entonces, como cuando aluden a «los señores temporales» (*Partida* Primera, prólogo), al «poder temporal» de hacer las leyes (I, 8) y al poder de Dios, que equivale a la «primera espada por la que se mantiene el mundo» (III, proemio), citas que ejemplifican bien las consecuencias del contraste entre voluntad divina y voluntad humana.

³⁵⁷ El historiador francés Jacques Le Goff es quien sostiene que la idea de *purgatorio* no apareció en la teología latina de Occidente sino hasta finales del siglo XII. Explica que un lugar «intermedio» entre el cielo y el infierno estuvo estrechamente ligado a cambios profundos en la realidad social e intelectual de la Edad Media. Cfr.: Jacques Le Goff, *The Birth of Purgatory*, trans. Arthur Goldhammer, Chicago & London: University of Chicago Press, 1984. (in English). Disponible digitalmente en: <https://monoskop.org/images/a/a5/Le_Goff_Jacques_The_Birth_of_Purgatory_1984.pdf>.

Se ha comentado que El Rey Sabio tuvo relación con Brunetto Latini <<https://www.treccani.it/enciclopedia/brunetto-latini/>>, maestro de Dante, lo que sugiere un hilo oculto de comunicación entre ambas obras. La aparición de la idea de *purgatorio* en la obra alfonsina podría añadirse como evidencia de esa relación.

Gobierno de las leyes: apuesta de Alfonso x

Permiten sustentar un debate formidable a partir de la norma que regula «Como son todos —incluyendo al rey— tenidos de guardar las leyes» (*Partida* primera I, 12). Debe tenerse en cuenta que desde Justiniano, y antes todavía, regía la máxima romana según la cual *Princeps legibus solutus est* (el príncipe no está obligado por las leyes), principio tradicionalmente referido al «Digesto» (1, 3, 31),³⁵⁸ máxima respecto de la cual Alfonso x parece mostrar escrúpulos, al mismo tiempo que sugiere un ensamble absolutamente exquisito con santo Tomás, quien, casi en simultánea con las *Partidas*, en la *Summa*, afirmó: «Por eso, ante el juicio de Dios, el príncipe no está exento de la ley en cuanto al poder directivo de la misma, aunque ha de cumplirla voluntariamente y no por coacción»,³⁵⁹ criterio que sería replicado insistentemente por los alumnos remotos del Aquinate durante la Segunda Escolástica Española, como en el caso de Francisco de Vitoria, quien predicaría que el rey «obra contra derecho natural si no se somete a sus propias leyes en aquellas cosas que se refieren a toda la república, en condiciones de igualdad».³⁶⁰ No hay coacción para el monarca en las *Partidas*, se aclara, pero «peca», por lo menos, si no se somete a sus propias leyes, y esto es trascendental en la evolución de la doctrina de la *rule of law*.³⁶¹

³⁵⁸ El «Digesto» de Justiniano. Tomo I. Versión castellana de A. D'Ors y otros. Pamplona: Editorial Arazandi. 1968. Las citas corresponden al orden *libro/título/número*.

³⁵⁹ *Summa*, I-II, q96, a5.

³⁶⁰ Francisco de Vitoria. *La Ley*. Estudio Preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos. 2009. Segunda edición. p. 50.

³⁶¹ ¿Estaban sujetos los gobernantes medievales a la ley, a leyes fundamentales preexistentes o a costumbres antiguas? ¿Hay discontinuidad entre el medioevo y el mundo romano antiguo (*legibus solutus*), o entre el medioevo y el mundo moderno a este respecto? Se ha discutido si los glosadores medievales *pervirtieron* el alcance del principio de *legibus solutus est* y si la interpretación que hicieron de ese axioma tuvo implicaciones en las teorías absolutistas posteriores. Brian Tierney recoge una controversia entre los historiadores acerca del alcance de la influencia del derecho romano en el concepto de estado moderno, a través de la interpretación que los glosadores ofrecieron de *legibus solutus*, Accursius entre ellos: "*In the whole general debate concerning the influence of Roman law on medieval constitutional theory and the relationship of that theory to the modern concept of the state there is no particular topic more significant than the ideas on sovereignty associated with the principle Princeps legibus solutus est in the Middle Ages*". "*The Prince is Not Bound by the Laws*" Accursius and the Origins of the Modern State. Author(s): Brian Tierney. Source: Comparative Studies in Society and History, Jul., 1963, Vol. 5, No. 4 (Jul., 1963), pp. 378-400. Published by: Cambridge University Press. Stable URL: <<https://www.jstor.org/stable/177778>>.

Franciscus Accursius (1182-1260) fue el legendario profesor de Bolonia en el siglo XIII y autor de la Magna Glossa al *Corpus Iuris Civilis* (del 1228 probablemente), influyó en los textos del derecho romano durante la edad media y el renacimiento. Sus interpretaciones influyeron también en el desarrollo de los códigos legales europeos modernos del siglo XIX. Cfr. <<https://www.treccani.it/enciclopedia/accursio/>>.

Dice Craddock respecto a la Partida que venimos comentando:

No podríamos encontrar una declaración más clara y expresa del deber del monarca de cumplir las leyes de su dominio. De hecho, la obligación del rey de acatar las leyes es mayor que la de sus súbditos, puesto que él, así como sus predecesores reales, son los propios autores de la ley.

Y no le cabe duda de que el Rey Sabio se desconecta del principio cesariano o romano tradicional.³⁶² De modo que el medieval Alfonso X tiene cosas importantes que decir sobre cuestiones que la Ilustración reivindicaría como suyas: «Los que tienen bajo su control las leyes para gobernar a los pueblos deben a su vez dejarse gobernar siempre por las propias leyes», pues «debe ser la ley y no el hombre quien reine», se lee en la voz «Ley» de la Enciclopedia, una idea moderna que sin duda se alimenta en doctrina de la Antigüedad aristotélica, como vimos en su momento, y de la edad media alfonsina, como acabamos de verificar.³⁶³

³⁶² Jerry R. Craddock. *Palabra de rey: ¿Debe obedecer el rey sus propias leyes?* Op Cit, pp. 20 y 22.

El historiador y medievalista español Manuel González Jiménez no se muestra entusiasta en este punto. Afirma que el Rey Sabio tomó partido por la independencia del poder regio en el contexto de la doctrina de las dos espadas, y que de esa postura, se siguió naturalmente la idea del monopolio y primacía de la potestad legislativa real, y la idea de un poder jurisdiccional absoluto que autorizaba incluso a «la creación autónoma de derecho a partir de las sentencias o fazañas de los jueces». Concluye que las *Partidas* consagraron la obligatoriedad general del cumplimiento de la ley, y que, si bien se instaba al rey a guardar su cumplimiento, su «preeminencia» sobre las leyes lo eximía de cualquier apremio. Cfr.: Manuel González Jiménez. *Alfonso X, el Sabio*, Barcelona:, Editorial Ariel. Primera edición. 2004. p. 376.

Por su parte, en *A History of Western Public Law*, Bruno Aguilera-Barchet explica la transición de las monarquías territoriales del tipo de las contemporáneas a Alfonso X, a la monarquía absoluta, en un proceso en el que se abre paso un fenómeno de secularización del poder político y que se concretaría bajo la conducción editorial de hombres como Bodin y Hobbes, en desmedro de la teocracia papal, legitimadora por siglos del poder real en Europa, y todo lo cual daría como resultado el mapa de una Europa protestante al norte y católica al sur; la migración de un *juez justiciero* a un *juez legislador*, y la distinción, en el seno de la monarquía, entre *leyes ordinarias* y *leyes fundamentales*, que el monarca, por absoluto que fuera, debía reconocer entre sus límites, lo que representa un momento clave, dice, en el surgimiento del constitucionalismo moderno, por lo que el desgastado slogan *l'Etat c'est moi*, falsamente atribuido al rey de Francia y Navarra Luis XIV (1638-1715), debería enfocarse con mayor cuidado. Cfr.: Bruno Aguilera-Barchet. *A History of Western Public Law. Between Nation and State with the collaboration of M.I. Fajardo, Ph. D. Librarian. University of Granada, Springer, 2015, pp. 231 y ss.* Disponible en: <<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-11803-1>>.

³⁶³ D'Alambert. Artículos Políticos de la Enciclopedia. Estudio Preliminar de Ramón Soriano y Antonio Porras, Ediciones Altaya, Barcelona, 1992, pp. 106-117. La misma obra trae a cuento un edicto memorable de 1499 atribuido a Luis XII de Francia (1462-1515), en el cual declara su convicción de «que se siga la ley a pesar de las órdenes, contrarias a la ley, que la inoportunidad pueda hacer emanar del monarca».

Aspectos de las *Siete Partidas* transmitidos al derecho indiano: criterios de tratamiento penal

En fin, las *Partidas* dieron testimonio de tales aspectos cruciales, pero también empacarían un arsenal jurídico que cruzaría el Atlántico con el Descubrimiento en 1492, y que echaría raíces en toda la geografía de la América hispánica. En las carabelas de Colón no iban apenas hombres, artillería y ballestas, iban principios que nos hablan de una naturaleza humana inclinada a la maldad;³⁶⁴ de *escarmiento crudo* y penas destinadas a proteger los mandamientos y el orden sagrado de Dios antes que a las buenas costumbres y las leyes.³⁶⁵ E iba también en ellas el derecho romano de la Europa medieval en la perspectiva de la España cristiana que, por la vía de las *Recopilaciones indianas*, proveerían los cimientos de los sistemas legales latinoamericanos, el colombiano incluido.

- **Gravedad del delito**

Las *Partidas* modulan la «venganza» a cargo del juzgador, es decir, fijan criterios de gravedad y calidad para la imposición de las penas (*Partida 7*, prólogo); la falsa acusación se castiga con la pena correspondiente al delito a que se refiere la acusación, lo que evoca un criterio de *contrapasso* (7, 1, 1 y 5); las mujeres, los menores de 14 años, el hombre pobre, los cómplices entre sí, el siervo, el hijo al padre, el hermano a sus hermanos y quien ha sido acusado de falso testimonio, ninguno de ellos está autorizado a acusar (7,1,2); el investigado no puede a su vez acusar hasta que no termine el pleito de su acusación; los sentenciados a muerte o a desterramiento no pueden acusar, ni tampoco se puede acusar a un muerto, salvo

³⁶⁴ Algo más que una curiosidad: La Constitución de Colombia hubo de declarar en 1991 que «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas» (art. 83), lo que nos permite captar algo de las ideas que regían previamente, y que quizá perviven no obstante la norma citada.

³⁶⁵ *Partidas 7*, 1, proemio. El artículo 13 de Ley 153 de 1887, un importante estatuto de la tradición legal colombiana, alude a las «buenas costumbres y moral cristiana» como criterio legal de interpretación. La norma reza que «La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva», precepto revisado por la Corte Constitucional en 1994 (Sentencia C-224-94) que declaró que la expresión *moral cristiana* se debe interpretar como *moral general* o *moral social*. También esta disposición da cuenta del tono religioso de nuestro sistema legal.

que se trate de traición al rey, de herejía, del juez que recibiere dinero o de una mujer que asesina a su marido y que muere antes de ser juzgada, como a tales muertos no se les puede castigar el cuerpo, se les castigan los bienes y se les añade la infamia correspondiente (7, 1, 7 y 8).

- **Tratamiento penal diferenciado**

Existe diferente tratamiento penal para el menor de 14 años, más benigno que el estándar, y prohibición de castigar al menor de 10 años y medio, igual que al loco, al furioso o al desmemoriado (7, 1, 9). Por los hechos de los siervos, responde su señor; y los jueces no pueden ser acusados mientras dure su oficio:

[...] esto es porque los hombres de oficio tienen, aunque hagan derecho, no puede ser que no ganen malquerientes... E por esto si los pudiesen acusar, envilecerse ya por ahí el lugar que tienen, e tantos serían los acusadores que no podrían cumplir su oficio lo que eran tenidos de hacer. (7, 1, XI).³⁶⁶

Hay un procedimiento para la acusación, criterios de competencia por territorio, maneras de responder la acusación y poderes de impulso (7, 1, 14 y ss.). Y he aquí un principio capital: “*E pues guisada cosa es e derecha, que todo hombre pueda redimir su sangre*”, pero si acusador y acusado se avienen en un arreglo, la pena no se aplica (7, 1, 22.), una directriz que nos transporta a los antiguos sistemas normativos hititas, mesopotámicos y romanos.

³⁶⁶ Todavía conservamos rastros de este criterio en el establecimiento de fueros de juzgamiento especiales para los jueces del más alto nivel en Colombia. Alguna literatura al respecto:

- «¿Qué tan responsables son los altos jueces de la Corte Suprema de Justicia (CS) y del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia (CSJ)? Es esta la pregunta que intento responder en este documento. La respuesta que formulo es que, pese a la existencia de un número importante de arreglos institucionales que buscan hacer que los altos jueces den cuentas de sus actos, estos son débilmente responsables. La fractura en el sistema de control debe rastrearse a partir del funcionamiento inadecuado del órgano que por mandato constitucional controla a los aforados: la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes». Guevara, C. *Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia*. Estudios Socio-Jurídicos, 2015, 17(2), págs. 45-78. Bogotá: Universidad del Rosario.

- «Debe precisarse que en un Estado social de derecho todo servidor público está sujeto a un control, que debe ejercerse sobre todo funcionario sin discriminación alguna. Empero, la Corte Constitucional, con apoyo en una interpretación acomodada de las normas constitucionales, se ha librado a ella misma y a los demás miembros de las altas cortes, del control disciplinario que se pudiera ejercer sobre ellos». Gómez Pavajeau, C., Farfán Molina, F. «El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales». En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, 2015, 35(101), págs. 87-132. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- **Duda razonable**

El juez debe ir más allá de toda duda razonable, puesto que en muchos casos de la acusación se desprende la muerte o el «perdimiento de un miembro», las pruebas que el juez recibiere «que sean leales e verdaderas e sin ninguna sospecha e que los dichos e las palabras que dijeren firmando sean ciertas e claras como la luz» (*Partida 7, 1, 26*).³⁶⁷

- **Escala de crímenes**

Y en la jerarquía de crímenes, no nos sorprende que la traición se considere el mayor yerro, la «cabeza de todos los males», «la más vil cosa y la peor» en una directa coincidencia con Dante, que no va a dudar en destinar el noveno círculo, el más cercano al demonio, como el lugar apropiado del castigo. El linaje del traidor, y las personas con quien vive, comparten responsabilidad en la *lese maiestatis crimen*, que no solo es crimen contra el rey, sino también contra Dios, y cuyo castigo no concluye con la pena capital, sino que los bienes pasan al patrimonio del monarca y sus hijos quedan «enfamados por siempre», de modo que no hay para ellos ni honra ni dignidad ni oficio «por la maldad que hizo su padre» (*Partida 7, 2, 2*).³⁶⁸ Muy cerca de la traición, las falsedades ameritan desterramiento para siempre (y la peor fosa en el círculo 8 en Dante). Y a quien se le pruebe hacer moneda falsa «que sea quemado por ello» (7, 2, 9).

³⁶⁷ Criterio que rige en Colombia, aunque se le abona menos a las *Siete partidas* que a los autores modernos. Efectivamente, el convencimiento judicial de la responsabilidad penal debe ir «más allá de toda duda», según art. 7 de nuestro Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004. «: (...) Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.»

³⁶⁸ El delito de menoscabo a la integridad nacional, que es lo más parecido que tenemos en Colombia a *lesa majestad*, tiene un mínimo y un máximo punitivo superior al del homicidio (entre 320 a 540 meses de prisión, de acuerdo con art. 455 del Código penal o Ley 599 de 2000; mientras que el homicidio suma de 208 a 450 meses). Si bien los agravantes cambian los cálculos, se mantiene el criterio de la tradición castellana.

- **La defensa propia**

No se castiga el homicidio en defensa propia,³⁶⁹ ni el crimen cometido por loco, desmemoriado, o de menos de 10 años y medio, y en el caso de menores de 17 años «débele menguar la pena» (7,31,8.),³⁷⁰ pero si el homicidio resultare ser culposo por falta de «guarda», la consecuencia es destierro por cinco años (7, 8, 4 y 5). No se puede matar al ladrón, ni de día ni de noche, salvo si este «se amparase con armas»; y si alguien mata con yerbas o ponzoñas «entonces el matador debe morir deshonoradamente echándolo a los leones o canes o a otras bestias bravas» (7, 8, 7). El aborto se castiga con la muerte,³⁷¹ igual que se castiga al juez que dicta sentencia falsa, a sabiendas; y aquel que da falso testimonio en pleitos que acarrear muerte del acusado, la consecuencia es la pérdida de un miembro o el destierro (7,8,11).³⁷² Azotes públicos y *pena del saco* contra aquel que asesine a su pariente:

³⁶⁹ Criterio que conservamos nosotros en nuestro Código Penal, art. 32: «No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.»

³⁷⁰ En concordancia con nuestras normas civiles (artículo 34 del Código Civil) tenemos en Colombia una ley que adopta un Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que incorpora en su art. 139 un sistema de responsabilidad penal diferenciado para adolescentes, definido como «el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.» Por supuesto que también a este respecto vemos rasgos de un espíritu alfonso.

³⁷¹ A pesar de controversias recientes y de múltiples intervenciones judiciales para condicionar y morigerar la severidad de las normas contra el aborto (Sentencia C-355-06 de 2006), la conducta mantiene su tratamiento penal: «La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.» (Código Penal. Artículo 122, modificado por artículo 14 de la Ley 890 de 2004). A pesar, pues, de varias excepciones establecidas recientemente, el aborto es uno de los delitos más arraigados de nuestra tradición.

³⁷² El Código Penal de Colombia (artículo 442, modificado por el art. 8 de la Ley 890 de 2004) describe el delito de falso testimonio así: «El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.» Ha habido mucha controversia reciente en Colombia sobre este particular, en especial en materia penal, por el sistema de incentivos creado para aquellos que deciden colaborar con la justicia a cambio de un *principio de oportunidad* o de los *preacuerdos*. «En los últimos años se ha visto cómo en los asuntos de mayor relevancia social, política o mediática del país, entre ellos por supuesto los casos de corrupción, han aparecido 'colaboradores' que 'esclarecen' los aspectos que sufren de languidez probatoria en dichas investigaciones, pidiendo a cambio principios de oportunidad y/o preacuerdos que favorezcan su situación personal. Igualmente, es notoria la influencia de esta práctica en cabeza de los paramilitares postulados para la pena alternativa en justicia y paz y se está a la expectativa de lo que pueda ocurrir en la JEP. En algunos casos, principalmente de justicia y paz, se ha detectado ulteriormente la confirmada falsedad de las declaraciones y, en otros, por lo pronto, las defensas han argüido esta situación, poniendo en entredicho tanto el actuar de la Fiscalía y sus funcionarios, como el propio sistema de persecución penal». La situación no es anecdótica como ya se notaba desde la legislación indiana. Hace poco tiempo la Fiscalía General de la Nación creó una unidad especial de fiscalías encargada de atender los casos de falsos testigos, considerando «Que la Fiscalía ha detectado la existencia de falsos testigos, que están actuando de manera indiscriminada, extorsionando a la comunidad so pretexto de enlodar su buen nombre a través de testimonios mentirosos (Resolución 1566 de 4 de septiembre de 2012)». Mestre Ordoñez, J. Lucha contra la corrupción y los falsos testigos. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No 370 (I), 2019, Bogotá, págs. 245 – 275.

[...] que lo metan en un saco de cuero e que encierren con él un can e un gato e una culebra e un simio e después que fueren en el saco con estas cuatro bestias, cosan la boca del saco e lánchenlos en la mar o en el rio que fuere más cerca.

La pena para el homicida es la muerte, salvo que el homicida sea hidalgo, pues en tal caso es *destierro para siempre* (7, 8, 15), tratamiento diferenciado que no sorprende, considerando que se trata de un derecho penal adaptado a la particular estratificación medieval de hidalgos, vasallos y siervos, en el que deshonras de palabra o de hecho, denostando, usando cántigas o rimas, resultan también más graves todavía, a un punto de acarrear pena capital o desterramiento (7,9,3). La gravedad del castigo a las *deshonras* depende de si hay herida, del lugar del cuerpo en que se sufre, de si hay pérdida de un miembro, de la vileza del ataque y del lugar en que se ofende: en la iglesia, delante del rey o delante de muchos, por ejemplo, de modo que el castigo corresponderá a la mayor o menor deshonra (7, 9, 20).

- **Albedrío del juez**

Destierro o muerte, según las circunstancias, por quebrantar los sepulcros cristianos; pero la imposición de la pena queda al libre albedrío del juez si se trata de sepulcros moros o judíos (7, 9, 12). No hay talión: la herida es deshonra que se paga con «enmienda», pena que ofrece una doble opción: dinero o escarmiento, una de dos, porque el derecho alfonsino promueve el principio de que no se puede castigar dos veces por el mismo hecho (7,9,6 y 7,9,21).³⁷³ La mujer virgen u «otra cualquiera de buena fama», no puede reclamar enmienda si «ella fue en gran culpa vistiendo paños que no le convienen o posándose en lugar deshonorado o malo a que las buenas no deben ir» (7,9,18). Y quien hace justicia por su propia mano contra su deudor, pierde la acreencia «pues por esto son puestos los juzgadores en los lugares para que los hombres alcancen derecho por mandamiento de ellos» (7,10,14), declaración que sin

³⁷³ Lo que aparece ante nosotros como la raíz castellana medieval de una norma muy reivindicada en el constitucionalismo actual. En Colombia aparece consagrada en el art 29 de la Constitución: “... *Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a ... y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”.

lugar a dudas marca un hito en la progresiva conciencia de superación de esquemas de justicia por mano propia y que apoya la evolución del concepto de administración de justicia como servicio público, tan reivindicado como propio del pensamiento legal de los últimos dos siglos.

- **El hurto**

El hurto se castiga con devolución, multa y escarmiento mediante azotes, y si bien se declara que el ladrón no debe perder miembro ni morir, se establece una larga lista de excepciones, como en el caso del corsario o del que hurta de la iglesia (7,14,18). En materia de adulterio, «La mujer es contada por lecho del varón con quien es ayuntada y no el de ella»: del adulterio del varón no nace daño de deshonra para la mujer, mientras que del adulterio de la mujer nace deshonra para el hombre porque eventualmente «vendría hijo extraño heredero» (7,17,1). El hombre adúltero debe morir, mientras que la mujer debe ser azotada en público y encerrada luego en monasterio, mas si el adulterio de ella es con un siervo, deben ser quemados ambos (7, 17,15), aspecto este que nos recuerda las duras consecuencias de violación de la separación de castas en *Leyes de Manu*. Yacer con bestias, el incesto, el robo de vírgenes y «hacer pecado de lujuria contra natura» contraría el orden sagrado y puede llevar a la muerte.

Y, como si fuera Dante el redactor: «adivinanza tanto quiere decir como querer tomar el poder de Dios para saber las cosas que están por venir», razón por la cual, agoreros y hechiceros son objeto de duros castigos. Y muy a diferencia de la época de augures y libros sibilinos de la Roma antigua, en el mundo castellano medieval catar animales vivos o muertos podía recibir la pena capital, salvo si el encantamiento se hace con «intención buena». Enamorar con brevajes, la misma consecuencia (7,23,3).

- **Tolerancia religiosa y suicidio**

La tolerancia religiosa en Alfonso X consiste en permitir que vivan «mansamente» los judíos entre los cristianos, pero que no se les ocurra a los infieles predicar o convertir a un católico porque se les espera la pena de muerte, tanto al predicador como al converso. Está prohibido hacer vida en casa entre judíos y cristianos y es obligatorio para los judíos traer una señal sobre sus cabezas, so pena de azotes (7,24). Los moros, creyentes de Mahoma; los herejes, y quienes «aborreciendo su vida y codiciando su muerte» cometen suicidio, no pueden ganar la merced de Dios, esa es su pena (7,27), igual que en Dante, los *violentos contra sí mismos*, permanecen en el infierno sin la esperanza de ver a Dios.

- **Interrogatorio y tormento**

El tormento se considera herramienta indispensable en la averiguación de la verdad y tiene en las *Partidas* solo dos modalidades: recibir azotes o ser colgado de las manos con pesas en la espalda o los pies; y tiene variedad de condiciones: no se aplica a menores de 14 años, ni a maestros de leyes ni a caballeros o consejeros del rey; no se puede aplicar para apremiar testimonios en contra de parientes hasta el cuarto grado (7,30,9), lo que anuncia desde entonces garantías que se tienen por modernas. El juez debe estar presente y está obligado a usar cierta técnica de interrogatorio y a atormentar en cierto orden, si fueren varios los acusados. No basta todavía la declaración del torturado, pues era necesario que el acusado ratificara lo dicho al día siguiente, libre de suplicio; en fin, se regula una serie de hipótesis que pueden ocurrir en ese procedimiento y se advierte de severos castigos para el juez que torture por enemistad o cuyo atormentado pierda un miembro o pierda la vida. Al testigo que desvaría en sus dichos, el juez «bien lo puede meter a tormento para que diga la verdad» (7,30).

- **Escarmientos**

Se han de «crecer e de menguar las penas» en función de un sistema de escarmientos de propósitos retributivos y disuasorios para conductas realizadas «a sabiendas», «por culpa» o «por ocasión», y aplicables en función de la condición social, pues «más crudamente deben escarmentar al hombre vil que al hidalgo» y en función de la condición de las víctimas, el tiempo y el lugar, si el yerro es grande o pequeño (7,31,8). Por ejemplo, se prohíbe castigar el mal pensamiento y entre los castigos está también el «perdimiento de miembro» o la condena de cavar entre los metales del rey, la pérdida del oficio de abogado, los azotes, la picota pública o «le desnudan haciéndolo estar al sol untándolo de miel para que lo coman las moscas alguna hora del día» (7,31,4). Se prohíbe marcar la cara, cortar de narices o sacar ojos (lo que indica que antes de las *Partidas* se hacía), porque si el hombre está hecho a semejanza de Dios, «no es guisado que por yerro o por maldad de los malos sea desfeada ni destorpada la figura del Señor»; también se prohíbe aplicar la pena de muerte con segur, en vez de espada o cuchillo.

Y si bien se prohíbe aplicar la condena a muerte apedreando, crucificando o despeñando «de peña, ni de torre, ni de puente» (7,31,6), ciertos crímenes sí justifican la pena capital arrastrando, ahorcando, quemando o echando a las bestias bravas (7,31,8). Aplica Alfonso X ya el principio de la responsabilidad personal, no transferible a la familia (salvo en el caso de traición) y también el de plena prueba o duda razonable, como se advirtió (7,31,9).

- **Lugares de reclusión**

Faltaba mucho para que la pena privativa de la libertad en prisiones se convirtiera en el castigo penal por excelencia. La cárcel aparece referida ciertamente en las *Partidas*, aunque más como un lugar de reclusión, hasta que al acusado se le

juzgue, o quizá mientras se le atormenta, en proceso que no puede durar más de diez años, que, si dura tal período, queda liberado el acusado (7,29,15.).³⁷⁴

- **Misericordia, merced y gracia**

Y, no obstante los escrúpulos que parecía albergar el Rey Sabio respecto del principio *legibus solutus*, finalmente se imponía la idea de que si el rey podía legislar, podía dejar de aplicar o dispensar; y si podía condenar, también podía perdonar, en este caso bajo tres alternativas: *misericordia*, lo que significa perdón por piedad; *merced*, es decir, perdón por merecimiento; y, *gracia*, que es un don que otorga el rey (7,31,3).

Aspectos de las *Siete Partidas* transmitidos al derecho indiano: criterios en materia civil

Varios de los principios del derecho penal alfonsino se pueden rastrear en los sistemas penales de la actualidad, incluyendo el colombiano, como hemos visto. Pero en materia civil también heredamos criterios muy principales contenidos en las *Partidas* que rigieron durante la América hispana y pervivieron luego de la independencia en nuestros códigos civiles. Veamos algunos ejemplos:

- ***Dolus, lata culpa, culpa levis y culpa levísima (7, 33, 11)***

Constituyen criterios absolutamente fundamentales de nuestro derecho civil, ofrecen múltiples aplicaciones en relación con los vicios del consentimiento y funcionan como parámetros de evaluación del comportamiento y de su prueba.³⁷⁵

³⁷⁴ Las Partidas se refieren ambiguamente a la cárcel, a veces como lugar de paso, a veces como naciente medida de castigo: "La cuarta es cuando mandan echar algún hombre en hierros que haga siempre preso en ellos o en cárcel o en otra prisión. E tal prisión como ésta no la debe dar a hombre libre sino a siervo pues la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados" (7,31,4)

³⁷⁵ La legislación colombiana recoge estos parámetros en el artículo 63 del Código Civil:

«La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

- **Concepto de ley**

La definición del alcance de la ley, cual es mandar, vedar, consentir y «dar pena al que la merece» (1, 1, 16), según las *Partidas*, reeditando una norma que se remonta al «Digesto» (1, 3,7) y que prácticamente en los mismos términos rige entre nosotros.³⁷⁶

- **Interpretación auténtica**

La regla de interpretación según la cual las dudas las aclara el mismo que da las leyes o *cuius est condere eius est interpretari*, que corresponde al poder de interpretación auténtico del Congreso (1, 10 y 7, 4).³⁷⁷

- **La cosa juzgada**

La institución de la cosa juzgada, solo posible en sistemas normativos maduros y jerarquizados, tiene expresión en las *Partidas*: «Cómo la sentencia que pasó en

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve.

Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.»

Nota: Todas las citas de legislación colombiana son consultadas y tomadas del portal Casa Editorial Avance Jurídico Base de Datos RedJurista <<http://www.avancejuridico.com>>.

³⁷⁶ Dice el art. 4 del Código Civil de Colombia: «Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.»

³⁷⁷ Dice el art. 25 del Código Civil: «La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador», norma de inspiración romana, cuya vigencia bajo los sistemas actuales de control de la constitucional de las leyes resulta muy limitada.

cosa juzgada debe ser habida por verdad» (7, 34, Regla 32). Los códigos procesales de Colombia la incorporan, sin duda.³⁷⁸

- **Criterios interpretativos**

El criterio interpretativo de *semejanza* que permite al juez «despaladinar» las dudas (7, 33, 2; 7, 34, Regla 36) aparece recogido en una vieja legislación colombiana,³⁷⁹ como también la regla según la cual las dudas de redacción del contrato se interpretan en contra de la parte que lo redactó confusamente (7, 33, 2).³⁸⁰

- **La ignorancia de la ley no sirve de excusa**

Una regla de eficacia de todo el sistema legal: «Por qué razón los hombres no se pueden excusar del juicio de las leyes por decir que no las saben», recogida también en nuestro derecho actual (1, 1, 14).³⁸¹

- **Principios y conceptos legales**

Heredamos varias otras normas civiles de la tradición Alfonsina: la interpretación de las palabras «por como suenan», la necesidad de estarse a la voluntad del testador, el principio de que nadie da más derecho a otro que el que tiene y el papel de la «ira» y la «saña» en la evaluación de la conducta. Asimismo, los conceptos de propiedad y posesión, de enajenación y caución; los de acreedor y deudor; la

³⁷⁸ Dice el art. 303 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), sobre cosa juzgada: «La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...».

Nuestro Código Civil no trae una definición de cosa juzgada; pero claramente presupone la existencia de esta institución, al punto que, por ejemplo, le otorga efectos a fin de dar seguridad a la figura de la transacción (artículo 2483); a fin de dar seguridad a las sentencias definitivas (art. 959 y 1664); y a fin de enlazarla con la figura de la nulidad, a la que se atribuyen los efectos de la cosa juzgada (art. 1746), etc.

³⁷⁹ Dice la Ley 153 de 1887, art. 8. «Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho».

³⁸⁰ Dice el art. 1624 del Código Civil: «<INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR> «[...] Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.»

³⁸¹ Dice el art. 9 del Código Civil que «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa».

técnica de organización del parentesco y los grados de consanguinidad; la noción de mala fe; la herencia, etc. Colombia defiende también la regla del Estado de derecho o *rule of law* (1, 1, 2)³⁸² presente en la obra alfonsina como vimos, y adopta abiertamente criterios de derecho natural de las *Partidas*, por parejo, en su legislación civil y constitucional.³⁸³

DESCUBRIMIENTO DE AMÉRICA, SEGUNDA ESCOLÁSTICA Y LEGISLACIÓN INDIANA

Luego vino el descubrimiento de América en 1492 y la incorporación de las Indias a los reinos de Castilla y León. Varios autores se han ocupado de estudiar la aplicación de la doctrina de las dos espadas, aplicada a las Indias, en particular, sus implicaciones en el debate de los *justos títulos*, y la forma como se proyectaron las obras de los teólogos y juristas españoles de la llamada *Segunda Escolástica Española*³⁸⁴ —segunda porque sucede a una primera, precisamente la que había personificado santo Tomás de Aquino— en el diseño y contenido de la legislación indiana, así como su influencia en los posteriores procesos de independencia latinoamericana. De Vitoria, uno de aquellos teólogos, estremeció la literatura legal de entonces con su entendimiento de la doctrina de las dos espadas, su refinado sentido de la mecánica y jerarquía normativa y su protagonismo en la tesis según la cual, el derecho natural (derecho establecido por autoridad divina), autoriza a

³⁸² Dice el art. 6 de la Constitución: «Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exralimitación en el ejercicio de sus funciones».

³⁸³ Dice una vieja ley de Colombia, la Ley 153 de 1887, Artículo 4. «Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes». La Constitución por su parte alude a «derechos inalienables» (art 5) y derechos «inherentes a la persona humana» (art. 94).

³⁸⁴ «Con el título Segunda Escolástica Española se conoce un movimiento de esplendoroso desarrollo intelectual con peculiar contenido y estilo propio que se dió en las Universidades de Salamanca (Vitoria, Domingo de Soto) y Coimbra (Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina, Francisco Suárez) en los s. XVI y XVII, época en que España y Portugal estuvieron unidas bajo la misma corona desde el reinado de Felipe II en 1580 hasta que Portugal recobró su independencia en tiempos de Felipe IV de España en 1640.» Cfr.: Armando José Torrent Ruiz. Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI. Un capítulo de los fundamentos del derecho europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto. *Revista de Teoría e storia del diritto privato*, No. 6, 2013. Disponible digitalmente en <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/341986>>.

rechazar la fuerza por la fuerza.³⁸⁵ Dio ánimo a la idea de que se puede resistir al rey, dado que la ley injusta no obliga, y que se puede y debe desobedecer al papa,³⁸⁶ a quien tampoco se le admite condición de *pontifex legibus solutus*, posturas detrás de las cuales trasluce la influencia de Aristóteles, las «Institutas» y por supuesto, la sombra arrolladora de santo Tomás y su exitosa doctrina de las condiciones que se requieren para que una ley sea justa,³⁸⁷ cuestión que va a redoblar de Vitoria en su *Tratado de La ley*, en el que, fiel a sus ideas, insistirá de nuevo, comentando la *Summa*, en que no es lícito para el monarca dar leyes contrarias al bien común, pues en caso tal no habría que obedecerle, y en que las leyes humanas derivan de la ley natural siempre que aquellas sean «justas», lo que en consecuencia significa de nuevo que la ley injusta no obliga, y en sus categóricas postulaciones acerca del derecho natural como límite al poder: el rey no puede por ninguna causa, ni en beneficio de la República, dar una ley para que se mate a inocentes, ni siquiera contra los infieles, porque esto está en contra de preceptos del derecho natural.³⁸⁸ Esta mentalidad iba a dejar su impronta en la legislación indiana e iba a servir eficazmente de base a una tradición en la que se iba a soportar el futuro control de constitucionalidad de las leyes en Colombia, a pesar de las creencias, en boga, que explican nuestras instituciones de control constitucional por referencia a recientes experiencias europeas y norteamericanas.

³⁸⁵ El poder de la Iglesia. Reelección primera Sobre la potestad de la Iglesia, reelección segunda Sobre la potestad eclesiástica y Reelección Sobre la potestad del papa y del Concilio. Estudio introductorio y versión Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos. 2018. pp. 44 y 176.

³⁸⁶ *Ibid*, pp. 174, 227, 237 y 238.

³⁸⁷ “Ahora bien, las leyes deben ser justas por razón del fin, es decir, porque se ordenan al bien común; por razón del autor, esto es, porque no exceden los poderes de quien las instituye, y por razón de la forma, o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común... A su vez, las leyes pueden ser injustas de dos maneras. En primer lugar, porque se oponen al bien humano, al quebrantar cualquiera de las tres condiciones señaladas: bien sea la del fin, como cuando el gobernante impone a los súbditos leyes onerosas que no miran a la utilidad común sino más bien al propio interés y prestigio; ya sea la del autor, como cuando el gobernante promulga una ley que sobrepasa los poderes que tiene encomendados; ya sea la de la forma, como cuando las cargas se imponen a los ciudadanos de manera desigual, aunque sea mirando al bien común. Tales disposiciones tienen más de violencia que de ley... Por lo cual, tales leyes no obligan en el foro de la conciencia, a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden, pues para esto el ciudadano está obligado a ceder de su derecho... En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen al bien divino, como las leyes de los tiranos que inducen a la idolatría o a cualquier otra cosa contraria a la ley divina. Y tales leyes nunca es lícito cumplirlas...” *Summa*, I-II, q96, a4.

³⁸⁸ Francisco de Vitoria. Op Cit. pp 7, 35, 38 y 135.

Hablemos de otro teólogo. Es un lugar común encontrarse a Beccaría (1738-1794) como la principal referencia intelectual de la Ilustración italiana, como el hombre que sentó las bases de la ciencia criminal moderna. Sin embargo, a Fray Alfonso De Castro (1495-1558) no se le tiene gratuitamente como fundador del derecho penal español y, ciertamente, también de la ciencia penal moderna. Aunque su obra no es muy divulgada hoy día, influyó poderosamente en el ambiente español de la *Segunda Escolástica*. En el prefacio a la edición facsímil de *De Potestate Legis Poenalis* (1550), Juan del Rosal destaca la talla universal del teólogo y jurista, que trató con gran profundidad los graves problemas relacionados con la finalidad de la ley penal, la analogía en materia punitiva, las llamadas leyes *meramente* penales, la teleología de la pena, el fin del castigo y nada menos que el problema de la proporcionalidad entre delitos y penas:

Ahora bien, cuando un legislador trate de dictar una ley penal, debe poner exquisito cuidado para que la pena impuesta no sea demasiado atroz y cruel o exceda a la gravedad de la culpa, sino que, al contrario, sea siempre menor que ésta, como hace Dios con nuestros pecados, quien siempre castiga menos de lo que merecemos, según el aforismo teológico.³⁸⁹

De Castro influiría el derecho penal hispanoamericano.

Otro teólogo, Francisco Suárez (1548-1617), también jurista, para muchos, el más distinguido de aquella constelación de intelectuales:

Suárez puede considerarse el fundador metafísico de gran parte de las corrientes políticas que históricamente han defendido la libertad y el poder de los pueblos frente a toda clase de poderes despóticos que han pretendido imponer su dominio cuasiteológico sobre los ciudadanos.³⁹⁰

³⁸⁹ Alfonso de Castro. De *potestate legis poenalis libri duo*. Madrid: Patronato del IV centenario de la muerte de Fray Alfonso de Castro. 1961. Reproducción facsimilar de la edición príncipe, Salamanca, Andrés de Portonaris. p. xxv.

³⁹⁰ Dice de él Francisco León Florido en su Estudio preliminar. *Francisco Suarez. Disputaciones Metafísicas*. Presentación de Sergio Rábade Romeo. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.). 2011. p. 55.

El *Eximio*, como le llamaban, tomó parte en los grandes debates de su época respecto de fundamento del poder político y claramente en el de los derechos naturales de los indios americanos.

Bartolomé de las Casas (1474-1566) defendió las bulas papales referidas a la «concesión y donación de la dicha Santa Sede Apostólica» sobre las Indias y, por tanto, apoyó la universal jurisdicción de los reyes de Castilla y León sobre aquellos territorios. Sin embargo, se opuso a la idea aristotélica de la existencia de esclavos *por naturaleza* y, en su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* denunció que, a pesar de que siempre se han prohibido las guerras contra los nativos, «nunca jamás guardaron ni cumplieron los españoles instrucción, ni provisión, ni cédula, ni mandamiento, uno ni ninguno, que los reyes les diesen»,³⁹¹ denuncias que con el tiempo llegarían a traducirse en amplios estatutos normativos en favor de los indios. En fin, que podríamos mencionar a varios otros, como Juan de Mariana (1536-1624), tan popular en la literatura sobre el tiranicidio; a Domingo de Soto (1494-1560), a Diego Covarrubias (1512-1577) y a Melchor Cano (¿1509?-1560), todos, clave en la transmisión de valores legales y religiosos de la Edad Media a la América hispánica, como comprobó Ricardo Levene, argentino, seguramente la primera autoridad latinoamericana en historia del derecho indiano.³⁹² Ellos representan, además, la prueba de que el siglo xv significó continuidad en vez de ruptura con el Medioevo, significó «herencia del tesoro de pensamientos, de sentimientos y de adquisiciones de la Edad Media, pero sobre todo preparación intensa y secreta de la nueva edad»,³⁹³ la Edad Moderna, a la que tantos favores prestaría aquella Segunda Escolástica.

Con el Descubrimiento vino casi inmediatamente la legislación. La herencia legal de Isabel la Católica fueron las *Leyes de Toro* de 1505, una compilación de derecho

³⁹¹ Tratados de Fray Bartolomé De Las Casas. Tomo I, Tratado Cuarto «Aquí se contienen treinta proposiciones muy jurídicas». Prólogos de Lewis Hanke y Manuel Giménez Fernández. FCE, Tercera reimpresión 2018, Ciudad de México, Propositiones xvii y xxv, pp. 481 y 489.

³⁹² Ricardo Levene. *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1956.

³⁹³ Cohen. *Op. cit.*, p. 134.

castellano que validaría el derecho alfonsino y serviría de pedestal de numerosas colecciones, sumarios y recopilaciones jurídicas que adquirirían relevancia durante la América hispánica, dos en particular: la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1681 y la *Novísima Recopilación* de 1805. Ambas llevaban en la sangre el espíritu y letra de las *Siete partidas*.

Recopilación de leyes de Indias

La *Recopilación de leyes de Indias* estaba destinada a regir América hispánica y Filipinas. Se inspiró en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567 (estatuto que luego se refundiría en la *Novísima Recopilación* de 1805 y que estaba destinado a regir la geografía castellana europea);³⁹⁴ y concilió las Decretales, el derecho romano justinianeo y las *Partidas*. Recoge cédulas, provisiones, instrucciones, cartas, ordenanzas, decretos de su Majestad y autos de Gobierno, todos los cuales conformaban un entramado de «leyes» de la época, eclesiásticas y seculares, cuya mecánica de aplicación en la América hispánica resulta ser un verdadero desafío al entendimiento del observador actual.

El primer criterio de jerarquía normativa, decía que las leyes municipales de las ciudades indianas, las ordenanzas de virreyes y audiencias reales para utilidad de los indios, los estatutos de comunidades y universidades, no podían contrariar la *Recopilación* (2,1,1: libro/título/ley).³⁹⁵ Las leyes y buenas costumbres de los indios, por su parte, tenían valor legal, siempre que no hicieran contraste con las *Sagradas Escrituras* o con la *Recopilación* (2,1,4).

³⁹⁴ «La primera edición de la *Recopilación de las Leyes* de estos Reynos vio la luz en Alcalá de Henares en 1567, en la imprenta de Andrés de Angulo. En las siguientes ediciones se fueron añadiendo las leyes y pragmáticas posteriores como apéndice del texto. Así, en la edición de 1581 (primera parte, segunda parte y Repertorio), impresa también en Alcalá de Henares por Juan Íñiguez de Lequerica, se recoge la legislación promulgada hasta ese mismo año.» Cfr.: <<https://webs.ucm.es/BUCM/blogs/Foliocomplutense/2147.php>>.

³⁹⁵ Tomamos como referencia para las citas de esta obra una publicación que contiene, en facsímil, la edición de Julián de Paredes de 1681: Cfr.: *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Tomo I, Prólogo de Ramón Menéndez y Pidal, Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica. 1973.

«Para las decisiones de las causas y su determinación», se deben aplicar las normas de la *Recopilación* (de Indias) y las *Partidas* de los reinos de Castilla. En lo no previsto, los «casos, negocios y pleitos» (2,1,2), se resolverán aplicando las *Leyes de los reinos Castilla* (las de 1567, ya aludidas), y las *Leyes de Toro* (también aludidas, de 1505), las que, a su vez, y una vez más, remitían a las *Siete partidas*. Las leyes de minas contenidas en *Leyes de los Reinos de Castilla*, se aplican en las Indias «si resultan convenientes» (2,1,3).

Administración de justicia

La *Recopilación* acoge principios de interpretación restrictiva de asignación de competencias en materias de administración y de justicia (2,1,9 y 2,1,12), y ofrece curiosas declaraciones acerca de la necesidad de cumplir con las leyes a este respecto. El Consejo de Indias mantiene un poder normativo de examinar constantemente las ordenanzas que se produjeren en las Indias, todas las cuales ostentan una especie de presunción de legalidad hasta tanto el aquel resuelva proveer lo que convenga, potestad que incluye el poder de «enmendar o proveer nuevamente» tales ordenanzas por «justa causa» o bien por la «mudanza de los tiempos», enmiendas que deben publicarse, haciendo la salvedad, eso sí, de las llamadas *leyes secretas* (2,1,32, 2,1,37 y 2,2,24).

Un propósito de identidad impregna las leyes de Indias respecto de las leyes castellanas: deben ser «lo más conformes que se pudiere a las de estos Reynos», porque siendo una corona los reinos de Castilla y de las Indias «deben ser lo más semejantes y conformes que se pueda», en garantía de lo cual se dispone que solo pueden ser aprobadas o derogadas por dos terceras partes del Consejo de Indias, si bien se permite que los consejeros puedan apartarse del parecer del Consejo y hacer «votos singulares» (2,2,13 y 2,2,15).

Se obedece, pero no se cumple. La inaplicación de leyes

Una norma ordenaba a virreyes, presidentes, oidores, alcaldes, gobernadores y corregidores de las Indias, jurar cumplir y ejecutar «según su tenor y forma» las leyes, salvo:

[...] siendo el negocio de calidad, que de su cumplimiento le seguiría escándalo conocido, o daño irreparable, que en tal caso permitimos, que habiendo lugar de derecho, suplicación, e interponiéndose por quien, y como deba, pueda sobreseer en el cumplimiento, y no en otra ninguna forma (2,1,24)

Norma cuya presencia tiene raíces en las *Partidas* y en el derecho medieval castellano, como ya explicamos, y que se revela fácilmente como un duplicado secular del poder de dispensar la aplicación de la ley, que autoriza la justicia del caso concreto en el seno del derecho canónico.³⁹⁶

³⁹⁶ “La palabra dispensar, del verbo latino dispensare, significa dar, conceder, y el prefijo dis indica distinción, por lo que dispensar es dar o conceder algo sopesando la decisión; de ahí que la causa sea un elemento esencial, incluso para la validez, que señalará el punto de equilibrio entre la obligatoriedad general de la ley y su exención en el caso concreto (cf. c. 90. § 1). La dispensa no modifica la ley y solo permite que su fuerza vinculante o la de alguno de sus mandatos no opere en un caso particular; de ahí que se defina como relajación de la ley, ya que ésta queda inalterada en su totalidad para los demás fieles y en todo aquello que no sea objeto de dispensa para el fiel dispensado.” Cfr. Comentario 85 correspondiente al c. 85 del Código de Derecho Canónico, op. cit.

La comprensión de esta institución de la *dispensa* en nuestra tradición representa un hallazgo importante para nosotros: el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en Colombia opera en una doble mecánica: como control concentrado a cargo de nuestra Corte Constitucional (artículo 241 de la Constitución) y como control difuso, a cargo no solo de jueces sino también de funcionarios públicos, en procedimientos judiciales o administrativos, todos los cuales, jueces y funcionarios, ostentan la competencia de *inaplicar* las leyes que les parezcan contrarias a la Constitución (artículo 4 de la Constitución), en decisiones que no afectan la vigencia de la norma inaplicada sino para el específico caso concreto y que comúnmente se conoce como *excepción de inconstitucionalidad*. A continuación, algunas referencias doctrinales locales con respecto a este mecanismo:

“La excepción de inconstitucionalidad en Colombia, es entendida como una facultad —deber que tienen las autoridades para inaplicar una norma y en su lugar aplicar la Constitución, representa una eficaz herramienta jurídica— política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho”. Quiroga Natale, E. A. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. Revista de Derecho Público, 34, 2015, Universidad de los Andes.

“La excepción de inconstitucionalidad en Colombia no es una acción, recurso o grado de jurisdicción en estricto sentido procesal; su naturaleza, como ha de abordarse más adelante, se corresponde con una facultad-deber de la autoridad dirigida a proteger una doble dimensión: i) Política, con el fin de coadyuvar a garantizar el equilibrio y separación de los poderes públicos; y ii) Jurídica, para garantizar el principio de supremacía constitucional en el caso concreto”. Quiroga Natale, E. A. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. Revista de Derecho Público, 34, 2015, Universidad de los Andes.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente,

Algunos aspectos del estatuto indiano

La Recopilación no estuvo exenta de situaciones problemáticas durante el largo período de su redacción. Fernando Jiménez Paniagua habría sido un plagiaro de León Pinelo, según las categóricas conclusiones de Juan Manzano Manzano.³⁹⁷ Pero ese no fue un dato conocido ni relevante para Carlos II, rey de varios reinos, incluyendo el de las *Dos Sicilias*, quien otorgó una Real Cédula el 1 de noviembre de 1681, mediante la cual dio «autoridad, fuerza y virtud» a la *Recopilación*, irritado por el hecho de que Acuerdos, Cédulas y Despachos «han crecido con el tiempo en tanto número que causaba confusión a las precisas resoluciones de todas las materias».³⁹⁸

Este estatuto contiene 6377 leyes en nueve libros, impregnadas intensamente en propósitos de «enseñanza y dilatación de la Santa Fe Católica». Y dado que «las materias son tan diversas y los casos tantos», resultan mezclados allí toda clase de aspectos regulatorios de la iglesia, el gobierno, la educación, los descubrimientos y las tareas de colonización, el gobierno municipal, y provincial; las estructuras judiciales inferiores, el Consejo de Indias, las Audiencias y la administración militar; como también el régimen de los nativos, algunos aspectos de adaptación del derecho penal castellano a América hispana, las finanzas públicas, la navegación y el comercio.

Igual que ocurre en la estructura de las *Partidas*, el primer libro de la *Recopilación* se ocupa de la «santa iglesia católica romana», de sus responsabilidades en las Indias, sus maestros y predicadores, y del castigo «con las penas impuestas por el derecho» a quienes se resistan a creer en el «verdadero Dios». Regula la instrucción de los indios en la «Santa Fé», así como también la de esclavos, negros y mulatos (1,1,13); prohíbe jurar el santo nombre de Dios en vano: «declaramos que

contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política". Corte Constitucional. Sentencia SU 132/13. M.P. Alexei Julio Estrada.

³⁹⁷ Julián de Paredes. *Op cit.* p. 63.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 62, nota 4.

sólo quedan permitidos los juramentos hechos en juicio, o para valor de algún contrato» (1,1,25), norma que ejemplifica bien la bisagra entre religión y derecho, entre poder temporal y espiritual en las Indias. Se ocupa este libro, asimismo, de las autoridades eclesiásticas, monasterios, iglesias y hospitales; de los clérigos, curas y doctrineros, y del privilegio de que a sus regiones «no entren Religiosos de otra Orden»; de los diezmos al servicio del culto divino y las sepulturas; de la inmunidad eclesiástica, es decir, las exenciones en favor de personas y cosas eclesiásticas respecto de exigencias de la legislación, jurisdicción y administración de la monarquía (1,5,1); y del *patronazgo* de la Iglesia, que era la institución en virtud de la cual los Reyes Católicos dominaron el proceso evangelizador en América, tras su descubrimiento (1,5,4).

El Consejo de Indias debía hacer guardar, cumplir y ejecutar las Bulas que despachare el Santo Padre siempre que «no fuere en derogación, o perjuicio de nuestro real Patronazgo» (1,9,1 y 1,9,2), excepción de la que se desprende la superioridad de la espada temporal sobre la espiritual, aunque es evidente la vigencia simultánea de ordenamientos normativos civiles y eclesiásticos. Los jueces eclesiásticos tenían vetado conocer de causas civiles o criminales de los infieles residentes, salvo «en aquellos casos que expresa y notoriamente fueren contra nuestra Santa Fé Católica y Religión Cristiana» (1,10,4). Los tribunales del Santo Oficio de la Inquisición, garantes del «Dios verdadero» y de su «Santa Ley Evangélica», tienen a su disposición el «brazo real» de la Corona (1,28,1). Todas las autoridades de las Indias efectivamente deben ponerse a su servicio, y recibir a los inquisidores apostólicos con reverencia y auxilio «para prender cualesquier herejes, o sospechosos de la fé» y cualquier cosa que se deba hacer por «derecho canónico», pues ellos tienen, al mismo tiempo, los poderes de Su Santidad y los de los reyes (1,19,1 y 1,19,4); si bien, se le pide encarecidamente a los inquisidores, en un verdadero embrollo de normas divinas y humanas, el no «entrometer en las elecciones de alcaldes, ni oficios de la República» (1,19,30).

Las universidades estaban bajo el paraguas, al mismo tiempo, del virreinato y de la iglesia, y para desterrar de las Indias «las tinieblas de la ignorancia», se repartían la rectoría entre seculares y eclesiásticos, un año alternativamente; mientras aquellos que recibían grados debían hacer «profesión de nuestra Santa Fé Católica, que predica y enseña la santa madre Iglesia de Roma» (1,22,1 y ss.). Ningún libro podía circular como no fuera autorizado por el Consejo de Indias, porque «de llevarse a las Indias libros de Romance, que traten de materias profanas, y fabulosas y historias fingidas se siguen muchos inconvenientes» (1,24,4). Todas las autoridades, incluido el Consejo de la Santa Inquisición, tenían competencias de control editorial tomando como guía el *Index Librorum Prohibitorum* o *Expurgatorios* de la Santa Inquisición, que consistía en una lista de libros censurados antes de que los católicos romanos pudieran leerlos (1,24,7).

Del Consejo Real y la Junta de Guerra

Sin la *Recopilación* «se camina ciegamente», pero es un amasijo también en el diseño de la burocracia. La compleja estructura administrativa y judicial comprendía niveles e instancias diferenciados, y oportunidad para las apelaciones. El Consejo Real, la instancia suprema de gobernación y administración de la justicia, e instancia de disciplina sobre toda la estructura de funcionarios, tenía poder sobre absolutamente todas las cosas de las Indias, las «de la tierra como de la mar, naturales y morales, perpetuas y temporales, eclesiásticas y seculares, pasadas y presentes» (2,2,6); y había también una Junta de Guerra que se ocupaba de temas militares, así como una completa estructura de cargos públicos sometida a normas antinepotismo y anticorrupción: el presidente del Consejo o Gran Canciller, el fiscal, los secretarios del Consejo, una serie larga de oficios burocráticos incluyendo el cronista mayor, a quien correspondía escribir la historia general de las Indias, hasta llegar a las reales audiencias, que regían distritos conformados por gobernaciones, corregimientos y alcaldías mayores, los juzgados de bienes y los alcaldes del crimen (que conocían en primera instancia de pleitos civiles y criminales), juzgados de provincia, relatores,

escribanos y hasta los porteros; y contenía la Recopilación también todo un estatuto rector del ejercicio de la abogacía (2,15; 2,17,1; 2,24).

División de funciones

Resulta patente una división de funciones, aunque en el seno de la misma institución del Consejo Real, lo que en materia judicial se evidenciaba en el hecho de tener procedimientos especiales para resolver conflictos de competencia entre el gobierno y la administración de justicia, y de tener formalidades para pronunciar las sentencias (que se distinguían de los autos interlocutorios), así como normas de definición de competencias, recusaciones, apelaciones y suplicaciones (2,15,38; 2,15,56; 5,9; 5,12), y un principio cercano al de interpretación literal que advertía a los jueces sobre el deber de no moderar las penas «porque no les pertenece el arbitrio en ellas, sino su ejecución» (7,8,15).

Regulación de nativos y espíritu esclavista

La regulación de nativos fue tremendamente garantista,³⁹⁹ por la gran aportación de De Las Casas, pero la de mulatos y negros ofrecía un espíritu esclavista sin ningún escrúpulo, que transmite rápidamente las ideas que marcaban la estratificación social en las Indias (7,51 y ss.).

³⁹⁹ Lo reconocen los más acérrimos críticos de la presencia hispana en América. Armando Suescún no habla de *derecho indiano* sino de «derecho colonial», cuya fisonomía habría sido común a todas las «colonias». Múltiples «autoridades coloniales» producían normas, todos ellos con potestades legislativas derivadas, pero también regulaban los empresarios, amparados en sus capitulaciones; así como también los terratenientes, mineros, granjeros y dueños de esclavos que fijaban sus reglamentos. Reconoce la gran variedad de normas castizas protectoras de nativos, pero que ese derecho colonial resultó ser «ficticio», y que los testimonios de vejámenes contra los indios resultaron ser «atronadores», dice el historiador colombiano. Añade que la monarquía legislaba en vano: «a dos mil leguas la voz de Su Majestad apenas se percibe. Se oye, pero no se obedece, se acata, pero no se cumple» (p. 137). Una legislación extraordinariamente protectora, cuya aplicación resultó extraordinariamente escasa: «El derecho colonial y la realidad social que se vivió en América fueron dos mundos diferentes, contradictorios y separados por un abismo gigantesco» (p. 139). «Se obedece, pero no se cumple» con el tiempo se convirtió en una «institución jurídica del derecho colonial» (p. 142), al que se sumaban características adicionales como el trasplante de instituciones, el casuismo y la dispersión, que obedecían al hecho de que se legislaba para cada caso, y al carácter confesional de las soluciones legales: «la rígida posición confesional del derecho colonial se mantuvo invariable a lo largo de los 300 años de colonización» (p. 144). Cfr.: *Derecho y sociedad en la Historia de Colombia*. Armando Suescún. Tomó II, El Derecho Colonial, Siglo XVI Siglo XIX. UPTC, Tunja, 2001, pp. señaladas.

Cárceles y carceleros

Ya esta vieja *Recopilación* reconoce lugares de guarda y custodia de delincuentes (7,6); y en cuanto a delitos y penas (de galeras, de muerte, de destierro temporal o perpetuo, de azotes o pecuniarias) la legislación correspondiente es la de los reinos de Castilla, es decir, los de la *Nueva Recopilación* (1567) que remite a las *Leyes de Toro* (1505), que remiten a las *Ordenanzas de Alcalá* (1348) que, a su vez, remiten a las *Siete partidas* (1265). Se introducen, eso sí, algunos ajustes locales con respecto a blasfemos, al adulterio con mestizas, a los indios o indias amancebados y a las mancebas de clérigos, y algunos otros hechos que parecían muy propios del ambiente local. Y una norma muy particular sobre falsos testigos: «Somos informados, que en las Indias hay muchos testigos falsos, que por muy poco interés se perjuran en los pleytos, y negocios, que se ofrecen, y con facilidad los hallan cuantos se quieren aprovechar de sus deposiciones» (7,8).

Novísima Recopilación de Leyes de España

La *Novísima Recopilación de Leyes de España* de 1805 ofrece una estructura también reverente con las *Siete partidas*. «Por este nuevo cuerpo de leyes y el de las *Partidas* se hará y formalizará en todas las Universidades de estos mis Reynos el estudio del Derecho Patrio», dice el Rey en la Real Cédula que dio «formación y autoridad» a la *Novísima*. El Título I, al igual que sucede con la *Partida* 1.^a, de las siete, e igual que sucedió también con la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1681, regula lo concerniente a la Santa Fé Católica, lo que, de entrada, anuncia el estado de la cuestión de las espadas espiritual y temporal a comienzos del siglo XIX en las Indias: “y si qualquier cristiano con ánimo pertinaz é obstinado errare, é fuere endurecido en no tener y creer lo que la Santa Madre Iglesia tiene y enseña; mandamos, que padezca las penas contenidas en las nuestras leyes de las Siete Partidas, y las que en este libro (a) en el título de los herejes se contienen” (1,1,1,

Recop., libro/título/ley, en su orden),⁴⁰⁰ un tono normativo que se mantendrá a lo largo de la obra, incluyendo el castigo a moros y judíos que se atrevan a presenciar en la calle el Santísimo Sacramento (1,1,2); la prohibición de rasgarse la cara y mesarse los cabellos o de incurrir en «duelos desaguisados» (1,1,8), que nos recuerdan reglas incorporadas en las *xii Tablas* decenvirales.

Asimismo, se elevan invocaciones constantes al Concilio de Trento, se regula el funeral de los difuntos, que debe hacerse ya por fuera de las poblaciones (1,3,1); la inmunidad de la Iglesia, los concordatos con la Santa Sede, los bienes de la iglesia, diezmos, prebendas, beneficios eclesiásticos, consulares, el patronato real (1,17), la redención de cristianos cautivos en tierras de moros (1,29), la jurisdicción eclesiástica, el modo de predicar las Bulas, el nuncio apostólico, la jurisdicción eclesiástica castrense, los tribunales de la inquisición todavía vigentes para 1805 (2,7) y en fin, todo lo atinente a las «Letras divinas», en un ordenamiento jurídico absolutamente mezclado con el ordenamiento religioso católico romano y perfectamente enlazado con las obras legales de Don Alfonso x:

[...] mandamos que [...] se recurra a las leyes de las Siete partidas hechas por el señor Rey D. Alfonso nuestro progenitor por las cuales en defecto de los dichos ordenamientos leyes y pragmáticas y fueros, mandamos que se determinen los pleitos y causas así civiles como criminales de cualquier calidad o cantidad que sean, guardándolo que por ellas fuera determinado como en ella se contiene aunque no sean usadas ni guardadas y no por otras algunas (3, 3, 2).

La *Novísima* confirma el perfil de la institución de la Audiencia, que ostentaba, al mismo tiempo, funciones ejecutiva, legislativa, judicial, consultiva y contenciosa (10,10,1). Ha dicho la doctrina colombiana, al comentar este aspecto de nuestra tradición, que:

A diferencia de las Audiencias propiamente españolas, como las de Granada y Valladolid, las Audiencias de Indias resumían las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Esta inexplicable confusión de poderes para

⁴⁰⁰ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Op Cit.

nuestra mentalidad liberal es la idea fundamental de los teólogos españoles de que sólo la justicia puede ser fundamento de un buen gobierno puesta en práctica por el procedimiento singular de encomendar el gobierno de la tierra, como se decía entonces, a los jueces de más alto rango. La Audiencia del Nuevo Reino, dependiente del Virreinato del Perú durante toda la época austríaca, a pesar de sus fracasos, constituye un bello esfuerzo por consolidar este ideal de un gobierno justo bajo la égida de la religión católica. Casi sin variaciones, este sistema de gobierno desarrolló y organizó la vida política, económica y social de nuestra patria. Si fuéramos a hablar de constituciones políticas, podríamos decir que en toda la historia de nuestro desenvolvimiento como nación, ninguna fue tan duradera ni tan estable como la Constitución no escrita totalmente, pero sí de Derecho consuetudinario, de la Audiencia y la Presidencia de Santa Fe. Su vigencia alcanzó casi dos siglos, durante los cuales se realizaron las mayores empresas de la Colonia, y si el mérito de una Constitución reside en su capacidad para preservar la paz, ni antes ni después, ninguna de las instituciones bajo las cuales se han organizado los colombianos puede compararse con la impuesta por la monarquía austríaca.”⁴⁰¹

Cinco años después, en 1810, comenzaría en Colombia el proceso de independencia de la metrópoli española. Era la época de las «libertades» y la «separación de poderes» de 1789, conceptos esenciales del constitucionalismo actual, instituciones que, sin embargo, no aparecieron de la noche a la mañana.

PRIMERAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA

La influencia de la Francia revolucionaria en las primeras constituciones de Colombia es perceptible. Nueve constituciones de la primera mitad del siglo XIX reflejan visos de instituciones características de la Declaración de los Derechos del Hombre del Ciudadano de 1789 y de la Constitución francesa 1791.

Constitución de Cundinamarca de 1811

La Constitución de Cundinamarca de 1811 adhiere al esquema revolucionario moderno de la división de poderes en virtud del cual las funciones ejecutiva, legislativa y judicial se asignan a órganos especializados y separados: «Los poderes

⁴⁰¹ Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia. Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho, Bogotá, Tercera edición. 1983. p. 99.

ejecutivo, legislativo y judicial se ejercitarán con independencia unos de otros, aunque con el derecho de objetar el poder ejecutivo lo que estime conveniente de las deliberaciones del legislativo en su caso y lugar» (art. 5). El principio vendrá acompañado de la idea de derechos *imprescriptibles* entre los cuales destacarán «libertad individual» y «derecho a la propiedad» (art. 16, 17 y 18).⁴⁰²

Constitución de la República de Cundinamarca de 1812

La Constitución de la República de Cundinamarca de 1812 acoge la separación de poderes (art. 3) y ofrece una garantía todavía más explícita de «los derechos del hombre y sus deberes» redactados en tono de semejanza muy significativa al Título I de la *Constitución* francesa.⁴⁰³

Constitución del Estado de Antioquia de 1812

La Constitución del Estado de Antioquia de 1812 también recoge preceptos de separación de poderes, derechos imprescriptibles y soberanía, e incluye disposiciones de carácter penal, que rezuman letras de la Declaración de los Derechos del Hombre.⁴⁰⁴

⁴⁰² “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”. Stéphane Rials. *Textes Constitutionnels Français. Que sais-je ?* Presses Universitaires de France, Paris, 2019, p. 4. Cfr. Constitución de Cundinamarca: su capital Santafé de Bogotá. Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo, y Quixano, 1811, Bogotá.

⁴⁰³ Ejemplos de esta semejanza: La Constitución francesa de 1791 garantiza “1° *Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et des talents*”, en una doble condición de derechos naturales y civiles; mientras que el art. 5 de la Constitución de la República de Cundinamarca reconoce que “*En virtud de la igualdad, todos los ciudadanos tienen derecho para obtener los empleos públicos, y entre ellos no se debe conocer otra preferencia que la que dan el talento, las virtudes y, el mérito.*” El concepto de soberanía provee otro ejemplo: Mientras la primera contempla que “*La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible...*” (Título III, art. 1, la segunda, en clara réplica de la constitución francesa, declara que es la soberanía «indivisible e inajenable» (art. 10). Cfr: Constitución de la República de Cundinamarca: reformada por el Serenísimo Colegio Revisor y Electoral. Imprenta de D. Bruno Espinosa de los Monteros, por D. Nicomedes Lora, 1811, Bogotá.

⁴⁰⁴ Así, mientras en el artículo 7 de aquella Declaración se consagra que “*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance*» (Textes Constitutionnels, op. cit. p. 3), en la Constitución del Estado de Antioquia se consagra que «ningún hombre puede ser acusado, preso, arrestado, arraigado, sino en los casos y bajo las fórmulas prescritas por la ley. Los que solicitan, expiden o ejecutan, o hacen ejecutar órdenes arbitrarias son delincuentes y deben ser castigados» (art. 9). También, la presunción de inocencia del artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre se trasplanta a la Constitución de Antioquia, que declara entusiasta en su artículo 18 que «la ilustración es absolutamente necesaria para

Las múltiples constituciones consiguientes se alinearon con esa tendencia. Fue el caso de la *Constitución* política del Estado de Cartagena de Indias (1812), la *Constitución* provisional de Antioquia (1815), la *Constitución* del estado libre de Neiva (1815) y la *Constitución* de Mariquita (1815). Acogen los mismos criterios de separación de poderes y soberanía y coinciden en la defensa de los mismos derechos imprescriptibles: libertad, igualdad y propiedad.⁴⁰⁵

Constitución de la República de Colombia de 1830

La *Constitución* de la República de Colombia de 1830 mantiene el mismo ritmo de conceptos y derechos importados de la Revolución francesa (Título II) y va un poco más allá al emular el esquema francés de definición de la nacionalidad y la posibilidad de adquirirla por naturalización (Título II, art. 2).⁴⁰⁶

Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832

La Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832, para terminar con estas alusiones al constitucionalismo independentista, no habla ya de colombianos, sino de granadinos, pero hace eco de los contenidos franceses a los que se aludió: soberanía, división de poderes y garantía de los derechos.⁴⁰⁷

No necesitamos mayores ejemplos. Baste declarar que, a más de dos siglos de la independencia de España, seguimos adoptando aquellos textos, principios e instituciones como lenguaje rutinario dentro de nuestro constitucionalismo. La ingenuidad, sin embargo, fue superlativa. Conspicuos historiadores coinciden en

sostener un buen gobierno y para la felicidad común». Cfr. *Constitución* de Antioquia. Imprenta de Bruno Espinosa, 1812, Bogotá.

⁴⁰⁵ La *Constitución* de Mariquita, art. 7, alude a la libertad como «poder hacer todo lo que no perjudica los derechos del otro», mientras que el artículo 3 del Título I de la *Constitución* francesa la define como «poder hacer aquello que no dañe los derechos de los demás».

⁴⁰⁶ Cfr. *Constitución* de la República de Colombia. Imprenta de José Antonio Cualla, 1830. Bogotá.

⁴⁰⁷ Constitución del Estado de la Nueva Granada, dada por la Convención Constituyente en el año de 1832, Tipografía de Bruno Espinosa, Bogotá.

denunciar que la influencia de la Revolución francesa, en el orden intelectual o de las ideas, jamás se trasladó al plano de la mentalidad social y, mucho menos, a los hechos. La presión intelectual inglesa (Bentham) y los acontecimientos revolucionarios sucedidos en Norteamérica, primero, y en Francia, a continuación, actuarían entre nosotros, a lo sumo, como factores coadyuvantes de la nueva realidad.⁴⁰⁸ Ya López Michelsen (1913-2017) se había extrañado del «cándido optimismo» de los dirigentes políticos del siglo XIX en Colombia, que aplicaron indiscriminadamente las doctrinas liberales «sin caer en la cuenta que el nuevo credo no podía significar un progreso en la América Latina». En lo que al derecho se refiere, dice López: «durante el período propiamente español el Derecho se caracterizaba por la creación de instituciones típicamente americanas, inspiradas en las costumbres de los indios y las orientaciones de la legislación castellana», al punto que «el mayor espejismo» en esa tendencia fue incorporar «flamantes constituciones» que declaraban derechos del hombre y del ciudadano, como si el derecho indiano, intensamente permeado de *derecho natural*, no los hubiera reconocido.⁴⁰⁹

TRÁNSITO DE LA COLONIA A LA REPÚBLICA

En la misma lógica, añadiríamos nosotros: flamantes constituciones que declaraban incorporar la separación de poderes, mientras el cauce oculto del derecho indiano hacía lo suyo sin demasiado esfuerzo por evitar la realización práctica de tales esquemas modernos de organización del poder. El tránsito de nuestro país, de la colonia a la República no fue de un *estado nodriza* a un *estado gendarme*, sino que cambiamos de nodriza, que luego de la Independencia ya no estaba representada en los españoles, sino liderado por las clases económicas más afortunadas de estas regiones, de modo que la visión pública que caracterizó la política castellana fue

⁴⁰⁸ «Si Rousseau, si los principios de la Revolución francesa aparecieron muy al principio en nuestro alzamiento, fue no para excitar por medio de teorías, sino para formular el hecho consumado por el instinto», dice Levene citando a Mitre. Cfr. Cap. X «Repercusión de las ideas de la Revolución Francesa en América Hispánica», en: Levene. Op. cit. pp. 218 y 261.

⁴⁰⁹ López Michelsen. *Op cit.* p 10.

reemplazada rápidamente por el poder económico de intereses particulares. El tránsito que supuso la Independencia de nuestro país no modificó la manera religiosa tradicional de legitimar el poder político, que siguió anclado en los mismos fundamentos después de la emancipación de España.

Hasta hace poco tiempo se editaban todavía en nuestro país colecciones legales en las que se ofrecía la *Constitución* de Colombia y el *Concordato* con la Santa Sede en un mismo libro de consulta,⁴¹⁰ y, por supuesto, que las Constituciones del siglo XIX integraban también derecho civil y canónico, al tiempo que hablábamos de separación de poderes y libertades modernas. El sistema legal colombiano siguió siendo un matrimonio entre religión y derecho y nuestro constitucionalismo no se tomó la molestia de fingir: siguió adelante, luciendo por igual las ideas ilustradas y promoviendo un arsenal de instituciones que no tendrían sino una lejana vocación de arraigo, al tiempo que defendía y, tal vez, expandía su herencia de la contrarreforma trentina y el legado de las *Siete partidas*. Y vaya que le dimos la espalda a la tradición castellana en el afán de dar comienzo a una historia republicana.

El pensamiento político de las generaciones que antecedieron a la independencia, y las que le sucedieron, estaba profundamente imbuido de influencias medievales y escolásticas. Jaime Jaramillo Uribe, el insigne historiador colombiano fallecido en 2015, trae a cuento una serie de episodios documentados durante el movimiento de Independencia en Colombia, que muestran cómo en aquel entonces se invocaba el concepto de *bien común* de santo Tomás, para justificar la desobediencia de las autoridades coloniales; se usaba, asimismo, el concepto suarezano del Estado representado en el «contrato de sujeción sinalagmática» en virtud del cual los gobernantes merecen obediencia solo en cuanto sujeten su actuación a aquel *bien común*, todo lo cual ciertamente reforzaba los argumentos en favor de la ruptura entre la monarquía y los americanos. En general, fue enorme la influencia de otros

⁴¹⁰ *Constitución Política de la República de Colombia/El Concordato*. Colección Codex Brevis. Librería Voluntad, 1969.

grandes juristas y teólogos españoles en las dinámicas intelectuales de la independencia, como en el caso de Francisco de Vitoria. El movimiento de los Comuneros de 1781,⁴¹¹ un episodio que es frecuentemente invocado como proemio de la Independencia, en verdad, jamás reivindicó una ruptura con la metrópoli, sino que clamaba por un mejor gobierno. Y, si bien su trágico desenlace terminó por generar un sentimiento antigubernamental, el fenómeno siempre «estuvo impregnado del tradicional espíritu castellano de libertades municipales y todo indica que sus directores habían sido formados en los principios de la legislación española del tiempo de los Fueros y las Partidas».⁴¹² El *Memorial de Agravios* de Camilo Torres se apoyó también en fundamentos hispano-escolásticos, como, por ejemplo, la idea de que *no hay impuesto sin representación* tomado nada menos que de las *Partidas*. Y resulta muy notable verificar que Antonio Nariño, *el Precursor de la Independencia*, se defendió en la causa judicial por la traducción de la Carta de los Derechos del Hombre apelando nada menos que a santo Tomás y a ...¡las *Partidas*!⁴¹³ Todo lo anterior le indica a Jaramillo Uribe que no resultó absolutamente necesario:

[...] el contacto con las corrientes del pensamiento francés e inglés del siglo XVIII, para que se divulgasen entre las últimas generaciones neogranadinas de la época colonial las ideas de soberanía popular, de poder limitado por normas jurídicas y de libre elección de los gobernantes por el pueblo, porque esas ideas eran patrimonio común del pensamiento escolástico español y de la escuela del derecho natural, ambos estudiados en las universidades coloniales y el siglo XVIII. De tal espíritu estaba empapada la generación de los precursores de la Independencia —inclusive la educación de Nariño, el traductor de los Derechos del hombre—, y aún la primera generación republicana.⁴¹⁴

⁴¹¹ <<https://www.britannica.com/event/Comunero-Rebellion>>.

⁴¹² Jaime Jaramillo Uribe. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Editorial Temis. 1964. p. 114.

⁴¹³ *Ibid.* p. 120.

La situación no sería diferente en otras latitudes del ámbito latinoamericano. En el Perú, por ejemplo, Fernando de Trazegnies ha concluido que «En el origen, el pensamiento político jurídico de la Colonia está inspirado en las ideas Tomistas». Cfr: Trazegnies Granda, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979. p. 311.

⁴¹⁴ *Op Cit.* p. 112

El constitucionalismo no fingió y se aseguró de mantener la vigencia del derecho indiano de diversas formas. La *Constitución* de Cúcuta de 1821 (art. 188) declaró: «en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso» y una ley complementaria subsiguiente declaró en 1825 que: «Un juez republicano debe guardar obligatoriamente el siguiente orden de las normas» en Colombia: las leyes decretadas por el legislativo; las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 (es decir, las expedidas desde la *Novísima recopilación* de 1805); la *Recopilación de Indias* (1680); la *Nueva recopilación de Castilla* (1567) y las *Siete partidas* (1265). ¿Qué tiene de revolucionario este bloque normativo, que junta en el mismo sistema legal los aspectos centrales de la Revolución francesa, con las ideas fundamentales de la legislación castellana medieval?

DEROGACIÓN TARDÍA DE LA LEGISLACIÓN INDIANA

La legislación española rigió décadas después de la Independencia, y fue apenas con la Ley 153 de 1887 (art. 15) que se declaró que «Todas las leyes españolas están abolidas».⁴¹⁵ Al tiempo que se derogaba la legislación indiana, se adoptaba, en su reemplazo, el *Código Civil* redactado por don Andrés Bello (1781-1865), el humanista venezolano nacionalizado en Chile y España, amigo y maestro del Libertador Simón Bolívar. Su Código había sido promulgado por los chilenos en 1855, ejemplo que siguieron otros países, Colombia entre ellos,⁴¹⁶ hechizados nuestros parlamentos por la historia del *Código Civil* francés e ilusionados en fijar

⁴¹⁵ Un relato corto, pero útil de esa secuencia en: Fernando Mayorga. *Codificación de la legislación en Colombia*, disponible digitalmente en <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-148/codificacion-de-la-legislacion-en-colombia>. Y en una providencia judicial reciente un juez declaró que “*La abolición explícita de todas las leyes españolas a través del artículo 15 de la Ley 153, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales de 1887, fue simplemente un punto final declaratorio de desarrollos ya cumplidos en los decenios anteriores*”. Cfr. Sentencia N° 52001312100320160024101 del Tribunal Superior de Cali, 29-03-2019.

⁴¹⁶ Colombia lo había adoptado años antes bajo la Ley 84 de 1873 como *Código Civil Nacional* y bajo el régimen de los Estados Unidos de Colombia. Algunos estados que integraban aquella Federación, lo habían adoptado, asimismo, previamente. Pero el titubeo frente a una decisión categórica de derogar la legislación indiana duró hasta 1887, vigente ya la *Constitución* centralista de 1886.

una conexión entre nuestro sistema legal y los ideales de la Ilustración europea: Bentham y el utilitarismo, Savigny y la escuela histórica, Pothier y el espíritu napoleónico, todos los cuales habían orbitado alrededor de la mente del padre intelectual de Suramérica.

Bello caracterizaba los ordenamientos jurídicos nuestros como una «masa confusa y embrollada de elementos revueltos y heterogéneos», leyes vigentes que se decían derogadas por la costumbre; leyes vinculantes para «todas las Españas» y leyes especiales dictadas para las Indias que, en ocasiones, aparecían de sopetón bajo la forma de cédulas reales en los cajones de escritorios oficiales.⁴¹⁷ La solución al *embrollo* sería su *Código*, que no salió de la nada, sino que resultó ser la obra de influencias heterogéneas e inspiraciones encontradas. La doctrina del derecho natural y las instituciones del derecho romano formaban parte de una herencia de siglos cimentada en las *Siete partidas*, santo Tomás y Graciano, pero formaban parte, igualmente, reinterpretados, del patrimonio de la Revolución francesa, bajo cuyas premisas filosóficas, el siglo XIX defendía los principios intransigibles de igualdad ante la ley y libre circulación de la propiedad.⁴¹⁸ Y, a pesar del enfoque codificador, tampoco se libró Bello de apelar a constantes enumeraciones casuistas que servirían para caracterizar las contradicciones entre el propósito de la obra y su versión definitiva.⁴¹⁹

⁴¹⁷ En palabras de Bello: «Nuestros códigos son un océano de legislación en que puede naufragar el piloto más diestro y experimentado. Leyes de *Partidas*, *Leyes de Toro*, *Leyes de Indias*, *Nueva Recopilación*, ordenanzas de varias clases, senados consultos, decretos de gobierno, leyes de nuestros congresos, autoridades de los comentadores, etc. A esta inmensa colección tiene que arrojar el juez para hallar el puente que busca, la decisión en que ha de apoyar su sentencia. Podrá lisonjearse de no dar contra algún escollo?... Vale más tener un cuerpo cualquiera de leyes bien ordenado que un abismo insondable». Cfr.: Vigencia de Andrés Bello en Colombia. Conmemoración del Centenario de su Muerte. Ediciones Lerner, Bogotá, 1966, p. 304.

⁴¹⁸ La igualdad de las personas: «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición» (*Código Civil*, art. 74) y, la libertad contractual: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales» (*idem*, art. 1602), ambos tuvieron consagración en la obra de Bello.

⁴¹⁹ Algunos ejemplos que representan bien ese aspecto casuista de nuestro *Código Civil*, al que Bello no pudo renunciar, el art. 37, sobre la manera como se cuentan los grados de consanguinidad entre dos personas, que se ejemplifica con nietos, abuelos y primos (En igual sentido, los artículos 38, 40, 43, 44, 46 y 47); el art. 64, en el que se define la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.; el art. 658 sobre inmuebles por destinación, que alude a las losas de un pavimento y a los tubos de las cañerías, para ejemplificar. En igual sentido, el art. 651 sobre cosas accesorias a un inmueble, que se ilustra aludiendo a bulbos o cebollas, losas y piedras; el art. 963 sobre responsabilidad por deterioro, que se refiere a bosques arbolados, madera y leña; en el mismo sentido ejemplificativo, los arts. 1540, 1569, 1701, 2016, 2309, 2370, 2514, entre muchos otros.

Se tiende a pensar que 1810 fue el fin de la legislación indiana en Colombia. No fue así. Y podemos decir ahora que tampoco tuvo su fin en 1887 con la promulgación del *Código Civil*, que aún nos rige. Bajo el prestigio moderno de ese estatuto y el de su autor, y bajo el ropaje vistoso de la Modernidad, se filtraron las ideas esenciales de la tradición legal alfonsina, que de este modo penetraron los tiempos actuales, se mantuvieron y se expresan todavía en nuestra legislación penal, procesal, civil y constitucional. Y no resulta excepcional toparse en nuestra jurisprudencia reciente con referencias a las *Partidas*, unas veces para apoyarse en la definición de conceptos esenciales, otras para propósitos más recreativos.⁴²⁰

Dicen que, en el delirio de su muerte, en el apogeo de su fiebre, don Andrés Bello recitaba estrofas enteras de *La Ilíada* y *La Odisea*. Una agonía que nos recuerda que las ideas, las legales también, tienen una plasticidad que no permite asignarlas arbitrariamente a un momento histórico, cuando forman parte del largo río de los siglos.

DERECHO MODERNO E INDIANO: DIVORCIO APARENTE

Probablemente nos hemos obligado a un divorcio imposible de la herencia hispana. El utilitarismo de Bentham, por ejemplo, representaba un evidente contraste con la tradición hispánica: «era la antítesis del espíritu del derecho español inclinado a lo concreto, casuista, desordenado».⁴²¹ Rubén Jaramillo nos habla de una modernidad

⁴²⁰ Mediante Auto de Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil n° 11001-02-03-000-2019-01911-00 de 15 de Julio de 2019) se dijo: «Son bienes, en un sentido lato, todas las cosas que no siendo personas pueden ser de utilidad al hombre, y especialmente aquellas compositivas de su hacienda, caudal o riqueza. Conforme a la definición de las Partidas, se conceptúan como “todas aquellas cosas que los homes se sirven e se ayudan” (tít. XVII, p. 2ª)”. Y en Sentencia de Constitucionalidad 917/01 de Corte Constitucional, la Corte se mofaba de un demandante por someter a control normas que consideraba vetustas: «De seguir el mal ejemplo de pronunciarnos sobre normas derogadas, deberíamos pronunciarnos también sobre otras normas anteriores ya derogadas, por ejemplo, en el caso del *Código Penal* deberíamos pronunciarnos también sobre el *Código Penal* de 1936 o sobre el Código anterior a este, el de 1890, o sobre las normas penales existentes al momento de la independencia o sobre las leyes de Indias que rigieron en nuestro territorio y por esa vía terminaríamos pronunciándonos sobre la ley de las *Siete partidas* del rey de España don Alfonso X, *el Sabio*». Se sorprendería nuestra Corte de verificar la pervivencia de las *Siete partidas* entre nosotros.

⁴²¹ La cita completa es esta: «la pretensión del racionalismo jurídico utilitarista de derivar la legislación de unos pocos principios simples, del principio del mayor placer o de la mayor felicidad para el mayor número, era la antítesis del espíritu del derecho español inclinado a lo concreto, casuista, desordenado si se quiere, por no ser una construcción deducida de un principio racional básico, pero más adecuado para resolver los casos particulares, más personalista y más fundado en las realidades

postergada, de un constante desengaño en el intento de hacernos contemporáneos, y afirma que «aquí se ha marchado un poco, en sectores esenciales de la vida ciudadana, de acuerdo con la consigna de dar un paso adelante y dos atrás», en referencia al concepto de *retroprogresismo* acuñado por Rafael Gutiérrez Girardot. Esto se debe, según su foco, a una peculiar idiosincrasia colombiana que, en los orígenes de la Independencia, se manifestó en un intento por construir edificaciones francesas con materiales españoles, luego de una apropiación meramente simbólica de la Revolución de 1789, que llevó a una imitación constante de sistemas económicos y políticos europeos, pero saltándose etapas de secularización, todo lo cual condujo a otro antagonismo, el de la principialística del derecho moderno con la del derecho indiano, y a la profundización entre normas y realidades, entre postulados normativos y prácticas sociales.⁴²²

Esa antítesis entre la principialística del derecho moderno con el derecho indiano, añadimos nosotros, está en la raíz de nuestro reformismo enfermizo. Ningún traje nos sirve. Produjimos normas en cantidades industriales durante la presencia hispana, buscando adaptar el derecho castellano a la realidad americana; produjimos Constituciones a ritmos endiablados luego de la Independencia durante el siglo XIX, en busca de un puesto en el banquete intelectual de la Revolución francesa; reformamos la *Constitución* a un ritmo frenético hoy todavía después de tanto tiempo. Se quedó en nuestro carácter: Constituciones efímeras, ideas líquidas; constituciones *columpio*, que mecánicamente van para un lado y el otro.

Jaramillo Vélez tiene mucha razón en la caracterización de nuestra idiosincrasia, pero su *modernidad postergada* quizá deba considerar que América española y Europa no son históricamente contemporáneas y más bien que «están viviendo paralelamente épocas distintas de su ser cultural», como advierte Mario Góngora, la eminencia chilena del derecho indiano. Una «superstición progresista» hizo creer

históricas y sociales» Cfr. Rubén Jaramillo Vélez. *Colombia: la modernidad postergada*. (Argumentos). Bogotá: Editorial Temis. 1998. p. 208.

⁴²² *Ibid.* pp. 31, 41, 196, 198-199.

en la posibilidad de homogeneizar la cultura americana y la europea: ferrocarriles, ejército profesional, vestimenta europea y, añadimos nosotros también, constitucionalismo y división de poderes al estilo francés, no lograron desaparecer nuestro pasado indiano y castizo, como tampoco la «situación cultural» creada por la Conquista, que sigue presente en la organización institucional actual y mantiene su arraigo hasta hoy en las ideas más básicas de nuestro sistema legal, que deja ver el «carácter forzosamente superficial» de muchas recepciones intelectuales europeas (las de la Ilustración, aclaramos), también en el ámbito de la historia de las instituciones y de nuestro derecho constitucional.⁴²³

Hemos ido al pasado indoeuropeo antiguo a captar las propiedades observables de tres sistemas normativos que están en la base de nuestra tradición occidental: *Manu*, *Odisea* y *XII Tablas*; y hemos rastreado el flujo de algunas de sus características más estables a través de la Edad Media, siempre con la expectativa de poder desentrañar la trama histórica particular a la que debemos la maduración del sistema legal de hoy en Colombia. Con ese antecedente, propondremos una lista de aspectos de nuestro constitucionalismo contemporáneo que lucen caóticos, que muestran confusión y desorden de los mecanismos secretos de nuestro ordenamiento jurídico, veremos cómo sigue vigente una batalla oculta entre derecho castellano e indiano versus derecho moderno, y cómo esa batalla se expresa año por año, inexorablemente, en la reforma enfermiza de nuestra *Constitución*.

⁴²³ La cultura se transmite orientada a modelos, explica Góngora: «Centrando nuestra reflexión sobre la América española, vemos que desde el comienzo se han dado tendencias formadoras. La fundación española transmitió algunas formas provenientes de la cristiandad medieval: órdenes religiosas, universidades, derecho romano, etc. El jesuitismo del barroco trajo su pedagogía. La independencia procuró apasionadamente formar al 'ciudadano' en el sentido de la Revolución francesa. El neoclasicismo, a lo Andrés Bello, educó en un tipo de gusto y de disciplina formal. El positivismo entusiasta de las ciencias, quiso además lograr una unidad filosófica más allá de los conocimientos particulares. El marxismo plantea en este siglo un nuevo modelo, el de obrero revolucionario.» Sin embargo, tres siglos de imperio burocrático español no transcurrirían en vano: «El carácter guerrero inicial, los valores épicos, los modos personalistas de dominación, reaparecen en la Independencia. La ruptura de la legitimidad de un rey jamás presente en América, siempre representado por un aparato administrativo no podría hacer comprensible la violencia de la crisis, si no se hubiera conservado en el fondo americano la militarización general de la vida, la rudeza fundamental de la sociedad americana desde sus comienzos» en que «el caballo perpetúa el estilo conquistador, la 'concepción ecuestre del mundo' que dice Martínez Estrada». Es lo que llama Góngora, el «gran escollo». Cfr. Historia de las ideas en América española y otros ensayos. Mario Góngora. Compilación, prólogo y notas por Oscar Julián Guerrero. Clásicos del Pensamiento Hispanoamericano. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 2003. pp. 204-211.

CAPÍTULO 5

ACTUALIDAD NORMATIVA COLOMBIANA

El mundo moderno ha puesto la *Constitución* en el mismo lugar en que se ponían los libros revelados y las Sagradas Escrituras de la Antigüedad (*Leyes de Manu* y *Antiguo Testamento*, por ejemplo) o en el que se ubicaba el derecho inmemorial de las culturas griega y romana (el de Solón o el de las *XII Tablas*). La diferencia es que los libros revelados no se modifican, ni se cambian las normas legendarias con facilidad, pero las constituciones sí.⁴²⁴

Existen ejemplos conocidos de constituciones tremendamente resistentes al paso de los años, y repelentes a metamorfosis habituales, la norteamericana, por ejemplo. Pero en Colombia nos ubicamos en la tendencia opuesta: a la *Constitución* se la cuestiona de continuo, se la somete a reformas endémicas e interpretaciones judiciales intensivas. Guardamos la esperanza de hacer duradera la norma superior, como cualquiera de las naciones modernas, pero inexorablemente atestiguamos reformas año tras año y nos preguntamos por qué. Cualquier observador externo puede comprobar que existen mecanismos rígidos de modificación de nuestra *Constitución*, a pesar de lo cual esta no tiene capacidad de protegerse de la manipulación constante. No se gobierna aquí, no se administra, sin reformas constitucionales. Expuesta al debate de cada administración, año por año, nuestra *Constitución* tiene una capacidad muy reducida de disciplinar los poderes públicos, y de asegurar su natural vocación de permanencia prolongada en el tiempo.

⁴²⁴ Todavía muchas constituciones del entorno de occidente actual invocan a Dios en un intento por investir la legislación secular de la misma devoción, reverencia y estabilidad. El perjuicio de hacer cambios frecuentes de las normas traducidas en pérdida de respeto al derecho y debilitamiento del sistema legal fue advertido ya desde Aristóteles: «De estos razonamientos es manifiesto que algunas leyes, y que, en ciertas ocasiones, se deben cambiar; pero para los que examinan el tema de manera diferente puede parecerles que exige mucha precaución. Cuando la mejora sea pequeña y, en cambio, sea malo el acostumbrar a abrogar con facilidad las leyes, es evidente que hay que permitir algunos errores de los legisladores y de los gobernantes. Pues el cambio no beneficiará tanto como dañará la costumbre de desobedecer a los gobernantes. Es también engañosa la comparación con las artes; no es igual modificar un arte que una ley, ya que la ley no tiene ninguna otra fuerza más que hacerse obedecer, a no ser la costumbre, y eso no produce sino con el paso de mucho tiempo, de modo que **el cambiar fácilmente de las leyes existentes a otras nuevas debilita la fuerza de la ley**. Y aun si se pueden cambiar, ¿se podrán cambiar todas y en todo régimen, o no?, ¿y a juicio de cualquiera o de quiénes? Todas estas cuestiones comportan gran diferencia». Aristóteles. *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, Editorial Gredos, 1988, pág. 122, Madrid.

Si es cierto que las constituciones «son expresión del carácter nacional» como decía Bryce,⁴²⁵ entonces la modificación obsesiva, permanente y endémica de normas constitucionales en Colombia es un instrumento de medición de nuestra idiosincrasia. La reforma constitucional insistente implica, también, la transformación de las pautas contenidas en ella. Proclamada por los modernos como la forma de asegurar la sumisión de los poderes públicos y de las instituciones que le sirven, en nuestro esquema constitucional se verifica que no hay nada, por sagrado y paradigmático que sea, que pueda mantenerse al margen de amenazas de reforma. No hay nada que no admita regulaciones nuevas o excepciones, no hay nada sólido, solo breve esperanza de vida de los mandamientos constitucionales. Apelando a Bauman, lo nuestro son «normas que se descomponen y se derriten antes de interiorizarlas».⁴²⁶

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA DE 1991

La actual *Constitución de Colombia* data de 1991 y ha recibido 56 reformas expresas en el corto lapso de veintinueve años.⁴²⁷ Únicamente descansó en los

⁴²⁵ «[...] pero, a su vez, las Constituciones moldean el carácter de quienes se habitúan a ellas»: James Bryce. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. 1988. p. 4.

⁴²⁶ Para el conocido sociólogo polaco, la parte desarrollada del planeta está viviendo un fenómeno de consecuencias poderosas, cuya primera fase consistiría en el paso de una fase «sólida» de la modernidad a una fase «líquida», lo que supone el desplazamiento «a una condición en que las formas sociales [...] ya no pueden (ni se espera que puedan) mantener su forma por más tiempo, porque se descomponen y se derriten antes de que se cuente con el tiempo necesario para asumirlas y, una vez asumidas, ocupar el lugar que se les ha asignado». Habría que precisar que Colombia no entra en la parte «más desarrollada del planeta» para lo que ello implique en este análisis; y que tampoco el problema de la endémica modificación de nuestras normas constitucionales y de los paradigmas modernos que arropa, sea un problema de ahora, sino que parece ser una característica histórica permanente, que se extiende a nuestra historia colonial, como se busca demostrar. Pero su idea de que las «instituciones que salvaguardan la continuidad de los hábitos» (admitiendo que nuestra Constitución es una de tales instituciones) no alcanzan a solidificarse y, en cambio exhiben una corta expectativa de vida, parece amoldarse al estado de cosas actual en Colombia, ciertamente «líquido», de un derecho incierto, breve y arraigadamente excepcional, de una *Constitución* que no fragua, de instituciones constitucionales que no cristalizan sino en apariencia, poco resistente, débil, insegura, inestable, con una capacidad tremendamente disminuida para proteger y asegurar sus contenidos en horizontes consolidados de largo plazo. Ya veremos si se trata de «tiempos» líquidos o de «siglos» líquidos, en nuestro caso. Cfr: Zygmunt Bauman. *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Traducción de Carmen Corral. España: Tusquets Editores. 2007. p. 7.

⁴²⁷ Para hacerse una mejor idea de la velocidad de reforma de la *Constitución*: una ley administrativa bastante socorrida en Colombia es la Ley 100 de 1993, que crea el sistema de seguridad social integral. Esta ley, promulgada tan solo dos años después de la *Constitución* de 1991, lleva 51 reformas en prácticamente el mismo recorrido de vigencia que la Constitución. Cfr.: Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral*. DO. No. 41.148, Red Jurista, Editorial Avance Jurídico. Consultado en: <[https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=I0100_93#/>](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=I0100_93#/).

años 1992, 1994, 1998, 2006, 2010 y 2014, coincidentes con años electorales.⁴²⁸ Un estatuto constitucional de 380 artículos más 60 normas transitorias nos recuerda que hacemos poco caso a la advertencia frecuente de los expertos, en el sentido de que una constitución no debe pretender regularlo todo; que mientras se ocupe de lo más esencial, se expone mucho menos a cambios y debates constantes, y que se debe dejar espacio al libre juego de la política, de la vida y la moral social, y de la religión.⁴²⁹ Constituciones extensas muestran visos de querer resolverlo todo a través del derecho, de limitar los espacios de opinión y, en ciertos ambientes, de propiciar la judicialización de la política. Esto juega sin duda en el *reformismo* local, aunque no explica el fenómeno lo suficiente.

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA DE 1886

La *Constitución de 1886*, que precedió a la de 1991, no tuvo una vida más reposada. Sufrió al menos 72 reformas, algunas muy intensivas, que abrazaron igualmente una temática de alcance francamente ilimitado.⁴³⁰ Aproximadamente, el 70 % de ese estatuto fue modificado a lo largo de 105

⁴²⁸ Año tras año, con escasas excepciones, la *Constitución* ha sido modificada en toda clase de materias: organización territorial, estatuto de los congresistas, presupuesto general, aspectos de justicia, justicia penal militar, extradición, nacionalidad, partidos políticos, estatuto de la oposición, organización electoral, aspectos fiscales de orden nacional, distribución de regalías del petróleo, representación territorial, reelección presidencial y facultades presidenciales para procesos de paz. Además, fue adicionada para incorporar las normas de «terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera» que se extienden o reenvían al «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera», suscrito el 24 de noviembre de 2016 en Bogotá, y que se constitucionalizó por virtud de esas reformas: Cfr.: Secretaría General del Senado. *Actos Legislativos*. Consultado en: <<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes>>.

Cfr.: Secretaría General del Senado. *Acto Legislativo 01 de 2017*. «Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones». DO. No. 50.196. Consultado en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2017.html>.

Cfr. Secretaría General del Senado. *Acto Legislativo 02 de 2017*. «Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera». DO. No. 50.230. Consultado en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2017.html>.

⁴²⁹ Las constituciones de Francia, Italia y Alemania tienen 143, 139 y 101 artículos, respectivamente. La de Estados Unidos tiene 7 artículos (cada uno dividido en varias secciones) y solo 27 enmiendas, a pesar de que han sido propuestas más de 12 000 desde 1789. Cfr. *The Constitution of The United States of America*. Introduction by R. B. Bernstein. Fall River Press, New York, 2012.

⁴³⁰ Congreso, régimen territorial, límites geográficos y soberanía, elecciones, poderes del presidente, monopolio estatal de licores, control constitucional, mayoría de edad, justicia, poderes de magistrados y jueces, régimen universitario, estructura de la administración, ciudadanía, derechos ciudadanos, expropiación, estados de excepción (plenos poderes) y hasta normas que relajaron el principio de la separación de poderes, fueron los principales aspectos de interés reformatorio.

años; sin embargo, no puede decirse que el 30 % restante permaneció incólume,⁴³¹ pues a pesar de mantener su texto original, muchas de esas normas fueron suspendidas por largos períodos de tiempo, suspensiones amparadas en normas transitorias de aquella misma *Constitución* de 1886, como en el caso del famoso Artículo K, que permitía al gobierno reprimir y prevenir «abusos de la prensa»; como en el caso, también, de la conocida *Ley de los Caballos*, que facultaba al presidente de la República para prevenir y reprimir administrativamente «delitos y culpas» mediante la aplicación de penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos «por el tiempo que crea necesario»;⁴³² y, como en el caso de los decretos de estado de sitio, equivalentes a leyes de plenos poderes, que ideados como potestades excepcionales, se convirtieron en regla general de nuestra vida constitucional durante todo el siglo xx.⁴³³ Sería raro, entonces,

⁴³¹ Las siguientes disposiciones de la *Constitución* de 1886 conservaron su texto original: **Art. 1** que establece a Colombia como República unitaria; **art. 2** sobre la soberanía; **art. 10** sometimiento a la constitución y las leyes; **art. 20** sobre el principio de legalidad; **art. 21** sobre infracción manifiesta; **art. 22** que prohibió los esclavos; **art. 23** derecho al debido proceso; **art. 24** sobre la flagrancia; **art. 25** la prohibición de autoincriminación; **art. 26** sobre legalidad en materia penal; **art. 27** permiso para juzgar sin juicio previo en casos determinados; **art. 33** expropiación en tiempos de guerra; **art. 34** prohibición de la pena de confiscación; **art. 42** libertad de prensa; **art. 45** derecho de petición; **art. 48** sobre el monopolio de la fuerza reside en el gobierno; **art. 61** división del ejercicio de la autoridad política, civil y judicial y militar; **art. 63** obligación de que los empleos tengan funciones detalladas en la ley o reglamento; **art. 65** obligación a los funcionarios de prestar juramento; **art. 66** prohibición a los funcionarios de recibir cargo o merced alguna de gobierno extranjero; **art. 67** prohibición a los colombianos de aceptar cargo de gobierno extranjero sin autorización previa; **art. 71** quorum para las sesiones del Congreso; **art. 78** prohibiciones al congreso; **art. 84** sobre la voz de la Corte Suprema en el debate de leyes sobre materia civil y procedimiento judicial; **art.87** procedimiento del proyecto de ley objetado; **art. 95** Duración del periodo como senador; **art. 96** funciones de acusación del senado; **art. 97** reglas de los juicios que se adelanta en el senado; **art. 106** Inviolabilidad de opinión de senadores y representantes; **art. 130** funciones del vicepresidente; **art. 131** A falta del vicepresidente; **art. 133** requisitos para ser ministro; **art. 135** ministros como jefes superiores de administración; **art. 136** conformación del Consejo de Estado; **art. 137** sobre la incompatibilidad con otros cargos; **art. 138** periodo de los consejeros; **art. 139** división del Consejo; **art. 140** suplementes; **art. 142** del Ministerio Público; **art. 143** Funciones del Ministerio Público; **art. 144** Periodo del Procurador General de la Nación; **art. 145** Funciones del Procurador General de la Nación; **art. 146** sobre la conformación de la Corte Suprema; **art. 147** periodo de los magistrados; **art. 148** elección del presidente de la corte; **art. 149** suplentes de la Corte; **art. 150** requisitos para ser magistrado; **art. 151** atribuciones de la Corte Suprema; **art. 152** libertad de nombramiento y remoción de la Corte; **art. 153** sobre la división de la competencia territorial; **art. 155** disposiciones comunes; **art. 156** de los juzgados inferiores; **art. 157** Requisitos para ser juez; **art. 158** jerarquía; **art. 159** incompatibilidad de los cargos del orden judicial; **art. 160** pérdida de competencia de los jueces; **art. 161** sobre la motivación de toda sentencia; **art. 162** sobre los jurados para causas criminales; **art. 165** servicio militar; **art. 166** sobre el ejército; **art. 169** sobre los militares; **art. 170** sobre los delitos cometidos por militares; **art. 173** ciudadanos que pueden votar para electores y representantes; **art. 174** de las funciones de los electores; **art. 175** sobre la elección de los senadores; **art. 202** sobre los bienes que pertenecen a la República de Colombia y; **art. 203** sobre los cargos de la República.

⁴³² Adicionalmente, se le facultaba para prevenir y reprimir atentados contra la propiedad pública o privada, borrar del escalafón a militares indignos de la confianza del Gobierno, inspeccionar asociaciones científicas e institutos docentes y suspender toda sociedad o establecimiento que «bajo pretexto científico o doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas», todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal que le cabe a los responsables en este marco de castigos. Cfr. <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1806120>>.

⁴³³ «En Colombia a pesar de que la declaratoria de estado de sitio de acuerdo con lo dispuesto en el texto de la Constitución Política de 1886, vigente para la época en estudio, era una facultad excepcional del gobernante, los hechos demuestran que este era un instrumento ordinario de la política interior. Lo que evidencia que hasta 1991 no existiera un control ni político ni

encontrar norma de la *Carta* de 1886 que no hubiera sido modificada o suspendida. El hecho de que aquel estatuto de 1886 hubiera sido menos dilatado que el de 1991 (210 artículos y 15 normas transitorias) no marcó la diferencia en punto a la virulenta dinámica de su reforma, lo que se refleja en una trazabilidad desesperante que deja perplejo al intérprete más experimentado de Colombia: mecánica derogatoria descuidada, arbitraria y confusa, reformas repetitivas y empecinadas frente a las mismas normas, páginas oficiales de incierta confiabilidad que llegan a dar por derogadas normas plenamente vigentes, descalabros de nomenclatura de las normas como consecuencia de sentencias de inconstitucionalidad que recayeron sobre reformas constitucionales, todo lo cual nos recuerda las quejas de incertidumbre que se cernían sobre la legislación indiana,⁴³⁴ y nos hace pensar que los anhelos codificadores del siglo XIX entre nosotros no encentraron cabal aplicación.

jurídico efectivo frente a su declaratoria, que en últimas desvirtuaba su sentido y alcance» [...] «El uso recurrente del estado de sitio en Colombia durante el periodo 1958-1978 evidencia claramente la forma en que el poder político estatal en cabeza del gobierno, logra en ese momento compatibilizar el autoritarismo con un sistema democrático. Lo que en la práctica termina desvirtuando la excepcionalidad al erigirla como norma permanente y vacía la democracia, al convertirla en un referente de legitimación de la represión oficial ante las demandas políticas de los sectores sociales que emergían en ese entonces y que se encontraban inconformes ante el gran déficit de participación y hermetismo propiciado por el Frente Nacional». Carvajal, J. & Guzmán, A. (2017) Autoritarismo y democracia en Excepción: el constitucionalismo del estado de sitio en Colombia (1957-1978), Revista *Prolegómenos*. Derechos y Valores, 20(40), págs. 63-75, Universidad Militar Nueva Granada. «El estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental. He aquí cuatro indicaciones de esta anomalía: (1) la excepción era casi permanente. Así, por ejemplo, en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991, Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82 % del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de treinta años en estado de sitio. (2) Buena parte de las normas de excepción las ha legalizado el Congreso, lo que ha convertido al Ejecutivo en un legislador de hecho. (3) Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades públicas, a través, por ejemplo, de la justicia militar para juzgar a los civiles. Según Gustavo Gallón (1979) a finales de 1970, el 30 % de los delitos del Código Penal eran competencia de cortes marciales. (4) La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y el alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico. Al finalizar este período, en 1991 se promulga la *Constitución* actual, con la cual, por primera vez en la historia del país, se imponen claras restricciones a esta práctica». Cfr.: Uprimny, R. & García, M. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Documentos de Discusión DJS, 2005, Bogotá.

⁴³⁴ A pesar de esfuerzos recientes, en gobierno colombiano ha dado muestras de incapacidad de administrar adecuadamente su ordenamiento jurídico. Por poner cualquier ejemplo, Suin-Juricol (<http://www.suin-juricol.gov.co>) base de datos del Estado, daba (y da todavía) por derogados arbitrariamente artículos que estaban plenamente vigentes para 1991, como en el caso del artículo 52 de la *Carta* de 1886.

Los comentaristas más diestros, aun reducidos al campo de nuestro derecho constitucional, naufragaron en el intento de navegar en ese piélago de incertidumbre. Luis Carlos SÁCHICA, p.e., se tomaba libertades que reflejan pocos escrúpulos en el tratamiento del historial de las normas: p.ej. en sus constituciones comentadas decidió no incluir las normas transitorias de la *Constitución* de 1886, seguramente porque consideraba agotada su vigencia; o bien ubicaba una nueva norma constitucional en el "hueco" que dejaba alguna norma derogada, a veces con criterio de conexidad temática, a veces con criterios totalmente arbitrarios, como en el caso del artículo 40, que fue derogado en 1936 y que fue "rellenado" con una norma atinente al ejercicio de la abogacía. La trazabilidad de normas, la posibilidad de entenderlas desde su origen, la posibilidad de compararlas, sigue supeditada a múltiples inconvenientes. Cfr. Luis Carlos SÁCHICA. *Constitución Política de Colombia*. Comentada y Concordada, 2ª edición, 1989.

CONSTITUCIONES DE COLOMBIA 1810-1886

De 1810, año en que Colombia declaró su Independencia, hasta 1886, en un período de 74 años, rigieron por lo menos 16 constituciones, lo que equivale a un promedio de una constitución por cada 4 o 5 años.⁴³⁵ Fueron décadas de constituciones transitorias, percederas, breves, fruto de refriegas locales, de intentos de unos y otros por imponer soluciones de la modernidad en un ambiente que no ofrecía condiciones y que derivó en transacciones traumáticas, quizá imposibles, entre los contenidos del derecho castellano e indiano y los de la Europa ilustrada.⁴³⁶

LEGISLACIÓN INDIANA 1492-1810

Durante los trescientos años de presencia hispana en América, entre el Descubrimiento de 1492 y la declaración de Independencia de 1810, el estado español hizo gala de su fábrica de leyes: ya vimos la telaraña de normas integrada por el derecho de la iglesia, las leyes castellanas y las indianas, expresadas en la *Novísima Recopilación* de 1805, la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* (1680), la *Nueva Recopilación* de 1567, las *Leyes de Toro* de 1505, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y hasta las *Siete partidas*, que enlazan nuestro derecho con la tradición jurídica medieval.

⁴³⁵ Las de Cundinamarca (1811 y 1812), la del Estado de Antioquia (1812), la del Estado de Cartagena de Indias (1812), la provisional de Antioquia (1815), la del Estado Libre de Neiva (1815), la de Mariquita (1815), la de Cúcuta (1821), la de la República de Colombia (1830), la del Estado de la Nueva Granada (1832), la de la República de la Nueva Granada (1843), la de la Nueva Granada (1853), la del Estado de Boyacá (1857), la de la Confederación Granadina (1858), la de los Estados Unidos de Colombia (1863) y la del Estado Soberano del Cauca (1872). Cfr.: Red Cultural del Banco de la República en Colombia. Constituciones de Colombia. Enciclopedia. Consultado en: <https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Constituciones_de_Colombia#Constituci.C3.B3n_pol.C3.ADtica_del_Estado_de_Cartagena_de_Indias:_expedida_el_14_de_junio_de_1812> y Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Constituciones Hispanoamericanas. Constituciones de Colombia. Consultado en: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/colombia_constituciones/?autor=&paginaUsuario=2&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=2>.

⁴³⁶ Recuérdese que las primeras constituciones colombianas elevaron antorchas de fidelidad a la Corona española, lo que demuestra que no había una agenda decidida de separación de la metrópoli. La esclavitud, base de las relaciones económicas de la época, no desaparecería sino décadas después de la Independencia, en 1852, y las leyes españolas se abolieron todavía otras tantas décadas después, como ya vimos, en 1887.

Y vimos también cómo esta legislación estuvo marcada por el casuismo, el ensayo y error, la flexibilidad, su propósito evangelizador⁴³⁷ y su minuciosidad reglamentaria,⁴³⁸ a un punto que dio la impresión de sofocar la moralidad social, quizá banalizada por la incorporación al derecho de reglas de honestidad, lealtad, reciprocidad y cumplimiento de la palabra, y que, a pesar de las proclamas de la Independencia, siguió rigiendo durante décadas en el entorno de los países latinoamericanos, Colombia incluida. La tradición indiana nos dejó esa predisposición de ensayo y error y la trasladó a nuestro constitucionalismo del siglo XIX, pero los constitucionalistas se niegan a encontrar utilidad en el estudio de los vestigios legales de la presencia de España en América. Restrepo Piedrahíta, por ejemplo, escribió un conocido ensayo sobre el principio de supremacía constitucional en el derecho constitucional colombiano. Parte, exactamente, del 20 de julio de 1810, con el Acta de Independencia, sin la menor consideración por lo ocurrido previamente. Este caso es representativo en particular, pues ya vimos que la institución de «se obedece, pero no se cumple» pervivió según nuestros hallazgos, bajo ropajes republicanos, en la llamada *excepción de inconstitucionalidad*, clave de nuestro sistema de supremacía constitucional, pero Restrepo Piedrahíta no logra notarlo.⁴³⁹

⁴³⁷ Bernal Gómez, B. «El derecho indiano, concepto, clasificación y características». En: *Ciencia Jurídica*, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno. México: Universidad de Guanajuato. Año 4. No. 7. 2015. pp. 183-193.

⁴³⁸ Ots Capdequí. *Op. cit.*: «Los Monarcas españoles quisieron tener en sus manos todos los hilos del gobierno de un mundo tan vasto, tan complejo y tan lejano. Lo mismo quisieron conocer de los grandes problemas políticos y económicos que afectaban a todas las Indias o a toda la demarcación territorial de una Audiencia o un Virreinato, que de cuestiones pequeñas que interesaban sólo a una ciudad o a un reducido distrito rural. Comprendían las dificultades que esto ofrecía, y movidos por la desconfianza en sus autoridades coloniales, multiplicaron las instrucciones de gobierno y complicaron extraordinariamente los trámites burocráticos y administrativos». pp. 12 y 13.

⁴³⁹ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahíta. *Tres Ideas Constitucionales*. Supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, El Ombudsman. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1978. p. 10.

En Colombia no tenemos centros de investigación de historia del derecho, ni revistas destinadas a ese propósito como pudimos confirmar en los registros oficiales <<https://minciencias.gov.co/investigacion?page=3>>, escasamente tenemos un grupo de investigación de historia del derecho y tradición romanista <<https://scienti.minciencias.gov.co/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=00000000020029>>. Tampoco se incorporan asignaturas de derecho indiano en las facultades de derecho, y no parece ser una preocupación próxima. En nuestro entorno regional, Argentina, Chile y México dan muestras de sintonía con ese esfuerzo hace décadas, como demuestran las obras de Levene y Góngora; y, como indican jornadas recientes, para analizar la cuestión de la supervivencia del derecho español en los distintos países hispanoamericanos a partir del momento en que dejaron de formar parte de la monarquía y se constituyeron como naciones independientes. Cfr. <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/133-cuadernos-del-instituto-de-investigaciones-juridicas-la-supervivencia-del-derecho-espanol-en-hispanoamerica-durante-la-epoca-independiente>>.

El reformismo endémico nuestro parece conectado con el pretexto hispano de establecer normas jurídicas «especiales» para cada situación y de someter el derecho a constantes adaptaciones en función de «necesidades siempre apremiantes», con la diferencia de que durante la República ese casuismo coexiste con los códigos, que no han logrado atajar la misma profusión normativa en todos los ámbitos de nuestra vida local.

DIVISIÓN DE PODERES: ENSAYO Y ERROR

Un ejemplo de ensayo y error puede ser el del principio de la división de poderes entre nosotros. Como se sabe, la *Constitución* francesa de 1791 dio la guía moderna en este punto, y en ese sentido proclamaba que «*Les es tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions*».⁴⁴⁰ (Los tribunales no pueden interferir en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni ejercer funciones administrativas, o convocar administradores ante ellos para sus funciones). Todas nuestras constituciones del siglo XIX intentaron emular ese ideal. Particularmente categórica la de 1886, una de cuyas normas originales declaró que «Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones» (art. 57). Esta norma nos resulta muy significativa. La tradición colombiana, acostumbrada a otra rutina de operación del Estado, no toleró ese esquema, y con el paso del tiempo lo modificó para reiterar que ciertamente los poderes públicos son limitados, «pero colaboran armónicamente».⁴⁴¹ Relajado el estándar, se hacía posible modificar con mayor comodidad el resto de todo el

⁴⁴⁰ Titre III, Chapitre V, Article 3 de la Constitution du 3 septembre 1791. Recordemos que el art. 16 de la Declaración de los Derechos de del Hombre y del Ciudadano de 1789 elevaba también a bautismo del constitucionalismo la incorporación de la separación de poderes como garantía de los derechos.

⁴⁴¹ El Acto Legislativo 01 de 1937, dijo: «Son órganos del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial / Los órganos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado». La misma norma fue modificada nuevamente, pocos años después, mediante Acto Legislativo 01 de 1945, a cuyo tenor el Artículo 52 de la Constitución quedaba así: «Art. 52. Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado».

entramado de reparto de poderes, lo que efectivamente ocurrió a lo largo del siglo XX, a un punto que los resultados muestran que, antes que separación, un pavoroso desconcierto, espíritu que terminó por migrar de la *Constitución* de 1886 a la actual de 1991.

Test de Carl Schmitt

Aplicar el *test de la separación* que propuso Carl Schmitt a nuestra *Constitución* de 1991⁴⁴² permite confirmar numerosas excepciones a este principio orgánico, que resultan, en buena medida, coincidentes con Carta precedente: el gobierno convoca al parlamento y lo instala, lo que en un esquema puro de división no tendría que existir (arts. 138 y 139). También resulta excepcional que el gobierno tenga iniciativa de ley (arts. 154 y 200); que comparta la aprobación de leyes con otros órganos (arts. 166 a 168); que el ejecutivo pueda recibir delegación de competencia legislativa (art. 150.10); que exista veto del ejecutivo, si bien bajo la forma local moldeada de *objeciones* presidenciales (art. 165); que exista promulgación y sanción de la ley por el ejecutivo (art. 166).

La inviolabilidad e inmunidad existe, pero en la práctica es bastante relativa (arts. 185 y 186); asimismo, existen incompatibilidades (arts. 181, 253, etc.), aunque no rigurosas, pues está muy afianzado algo que en el argot local se denomina «puerta giratoria», es decir, la libre migración de una rama a otra (políticos que van a la Rama Judicial o magistrados que van a la política). Y si bien no existe disolución del legislativo por el ejecutivo, ni elección del gobierno por el legislativo, el congreso

⁴⁴² Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Introducción de Francisco Ayala. México: Editora Nacional. 1961. pp. 217 y ss. Ha pasado mucha agua bajo el puente desde que Bolingbroke expusiera sus tesis precursoras de la doctrina de la separación de poderes en *The Craftsman*, en 1729. Mucho antes que Montesquieu, defendió el ideal según el cual ninguno de los tres poderes (el Rey, los Lores y los Comunes, en su caso) debería influir en los demás. Una de las «peculiaridades más felices de nuestra *Constitución*», decía, «consiste en que la suprema autoridad legislativa reside en tres órdenes distintos (el Rey, los Lores y los Comunes)», lo que «resulta esencial para preservar este sabio principio que ninguno de esos tres órdenes controle o influya en los otros dos, ya que de lo contrario se destruiría el Equilibrio de Poder, en el que se cimenta un Estado Libre, y se transformaría en una monarquía absoluta» (38). *The Craftsman*, Reprint, t. 6. p. 75, apud. Varela, J. «El debate constitucional británico en la primera mitad del siglo XVIII (Bolingbroke versus Walpole)». En: *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Época. Nro. 107. Enero-marzo 2000. Madrid (España). Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/246522811/Bolingbroke-Walpole>>. En nuestro caso vamos a prestar especial atención a la parte del test que se fija en la influencia del poder judicial en los otros poderes.

puede conocer de acusaciones contra el presidente por indignidad, y otorga anuencia también para perseguir criminalmente al presidente (arts. 174, 175, 178 y 235); y existe moción de censura (art. 135.9), lo que claramente constituye una excepción en el régimen presidencialista de gobierno. No existe derecho de gracia, pero el gobierno concede indultos por delitos políticos (art. 201.2); existen tribunales administrativos especiales (art. 237), el Consejo del Estado en este caso, en la medida en que, a pesar de ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su seno alberga una sala de consulta, consultiva del gobierno (art. 237.3); existe un poder de emplazamiento de comisiones permanentes del congreso (art. 137), pero sin dientes judiciales, que no alcanzan a perfilar comisiones parlamentarias de investigación; y existe, asimismo, una competencia político-jurisdiccional del congreso para encausar al presidente y a otros altos funcionarios (magistrados y fiscal general, art. 174).

Adoptamos el lenguaje francés, por supuesto; simpatizamos con el instrumento de la separación y la ideología que lo sustenta (garantía de los derechos), adoptamos las referencias doctrinales, pero el diseño concreto de relaciones interorgánicas expresan otra cosa y se expresan todavía en confusión de poderes, y esto lo decimos plenamente advertidos de que esquemas puros de división de poderes no vamos a encontrar en ninguna parte. Esa confusión se puede verificar muy nítidamente también en lo que respecta a la posición del poder judicial en ese esquema de la separación, como veremos adelante.

Sistema constitucional receptor de ideas encontradas

En el concierto de las naciones, Colombia no representa un modelo normativo de características definidas, y más bien se compone de múltiples influencias provenientes de la tradición de Occidente. Recibimos contenidos de *Leyes de Manu*, de Homero, de Grecia y Roma, tanto como de la cultura mosaica e indígena. La mayoría de esas ideas nos llegaron en forma abigarrada a través de las *Siete partidas* y el derecho castellano e indiano, y de la europea de la Revolución francesa

que, claramente, se tradujeron en ideas concretas discutidas en los procesos constituyentes locales que siguieron a la Independencia de España en 1810, procesos que algunos no dudan en considerar imbuidos de *cándido optimismo*.⁴⁴³

Constituciones ampulosas declaraban incorporar instituciones de la modernidad, mientras el cauce oculto del derecho indiano hacía lo suyo sin demasiado esfuerzo por evitar la realización práctica de tales esquemas de organización del poder. El tránsito a República independiente, en 1810, no modificó la manera de legitimar el poder político, siguió vinculada a la doctrina de las dos espadas. El sistema legal, como vimos, no solo no rompió, sino que afianzó el matrimonio sempiterno entre religión y derecho, entre Estado e Iglesia, entre El Vaticano y Bogotá. El constitucionalismo local ni siquiera se tomó el trabajo de fingir alguna diferencia, siguió adelante luciendo las ideas ilustradas que proyectaba la experiencia de la Revolución francesa, y procuró implementar su arsenal de instituciones modernas, a veces de matiz protestante, sin que tuvieran vocación de arraigo⁴⁴⁴ en el contexto de una sociedad trentina, igual que España, no fuimos herederos de la reforma protestante, sino de la contrarreforma.

Esa mixtura de influencias enfrentadas apareja consecuencias en la operación de nuestro sistema legal, que se muestran caóticas: un sistema constitucional receptor

⁴⁴³ Lopez Michelsen. *Op. cit.* pp. 9 y 10.

⁴⁴⁴ En los discursos de promulgación de la *Constitución* de 1886, se llamaba a poner fin a la «tarea de estériles ensayos» y se declara que «El estado y la Iglesia reconocen y deslindan amigablemente los títulos de la autoridad que en sus respectivas esferas recibieron de Dios para el bien temporal y espiritual de los pueblos, y las dos espadas místicas resplandecen como símbolos inseparables de justicia», según palabras de Juan de D. Ulloa, presidente del Consejo Nacional Constituyente que redactó la *Carta* de 1886. Cfr. Constitución de la República de Colombia, edición oficial, Bogotá, Imprenta de Vapor Zalamea Hs., 1886, pp. 61 y 62. Las dos espadas siguen presentes hasta nuestros días, pues desde el inicio de la Independencia hasta hoy, las constituciones han asegurado relaciones concordatarias con el Vaticano. Solo hasta 1993, a raíz de un debate en la Corte Constitucional, se declaró que, si bien el último concordato seguía en pie (Ley 20 de 1974), muchas de sus disposiciones resultaban inconstitucionales, en particular lo relativo a tratamientos tributarios preferenciales en favor de la iglesia católica, intervención de la iglesia en la educación, competencia eclesiástica exclusiva sobre las causas de nulidad y disolución del matrimonio canónico, destinación del presupuesto nacional para el sostenimiento de planteles educativos católicos, atención espiritual y pastoral exclusiva de los miembros de las Fuerzas Armadas y fuero penal de clérigos y religiosos (Sentencia C-027/93. M. P. Simón Rodríguez Rodríguez. Consultada en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-027-93.htm>>. No obstante que declaramos profesar la libertad de cultos, Colombia sigue invocando a Dios en su *Constitución* y su derecho ofrece características de marcada inspiración eclesiástica católica romana. Un cristo en la Sala Plena de la Corte Constitucional significa el recuerdo del acuerdo centenario entre Colombia y la Santa Sede: Redacción Judicial. Cristo en la Sala Plena de la Corte Constitucional «tiene un valor histórico». *El Espectador*. 23 de mayo de 2016. Consultado en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/cristo-en-la-sala-plena-de-la-corte-constitucional-tiene-un-valor-historico/>>.

de ideas encontradas que desencadenan consecuencias tremendas en el comportamiento de los modelos ideales que tomamos como brújula. A veces tenemos tantas excepciones a un principio, que confirman la regla en contrario.

Continuando con nuestro *test de la separación*, su aplicación debería permitir comprobar una influencia idealmente nula del poder judicial en el ejecutivo y el legislativo, pero no ocurre así en el caso colombiano, lo que será objeto de consideración más detallada a continuación, que trataremos del papel de la Rama Judicial, que viene desempeñando un rol supremamente confuso entre justicia, política y legislación. Sería posible plantear que esa confusión no constituye una realidad nueva, y que se trata de una confusión de roles que hunde sus orígenes también en el comportamiento de las autoridades de la época republicana, y todavía colonial. Y sería necesario comparar también esa realidad con el comportamiento que se espera de un juez racionalista, ligado a ideales modernos, entre ellos, al dogma de la separación de poderes y a la idea de constitución rígida, para hacernos a una opinión más segura. Veamos:

La llamada reviviscencia de normas

Los jueces deciden cuando una norma derogada regresa al sistema legal. Se trata de la llamada *reviviscencia*: ¿Qué pasa cuando la Corte Constitucional declara *inexecutable*, es decir, expulsa del sistema legal una norma que a su vez ha derogado a otra? Siempre se dijo que se producía un retorno automático de las normas derogadas; pero ahora se defiende una idea distinta: que esa consecuencia depende de una ponderación, frente al caso concreto, un argumento casuista:

La posibilidad de que una disposición que había sido derogada readquiera vigencia como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de la derogatoria no es automática y supone que la disposición que «revive» no sea

contraria al ordenamiento superior y además que ello sea necesario para asegurar la supremacía de la Constitución (Sentencia C-421-2006).⁴⁴⁵

A partir de ese fallo, son los jueces, y no una norma, quienes deciden si las normas regresan al sistema legal siempre a la luz de las circunstancias «especiales» del caso. Los criterios de *necesidad, ponderación de principios de justicia y seguridad jurídica*, los potenciales vacíos normativos que se generan, la oportunidad de reincorporar una norma a la vida legal, son justicia del caso concreto, que no está basada en reglas previas, ni ajenas al intérprete, sino en el juicio de un hombre, de los magistrados en este caso, a la mejor manera indiana, castellana y tomista. Es un caso en que se confían las llaves del sistema legal a la buena voluntad de los jueces, con la esperanza de que no serán presa de la intriga y convencidos de la ilusión de que los jueces no se equivocan. En un esquema de distinción de poderes y de *rule of law*, una competencia de estas características resulta ciertamente extraordinaria.

Jueces fijan efecto de las leyes

Los jueces deciden qué efectos asignan a sus propias decisiones, la administración no puede determinar los efectos de sus normas y actos administrativos, que vienen fijados previamente en la ley. El Congreso no puede otorgar cualquier efecto a sus leyes, y una larga tradición de límites al poder ha hecho posible numerosas reglas constitucionales que eviten arbitrariedades a ese respecto (irretroactividad de ley penal, por ejemplo). Pero la Corte Constitucional se considera por fuera de cualquier

⁴⁴⁵ La tesis vigente al respecto de la reviviscencia es que, *pima facie*, la inexequibilidad revive la norma anterior *siempre y cuando* esto sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la *Constitución*. La evolución de este efecto tiene dos momentos: un primer período entre 1950 y 2006, en el que los efectos de la inexequibilidad eran asimilables y equivalentes a los de la nulidad. Un segundo período, de 2006 hasta la actualidad, en el que se atribuyen efectos propios a la inexequibilidad, aunque ninguna norma lo diga, y que la distingue de las figuras de la nulidad y la derogatoria. Desde el 2006 se estableció la regla de que la reviviscencia no es automática y supone que la disposición que «revive» no sea contraria al ordenamiento superior y además que ello sea necesario para asegurar la supremacía de la *Constitución* (Sentencia C-421-2006), lo cual supone un juicio casuista, elástico y coyuntural en función de las circunstancias del asunto que se decide elasticidad que se pretende compensar con una *carga argumentativa* de justificar la reviviscencia y ponderar algunos principios al momento de determinar los efectos, lo cual nos pone en manos de los hombres y no de reglas. En 2010, la sentencia C-402 hizo un recuento de todo este proceso y agregó algunos criterios que habría que tomar en cuenta para excusar el hecho de que ciertas normas no revivan en determinadas circunstancias: la necesidad de anticipar posibles consecuencias de la reincorporación de una norma frente a los principios y valores constitucionales, por ejemplo. Ver también Sentencias C-608 de 1992, C-055 de 1996 y C-402 de 2010.

restricción: «Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste?» Pues «únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución» porque entre la Corte y la interpretación de la *Carta* «no puede interponerse ni una hoja de papel» (C-113 de 1993).⁴⁴⁶

Significa que hay un órgano en el marco del poder del estado que no tiene amarras, que decide sobre las consecuencias procesales de sus sentencias, discrecionalmente, tomando en consideración las de circunstancias concretas, discrecionalidad que da margen para definir si los efectos de una providencia van hacia el futuro o al pasado, o si implican diferir los efectos de la decisión (C-366 de 2011), so pretexto de conceder un plazo al Congreso de la República para que expida sus propias medidas legislativas. No hay manera de saber con anterioridad cuáles son los efectos posibles de una determinada providencia judicial porque no hay una norma que los asigne (la había, pero la Corte la declaró inexecutable), sino que el tema lo resuelve un hombre, un magistrado. Las llaves del sistema legal abandonadas nuevamente al caso concreto. La protección de la Constitución, de nuevo ligada a circunstancias especiales, y de nuevo conectada a la tradición casuista que nos conduce a santo Tomás, a la dispensa de las leyes, al derecho indiano y a la institución de *se obedece, pero no se cumple*; conectada también a nuestro derecho republicano y al casuismo posterior de don Andrés Bello.

Igual que en la tradición homérica, igual que en la institución romana de la *auctoritas*, son los hombres en este caso, no las normas, quienes resuelven el delicado asunto de cuáles son los efectos temporales de las decisiones de las

⁴⁴⁶ Sobre la *modulación* de los efectos temporales de sus fallos, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones: Sentencia C-113 de 1993, C-131 de 1993, C-226 de 1994, C-037 de 1996, C-055 de 1996, C-221 de 1997, C-737 de 2001, C-442 de 2001, C-619 de 2003, SU-037 de 2009, C-297 de 2010, C-252 de 2010, C-280 de 2014. El Consejo de Estado, institución perteneciente también a la Rama Judicial en Colombia, no se queda atrás y ha resuelto modular los efectos temporales de sus sentencias de nulidad en sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 6 marzo de 1992 (Rad. 3662), del 5 de agosto de 1994 (Rad. 5656), del 26 de junio de 1998 (Rad. 8812), del 5 de mayo del 2003 (Rad.12248), del 30 de noviembre del 2006 (Rad. 15333), del 6 de marzo del 2008 (Rad. 15952), y del 4 de junio del 2009 (Rad. 16085 y 16086).

autoridades públicas. Decisionismo, como cuando se afirma que las leyes que regulan los efectos de las sentencias judiciales son meras «hojas de papel», lo que nos trae a la memoria las prevenciones de los jóvenes tarquinos, que veían una amenaza en las leyes escritas.

Los jueces deciden sobre la reforma constitucional

El Congreso puede reformar la *Constitución* mediante los llamados *actos legislativos*, cuyo trámite supone un procedimiento especialmente agravado (art. 374). Y a la Corte Constitucional corresponde el control de tales actos, aunque «solo por vicios de procedimiento en su formación» (art. 241-1). Sin embargo, nuestros jueces advirtieron bien pronto de una «confusión» que teníamos con la lectura literal de esa norma, del 241-1, pues el juicio de constitucionalidad de los actos reformatorios de la *Constitución* incluye el análisis de la «competencia» del Congreso para realizar la reforma, y por esa vía afirmaron que el Congreso no podía «sustituir» la *Carta*, aludiendo a aspectos supuestamente intocables de la *Constitución* que, no obstante no existir norma que los registre, no pueden ser modificados, a pesar de la inexistencia de cláusulas pétreas o principios intangibles. Ahora, ¿cómo sabemos si un acto reformatorio de la *Constitución* excedió los límites de su *competencia*? Hay que acudir a principios y valores, al *bloque* de constitucionalidad, hay que atender al contenido axiológico de la reforma, hay que ver si la *Constitución* mantiene su «esencia», criterios estos, como se puede apreciar, bastante jabonosos, frente a los cuales debemos cerrar los ojos y considerar que no se trata de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformatorio de la *Constitución*, sino de un juicio formal de la actividad del órgano encargado de adelantar la reforma.⁴⁴⁷ Arena movediza de la política, el mundo de lo opinable, la gran oportunidad del casuismo, pues la *Constitución* no establece límites a las reformas del Congreso, ni la *Constitución* permite a la Corte hacer un

⁴⁴⁷ Ciertas providencias judiciales resumen la cuestión de la *sustitución* y de los límites al poder de reforma del Congreso de la República: Sentencias C-544 de 1992, C-339 de 1998, C-551 de 2003, C- 1200 de 2003, C-970 de 2004, C- 971 de 2004, C- 1041 de 2005, C- 588 de 2009, C-141 de 2010, C-574 de 2011, C-249 de 2012, C-053 de 2016, C-084 de 2016, Sentencia, C-094 de 2017, C-076 de 2018, C-245 de 2019 y C-198 de 2020.

control que no sea el de verificar procedimientos. De tal suerte, estamos sujetos a una discrecionalidad cuyo ejercicio correcto o arbitrario es imposible, porque no tiene regla previa y porque depende de la institución que la ejerce, de su buena voluntad y sentido de autorrestricción. Sin la cualidad sacerdotal de la Corte Constitucional, no puede el poder constituyente derivado entender de antemano hasta dónde puede llevar a cabo su tarea.

Solo las circunstancias del caso concreto y el beneplácito de un sector de la Rama Judicial definirán el futuro de cualquier reforma, lo que traduce una lógica de gobierno de jueces, que acarrea reparos de orden democrático y consecuencias definitivas en el entendimiento de la separación de poderes, dado que el alcance de los poderes del juez constitucional se volvió facultativo para la autoridad que los detenta.

La *sustitución de la Constitución* puede ser enfocada también como una ideología sobre la noción de la soberanía, camino por el cual se le cambia de titular sobre la base de la existencia de competencias *implícitas* para controlar judicialmente las reformas constitucionales aprobadas por el legislativo. Como no se trata de competencias explícitas, asignadas según el principio clásico de legalidad al tenor del cual las autoridades solo pueden hacer lo que les está autorizado, estamos, ciertamente, en un escenario de acaparamiento de poderes que tiene el efecto inmediato de banalizar el poder constituyente. La Corte, presa del síndrome del emperador, asume que el poder constituyente es ella, no el Congreso.

Si los jueces tenían ya la llave del sistema jurídico fijando los efectos de sus decisiones, agarran de este modo la llave del sistema político y desplazan la soberanía a su centro de poder desbalanceando agresivamente su posición frente al Congreso y al Gobierno. Síndrome del emperador, se diría: privilegios institucionales desmesurados sin que ninguna otra institución puede detener o controlar. El impacto es profundo: el poder constituyente *originario* es un monstruo que duerme, pero el despertador es de los jueces, no es ya del congreso. Un *vulnus* de nuestra democracia; un invento jurisprudencial que permitió a los jueces agarrar

la llave del sistema político y desplazar la soberanía a su centro de poder. Un trauma del sistema democrático que hace inviable la distinción de poderes. Podríamos decir que un daño cerebral de nuestro constitucionalismo.

Incursión del neoconstitucionalismo: el legislador como adversario

En Colombia, las nuevas corrientes son como escapularios, dijo alguna vez Gutiérrez Girardot.⁴⁴⁸ Resulta asombroso verificar la cantidad de bibliografía en nuestras bibliotecas alrededor del concepto de *neoconstitucionalismo*, a la que se suman tesis, memorias de eventos y ensayos sobre las conexiones entre neoconstitucionalismo con ordenamiento jurídico, democracia, globalización, posmodernidad, interpretación, desobediencia civil, garantismo, procesos constituyentes en Latam, estado de derecho, teoría del derecho, activismo judicial, argumentación jurídica, proporcionalidad, políticas públicas, derecho privado, actividad notarial, derecho sindical y hasta con el concepto tomista de «bien común» [...].⁴⁴⁹ Algunos creen ver, en vez de

⁴⁴⁸ «Las nuevas corrientes son como escapularios. Y como no se las conoce adecuadamente, como no se las pone en tela de juicio, puede ocurrir también que se conserven como reliquias sagradas corrientes y teorías que hace tiempo perdieron la validez de lo que proponían. En este curioso mercado de escapularios y reliquias, en esta feria de vanidades, de dogmas, el pensamiento ha sido degradado al ornamento intimidante y a la simulación». Gutiérrez Girardot, R. *La encrucijada universitaria*. Colección Asoprudea, GELCIL. Medellín: Grupo de Estudios de Literatura y Cultura Intelectual Latinoamericana, 2011, p. 103. Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/127013766/106108040-La-Encrucijada-Universitaria-Rafael-Gutierrez-Girardot-1>>.

⁴⁴⁹ La doctrina del neoconstitucionalismo ha sido desarrollada profusamente en Colombia, como indica esta muestra: Carbonell, M. & García Jaramillo, L. *Cánon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, 2010, Bogotá; Bernal Pulido, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia, 2009, Bogotá; Bernal Pulido, C. *El neoconstitucionalismo al debate*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2007, Bogotá; Pino, G. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia, 2014, Bogotá; Rodríguez Garavito, C. *La globalización del estado de derecho*. Universidad de los Andes, 2009, Bogotá; Sánchez Novoa, P. «Estado social de derecho frente al neoconstitucional». En: *Revista Jurídica Justicia*, No. 22, Universidad Simón Bolívar, 2012, págs. 191-212, Barranquilla; Hoyos Rojas, L. *El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado*. Revista de Derecho Privado, Vol. 27, No. 47, 2012, Bogotá; Espinosa Pérez, B & Escobar Martínez, L (ed.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado*. Pontificia Universidad Javeriana, 2008, Bogotá. Hoyos Rojas, L. *Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel: modelo de interpretación e identificación de derechos fundamentales en Colombia y América Latina*. Editorial Temis, 2015, Bogotá; entre varios otros, pues, para hacerse a una idea, solo la biblioteca de la Universidad Externado en Bogotá arroja alrededor de 350 libros recientes, mientras que la misma búsqueda en la Universidad de los Andes, arroja 253.

Una equivalencia de neoconstitucionalismo entre nosotros denominada «nuevo derecho» fue criticada a comienzos de los años noventa como un «panconstitucionalismo», como una «intoxicación constitucional». Cfr. Sáchica, L. *La Corte Constitucional y su Jurisdicción*. Editorial Temis, 1993, Bogotá.

Un reciente tratamiento del estado de la cuestión en Europa, a la cabeza de Manuel Atienza y alrededor de la figura señera de Luigui Ferrajoli: Luigui Ferrajoli, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, entre otros: Cfr. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 34, 2011. Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8h0c6>>.

El neoconstitucionalismo tiene distintas versiones: como el positivismo de nuestros días o como una vertiente de las teorías naturalistas del derecho, según explica Comanducci, uno de los más consistentes teóricos de la materia: Cfr. Comanducci, P.

neoconstitucionalismo, algo que denominan «nuevo constitucionalismo latinoamericano».⁴⁵⁰

Guastini es referencia obligada en este punto, Neoconstitucionalismo alude a un fenómeno de «constitucionalización del ordenamiento jurídico», que lo transforma y que lo deja completamente «impregnado» por normas constitucionales.⁴⁵¹ Este fenómeno, asociado doctrinalmente entre nosotros a Robert Alexy, Zagrebelsky, García de Enterría y Prieto Sanchís,⁴⁵² ofrece ciertas condiciones sin las cuales «no es ni siquiera concebible», a saber: una constitución rígida, la garantía judicial de la constitución, la fuerza vinculante de su constitución, la aplicación directa de normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes, la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas y una visible sobreinterpretación.

La fenomenología de Guastini está amoldada al escenario constitucional italiano y europeo de la segunda posguerra, pero el trasplante de doctrinas siempre cobra su peaje como advierte Picarella: el neoconstitucionalismo que viene de Europa se

Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, M. (coord.) Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta, 2003, págs. 75-98, España.

⁴⁵⁰ Término usado en el Congreso Internacional Tendencias actuales del Constitucionalismo en América Latina, celebrado en Pamplona los días 3 y 4 de noviembre de 2011; Autor: Claudia Storini, José Francisco Alenza García (directores). (2012). Editor: Cizur Menor: Aranzadi. Martínez Dalmau también lo usa, como veremos más adelante.

⁴⁵¹ «Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales». Cfr. Guastini, R. Estudios de Teoría Constitucional. Edición y presentación Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2001. Pp. 153-154.

⁴⁵² «Asimismo, una particularidad concreta del Estado Social de Derecho que introdujo el Constituyente de 1991, respecto del marco constitucional anterior, es que la *Constitución* además de ser suprema en el ordenamiento jurídico, tiene carácter vinculante o fuerza normativa, lo cual significa que vincula a todo el poder público. Dicho en otros términos, no es apenas un referente formal o retórico en el sistema de fuentes formales del derecho, sino que se trata de una verdadera norma jurídica. Carácter vinculante de la *Constitución* que, para el neoconstitucionalismo, significa que además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Por tal razón, puede afirmarse como lo hace el profesor Luis Prieto Sanchís, «que los documentos adscribibles al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata». Corte Constitucional. Sentencia T-267/10. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Consultada en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-267-10.htm>>.

Obras doctrinales muy influyentes de los autores mencionados en Colombia:

- Alexy R. Teoría de La Argumentación Jurídica: La Teoría Del Discurso Racional Como Teoría de La Fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Zagrebelsky G. El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia. Madrid: Editorial Trotta, Comunidad de Madrid. Consejería de Educación y Cultura, 1995.
- García de Enterría, E. La *Constitución* como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

pone en Latinoamérica bajo la presencia «desenfrenada de mil matices sociales» que hacen que «la confrontación con las expectativas generadas» tanto como el «resultado de la traducción de la teoría a la práctica política no siempre da resultados consistentes, como se espera».⁴⁵³ Tales matices sociales nos invitan a considerar los aspectos idiosincráticos propios de nuestra tradición, que influyen en la manera como asimilamos la oferta neoconstitucional, que indican que a pesar de tener una constitución nominal y semánticamente «rígida» (Bryce/Lowenstein), nuestro país no puede evitar su modificación endémica, lo que dice mucho sobre la precariedad de su fuerza vinculante y el carácter flexible y elástico de sus normas; y que a pesar de haber garantía judicial de la *Constitución* y aplicación directa de normas constitucionales, esa garantía queda subordinada a una dinámica de funcionamiento de un sistema legal casuista y de un problemático sistema de control de constitucionalidad de doble alcance difuso y concentrado. El *neoconstitucionalismo*, de acuerdo con las advertencias de Guastini, es un vestido que pueden lucir orgullosamente las constituciones resistentes y fuertes, pero ofrecen aspecto muy distinto en el cuerpo de constituciones frágiles e inestables que operan en ambientes de reformismo como el nuestro.

La sobreinterpretación, entre nosotros, lleva necesariamente a una actividad destructiva del poder legislativo, cuyo sentido disminuye cuando es la sentencia y no la ley la que da la solución, cuyo prestigio disminuye cuando debe ejecutar fatalmente las directrices del juez de sus productos normativos y cuando su papel como intérprete de la Constitución bajo el tradicional mecanismo de la *interpretación auténtica* cede el paso a lo que ahora se denominan «sentencias moduladas». Esto transmite también una idea devastadora acerca de la jerarquía del ordenamiento jurídico. La interpretación intensiva impacta, asimismo, las condiciones de estabilidad del sistema legal pues una norma nunca será una norma, sino un

⁴⁵³ Picarella: Il pensiero europeo nel costituzionalismo latinoamericano. Una linea di lettura. Rubbettino Editore. 2015. Disponible en: <<https://www.amazon.it/pensiero-europeo-costituzionalismo-latinoamericano-lettura/dp/8849844654>>.

proyecto de norma, hasta que el juez no la bendiga; y una autoridad competente nunca lo será definitivamente hasta que un juez reconozca su autoridad exclusiva.

Es un ambiente en el que se ve al legislador como adversario y se pone al principio de legalidad bajo sospecha. La norma no basta, requiere del juez. Mientras tanto, es mero insumo de la interpretación; esta puede ser una buena explicación por la que el litigante en Colombia intuye que casi cualquier solución jurídica es posible.

La garantía judicial de la *Constitución* y la llamada *interpretación conforme*, en ese panorama, se traduce en la resistencia del juez constitucional a someterse a códigos procesales (a los que considera en Colombia «hojas de papel») que son precisamente los que establecen la diferencia entre hacer actividad jurisdiccional y actividad política. Se traduce también en la disminución del grado de certeza del derecho, derivada de la técnica de la ponderación de un tipo normas marcadas por el casuismo y la fugacidad. Este ambiente en que las instituciones dejan de tener responsabilidades de interpretación constitucional favorece a un dueño protagonista en el esquema de funciones del Estado, una Corte.

Las implicaciones de este panorama en la distinción entre poder constituyente y poder constituido, y en la comprensión del principio de la distinción de poderes ¡saltan a la vista!, y las posibilidades de que el neoconstitucionalismo se transforme en algo que no es en Europa, son palpables: proselitismo político revestido de lenguaje jurisdiccional; instrumentalización de jueces para propósitos electorales; minorías que en lugar de su inclusión, buscan imponer sus concepciones; consiguiente distanciamiento del juez de la sociedad; satanización de las mayorías; funcionarios judiciales que se autohabilitan so pretexto de reaccionar al método silogístico; jueces redentores (cruzadas) y, en últimas, mandarínismo judicial con autopista despejada para legislar.

Consecuencias todavía más arriesgadas cuando se mezclan con nuestro constitucionalismo laxo: que el juez no media entre las partes, sino entre el hecho y

el derecho; que es inútil poner límites al poder de interpretación de los jueces en vista de la inevitable subjetividad en la elección del método; que hay un «margen de disposición del juez» en la definición del derecho aplicable,⁴⁵⁴ competencias implícitas que promueven las opciones políticas y culturales del juez; propósito de socavar la casación como instrumento de disciplina judicial (lo que promueve el *choque de trenes* entre nosotros); delegaciones implícitas en el poder judicial y representaciones del juez como un «contrapoder», no en el sentido de control procesal de las decisiones políticas, sino de contrincante en el principio de la distinción de poderes y adversarios de la legalidad.

El neoconstitucionalismo entre nosotros hace de la *Constitución*, por nuestra peculiar idiosincrasia, un campo de batalla diario, de laxitud, de todo vale, de relativismo. Cuando se suponía que la *Constitución* sacaba temas de debate de cada administración, de cada gobierno, de cada coyuntura, el neoconstitucionalismo permite regresarlo al dominio del casuismo y de la política diaria, caldo de cultivo para jueces redentores de móviles sociales y sesgos políticos en el ejercicio de sus competencias.⁴⁵⁵ Una sobreinterpretación de la Constitución, un derecho constitucional «invasivo» basado en interpretaciones radicalizadas contra el monstruo del *legicentrismo* y el cáncer del *formalismo interpretativo* conecta rápidamente con la idea de que el derecho no es autosuficiente, que está plagado de indeterminaciones lingüísticas, lo que implica jueces que aclaren; conecta con la

⁴⁵⁴ «Admito que la Corte legisla», respondió en una entrevista un conocido expresidente de la Corte Constitucional y luego candidato presidencial. *El Tiempo*, Archivo Digital, 2 de julio de 1996. Consultado en: <<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-447732>>.

⁴⁵⁵ Una versión del neoconstitucionalismo en Colombia defiende un «posicionamiento» del juez y del fiscal «frente a los problemas sociales y políticos», lo que incluye la defensa de un nuevo paradigma de jurisdicción «moderadora de los poderes constituidos, incluido el poder legislativo», y una consideración según la cual «la sujeción del juez a la ley ya no lo es a la letra de ésta... sino sujeción a la ley en cuanto válida»; y también la necesidad de «saldar cuentas con cierta cultura jurídica basada en la herencia del viejo positivismo dogmático y formalista». Los jueces «no están ligados a la ley y sólo a la ley, su actividad es creadora, y no pueden seguir siendo educados para la repetición mecánica de un empobrecido sistema de nociones jurídicas desproblematizadas», sino que obtienen su legitimidad por el ejercicio en cada uno de los actos propios de su oficio, lo que nos confirma el enfoque casuista de esta perspectiva en la aplicación de normas generales. Obediencia a la ley implica «desobediencia a lo que no es la ley» (¿tomismo?), a condición, eso sí, de que la decisión sea «honesta en el plano intelectual, adoptada en conciencia»: esta sería la garantía de que la función jurisdiccional será correctamente ejercida en este enfoque. Ibáñez, P. *Cultura constitucional de la jurisdicción*. Gloria María Gallego y Juan Sotomayor (coord.). Bogotá: Universidad EAFIT, Siglo del Hombre Editores, 2011. El neoconstitucionalismo sería una respuesta al «militarismo estatal de los años 60», como se lee también en: Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo Transformador*. El estado y el derecho en la *Constitución* de 2008. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

idea de que el derecho no es programable y se pinta un cuadro infernal sobre la «fe irrestricta» en el dogma de la ley y el juez mecánico, de lo que salta a la vista la necesidad imperiosa de jueces creativos ante quienes toda solución es posible y toda decisión es reversible. Las normas en este contexto son para «tener en cuenta», no para resolver casos; y, más refinadamente se le dirá al juez que la sentencia no es un acto de puro conocimiento, lo que le habilita para liberarse del derecho.

El neoconstitucionalismo desconfía de la legalidad y conduce directamente al gobierno de los hombres, que no por tener toga, dejan de serlo; que no por tener toga, están curados contra el narcisismo, la vanidad, el egoísmo, la soberbia, la obsecuencia, la arrogancia, la tentación de obtener visibilidad política y mediática.

Abandonados al sentido de autorrestricción del juez y a su sentido de templanza, el neoconstitucionalismo provee la carrocería en nuestro ambiente a perspectivas de derecho emancipador y de uso alternativo del derecho. En medio de un constitucionalismo líquido, un neoconstitucionalismo, también «líquido», se apega fácilmente a una cultura constitucional de compromisos débiles con ideas fijas, determinado por una tradición repelente a la idea de *Constitución* estable, y en la que los jueces de la época hispánica venían representando un doble papel jurisdiccional y legislativo, en un sistema legal sin referentes normativos seguros, y propenso al derecho de las circunstancias. La *Constitución* de Colombia no logra vincular a los poderes públicos a pesar de lo que pretende formalmente, y por ello no se cumplen las condiciones de Guastini.

Neoconstitucionalismo se refiere a lenguaje y doctrina constitucional moderna, una vez más, pero la expectativa de vida de las normas en Colombia (las constitucionales más visiblemente) no sirven de pedestal ni conectan con la idiosincrasia social colombiana. Serrano sostiene que Colombia no tiene paciencia ni rigor para grandes propósitos ni metas de largo plazo, que es una sociedad cortoplacista en la que los ciudadanos piensan que las cosas se van resolviendo

por el camino; que es una sociedad que no conoce su pasado y que no sabe de dónde viene, como es evidente en nuestro enfoque frente al derecho indiano; que nuestra cultura habla de una evidente condición migratoria de sus habitantes, que no empezó con la Independencia, y que imprimió una nación en la que todo es provisional e incierto: la *provisionalidad* como eje distintivo de la vida colombiana, el casuismo, que dio como resultado una nación adaptable a los cambios, una condición camaleónica de los colombianos, siempre acomodaticios en función de condiciones que eternamente consideramos cambiantes. También a nivel legal reflejaríamos estas características.⁴⁵⁶

Fuerza normativa: exigencia vital del neoconstitucionalismo de Guastini, pero la fuerza normativa de nuestra *Constitución* no consigue sacar los temas constitucionales del debate diario.⁴⁵⁷ El neoconstitucionalismo, trasplantado a Colombia, ofrece la garantía de la supremacía de la *Constitución*, pero, la oferta viene a cambio de la mera buena voluntad de los jueces,⁴⁵⁸ de una preeminencia de hombres, y asegura, en favor de una rama del poder, la hegemonía sobre todo el establecimiento. Jueces legisladores, desconfianza hacia la legalidad: ¡gobierno de los hombres!

⁴⁵⁶ Serrano, quien rastrea nuestro pasado hasta la sociedad indiana, y todavía hasta el sur de España para la época de Descubrimiento de América, opina que el conocimiento del pasado «estorba» en Colombia, y nos atribuye idiosincráticamente actitudes de «lentejismo político» local que evocan a Esaú quien cambia todo por un plato de lentejas (Génesis 25:27-34). Atribuye al colombiano una condición camaleónica de querer congraciarse constantemente con las autoridades, de interpretar la ley de un modo acomodaticio «y considerar que no es tan grave infringir la ley en un determinado momento». Recuerda que «acomodarse y arrellanarse unos a otros era característica de las sociedades del sur de España en la Edad Media», en fin, los principios por las conveniencias personales, en un ambiente en el que la lealtad es el resultado de una valoración de costo y beneficio. Cfr. Serrano, E. *¿Por qué fracasa Colombia? delirios de una nación que se desconoce a sí misma*. Bogotá: Editorial Planeta. 2016. pp. 17 y 105.

⁴⁵⁷ Martínez Dalmau distingue neoconstitucionalismo de «nuevo constitucionalismo latinoamericano», marcado de cualquier forma por el colapso de la capacidad reguladora de la ley y la pérdida de unidad y coherencia de las fuentes del derecho: «Sin llegar a ser códigos, las nuevas constituciones [latinoamericanas] se rebelan contra la brevedad, tan aclamada desde la época nominalista y que, en buena medida, es una constante en el constitucionalismo en general, y en el norteamericano en particular». Cfr. <http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube;ún-Marti;únez-Dalmau.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf>.

⁴⁵⁸ Sieyès, en las «épocas eléctricas», se había ocupado de los riesgos de un escenario como este, del establecimiento de un tribunal constitucional no sujeto a actuaciones regladas, sin freno, abandonado a la sola ilustración del magistrado, a la «simple voluntad del mecánico». Enmanuel Sieyès. *Escritos y Discursos de la Revolución*. Edición, Traducción y Notas de Ramón Máiz. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. 1990. pp. 275 y ss.

Jueces determinan sus propias fuentes del derecho

La Corte Constitucional nos acostumbró a la idea de que existen normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros en el control de constitucionalidad de las leyes (C-225 de 1995), camino por el cual otorgó rango normativo superior a variados estatutos normativos repletos de infinidad de normas, como es el caso de las leyes orgánicas que regulan la actividad congresional y de las leyes estatutarias (C-191 de 1998), que están por debajo de la *Constitución*, generando debates completamente inciertos sobre un supuesto bloque en *sentido amplio* contra uno en *sentido estricto* (C-578 de 1995). Y, como es el caso de los tratados de derechos humanos en cuanto prohíben la limitación de derechos humanos en estados de excepción, de todo lo cual se derivan consideraciones de jerarquía y prevalencia de todos esos estatutos respecto de la *Constitución*, que terminan por confundir al intérprete, alejar al juez de la *Constitución* formal y llevar a una respuesta del caso a caso para la definición de controversias de constitucionalidad, de determinación de cuáles normas de entre las internacionales, por ejemplo, forman parte de ese bloque, incorporando debates sobre el *ius cogens* (C-802 de 2002), normas consuetudinarias y convencionales del derecho internacional humanitario (C-291 de 2007), «normas intermedias» (C-423 de 1995), acuerdos normativos regionales (C-1490 de 2000), propiciando toda clase de reenvíos a normas de distinta jerarquía. La doctrina del «bloque de constitucionalidad», al remitir a normas sin rango constitucional que tienen la particularidad de representar parámetros para analizar la validez de las leyes (C-774 de 2001), diluye el concepto de código constitucional, vaporiza las fuentes del derecho y las deja en obra negra, socava la distinción entre órgano constituido y poder constituyente, aumenta el nivel de litigiosidad constitucional, expande opciones de judicialización de la política y concreta la idea de que la *Constitución* es lo que los jueces dicen que es, no lo que la *Constitución* declara.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ En Colombia no hay postura crítica frente a este fenómeno. Más bien comodidad: «En muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que, por expreso mandato

Si la idea de código buscaba idealmente separar a los jueces de la legislación,⁴⁶⁰ hablar de «bloque» supone una escapatoria, y demuestra una vez más el fracaso de las codificaciones modernas que promovían instrumentos legislativos coherentes en sí mismos de acuerdo con las expectativas que generó el período histórico napoleónico con el *Código Civil* de 1804 y que rechaza esquemas abiertos de fuentes del derecho. Ese fracaso por contera se le transmite a Andrés Bello, quien promovía ideas similares y que consideraba indispensables para hacer valer los principios liberales, igualitarios y de estabilidad de la propiedad privada. Colombia es resistente a los códigos, como el resto de países de nuestro entorno y de pasado indiano, y muestra preferencia por el particularismo jurídico, no leyes únicas, y en cambio muchas regulaciones locales, como es el caso de esa doctrina jurisprudencial del bloque de constitucionalidad. No hay una sistemática, no se admite un estatuto constitucional exhaustivo de su materia constitucional. El juez presiente que no encontrará en la *Constitución* todo lo que necesita para juzgar. Se esperaba que la función unificadora de la *Constitución*, que corresponde al órgano que la interpreta, se llevara a cabo debido a la función unificadora de ese código superior, pero al destruir el sentido codificador del constituyente de 1991, esa función unificadora se desmorona y nos conduce de vuelta, inexorablemente, al ritmo de nuestra tradición indiana.

Una doctrina así ofrece problemas adicionales: tiende a hacer más complicada la interpretación al pretender que la autoridad de la *Constitución* es igual a la de otros

constitucional, tienen rango constitucional. El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional». Uprimny, R. *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. DeJusticia, 2005. Versión magnética: <<https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>>. La definición jurisprudencial es esta: «El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la *Constitución*, por diversas vías y por mandato de la propia *Constitución*. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu». Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consultada en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>>.

⁴⁶⁰ Jhon Henry Merryman y Rogelio Pérez-Perdomo. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2017. pp. 62 y 63.

instrumentos legales de similar nivel. La doctrina del bloque nos traslada, o nos devuelve, a un mundo sórdido de fuentes del derecho, regido por un mundo sórdido de hombres que las definen en el caso a caso.

Una mixtura de influencias enfrentadas en el sistema legal colombiano, un sistema constitucional receptor de ideas contradictorias que desencadenan consecuencias tremendas en el desempeño de nuestras instituciones, que ameritan análisis posteriores, pero que no dejaremos de mencionar.

Las reformas constitucionales de los jueces: mutaciones constitucionales

En paralelo a las reformas constitucionales del Legislativo, muy constantes como hemos dicho, también ocurren reformas de la *Constitución* al margen de los procedimientos previstos. Se trata de un fenómeno poco estudiado, y verdaderamente descuidado, cual es el de las reformas constitucionales de los jueces, que imponen interpretaciones agresivas, dejando indemne el texto de la norma reformada. No se cambia el texto, pero se transforma su sentido sin disimulo. Las constituciones pueden abrogarse, subrogarse, añadirse o, en el caso colombiano, mutarse. Es este un pretexto en el que convergen más visiblemente política, jurisdicción y legislación en temas coyunturales de orden nacional, en los que subroga el papel del legislativo e incluso, se le ordena en paralelo al Congreso de la República en qué sentido legislar.

Reformas a discreción de la Rama Judicial, mediante sentencias, bajo sus propias condiciones, contra la letra, despreciado la interpretación literal, liberada de ataduras metodológicas, empleando intensivamente criterios teleológicos en su tarea interpretativa es algo que amerita un análisis especial. No se trata de actualización de normas en largos horizontes de tiempo ni siquiera, sino de solución de controversias actuales que se antojan necesarias en la perspectiva de la Corte Constitucional. Jellinek había estudiado este asunto y partía de un escenario en que el llamado *derecho de los jueces* era apenas un anuncio hace 114 años, que dictó

su famosa conferencia sobre el tema, razón por la cual otorgaba mayor relevancia a las mutaciones legislativas y administrativas que a las judiciales, y se sentía tentado a presentar las judiciales como mutaciones involuntarias, pero las ligaba en todo caso al desprestigio de los parlamentos y su «tendencia creciente a ceder su poder a otros que brotan de ellos, o que están en contacto con ellos o a disminuir su importancia política».⁴⁶¹ Jellinek, por tanto, no podía proveernos la respuesta a cuestiones centrales referidas a la mutación de normas en manos de la justicia. Si debe concederse a los jueces ese poder, y si es así, bajo qué límites; cómo evitar que por esa vía se imponga la agenda de minorías o grupos que formen mayorías casuales en el seno de un tribunal judicial; cómo evitar un cambio de régimen por esta vía. Dueña de la interpretación de la *Constitución*, en un ambiente de crisis de la representatividad, nuestro país se gobierna así: frente a 360 parlamentarios, un grupo de 9 personas que integran la Corte Constitucional constituyen el centro de gravedad del Estado. Y mientras el Congreso reforma la *Constitución*, se hacen debates y publicaciones, y se invierten ingentes recursos en ese propósito, la Corte Constitucional logra las reformas de este modo, sin tanto alboroto, de un día para otro.⁴⁶²

Cuando se expone a cualquier reforma, vía sentencias, bajo el pretexto de estar desentrañando su sentido, el valor de la constitución disminuye, constitución débil, versátil, maleable, líquida: «el Tribunal Constitucional no debe poseer el derecho de reformar por sí mismo la Constitución; ello sería encomendarle, de hecho, el Poder

⁴⁶¹ Georg Jellinek. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Traducción de Christian Förster. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991. p 58.

⁴⁶² Un ejemplo es la *sentencia sobre el principio de obediencia debida*. Ningún agente público en Colombia se exime de responsabilidad legal alegando un mandato superior. Estaban exceptuados de esta regla los militares, en virtud del principio de obediencia debida. La excepción, sin embargo, fue derogada mediante reforma constitucional ocurrida por mutación del contenido del inciso segundo del artículo 91 de la *Constitución*. En la sentencia C-578 de 1995, en efecto, la Corte Constitucional «rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno», criterio que la condujo a rechazar la norma constitucional que el poder constituyente había adoptado en 1991, y a establecer en su reemplazo la obligación de desobedecerla, por la vía de una interpretación condicionada de las normas legales que atañen al régimen disciplinario de las fuerzas militares, manteniendo intacta la letra del artículo 91. La cuestión relevante para nosotros no es la justicia de la decisión, ni tampoco definir si existían alternativas de solución del asunto a nivel dogmático penal, sino la de verificar la realización de una reforma constitucional por fuera de los canales establecidos para ello. Otros casos: la C-075 de 2007 sobre unión marital de hecho, la C-577 de 2011 y SU-214 de 2016, sobre matrimonio igualitario, y algunos fallos que se refieren a la autohabilitación de competencias por la misma corte constitucional, como en el caso de sustitución de los controles por sustitución de la *Constitución* y de fijación de los efectos de sus propias decisiones, como ya hemos comentado: se hace una reforma constitucional sin tocar la letra.

Constituyente». ⁴⁶³ La Corte Constitucional muestra, a veces, los ribetes de un poder constituyente permanente en el ambiente de una *Constitución* sin garantía de estabilidad frente a su propio guardián, versátil, maleable, líquida.

Aversión a la metodología: el estado judicial

Se impuso la idea de que interpretar la Constitución es diferente a interpretar la ley, lo que exigiría un kit de herramientas metodológicas originales. Por la vía de afirmar que las normas constitucionales y las del resto del sistema legal, cada una, tienen características propias, el juez constitucional acude a la escapatoria de los controles propios de la actividad jurisdiccional, en perspectiva que nos trae el recuerdo de los colegios sacerdotales del mundo de las *XII Tablas*. Sin diadema ni manto real, pero liberados de leyes metodológicas y de principios metódicos generales, la interpretación queda sin límites, y se acerca cada vez más a un *statu quo* que envía mensaje antidemocrático, y que hace pensar que, si la historia del constitucionalismo moderno se enfoca en la forma de controles al ejecutivo y al legislativo, en la actualidad tendría que enfocarse en la forma de cómo controlar la actividad legislativa de los jueces. La interpretación de la constitución por fuera de la metodología clásica responde más rápidamente a los cánones de un acto piadoso, de un acto de devoción, esta vez sin el Cristo de la pared, sin el fuego, como en la interpretación de los libros sagrados o en la clarificación de los santos dogmas. ⁴⁶⁴

⁴⁶³ Sieyès, sobre las atribuciones y organización de un Tribunal Constitucional, en: *Op. cit.* p. 284.

⁴⁶⁴ El profesor y exrector de la Universidad de Konstanz, Bernd Rüthers, nos acerca al problema de la interpretación sin límites, de la judicatura como botín, del excesivo activismo, del derecho degradado, de la predisposición ideológica y las oligarquías judiciales que florecen cuando prevalece una deliberada falta metódica de principios, y cuando se quiere explicar la acción legislativa de los jueces con argumentos ficticios. Cfr.: Bernd Rüthers. *La Revolución Secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*. Traducción e introducción de Francisco J. Campos Zamora. Marcial Pons, Madrid, 2020.

Sobre la desvalorización de los métodos clásicos de interpretación en la jurisprudencia constitucional en Colombia, Cfr.: Juan Carlos Moncada. «La Corte Constitucional colombiana. Debate sobre su actividad interpretativa y colegisladora». En: *Revista Visión Jurídica*. Edición no. 7, año 6, febrero de 2017. Bogotá (Colombia). pp 29-60.

¿Y a los jueces quién los ronda?

Los jueces son jueces constitucionales de las leyes que los limitan (Corte Constitucional, art. 241); son jueces disciplinarios de los políticos (Consejo de Estado, art. 237-5); también funcionan como jueces penales (Corte Suprema de Justicia, art. 235), y son jueces de los asuntos electorales (Consejo de Estado, art. 237-1), al tiempo que ellos mismos, los juzgadores, responden a un sistema de control de resultados prácticos comprobadamente ineficaces,⁴⁶⁵ hasta llegar a un punto en que la Corte Constitucional, en alguna sentencia, se ha liberado ella misma y a los miembros de las demás altas Cortes, hasta del control disciplinario.⁴⁶⁶ Hay que admitir que este panorama, que bajo la *Carta* de 1886 no era muy distinto (art. 102-4), conecta muy bien con nuestra tradición indiana y llega hasta las

⁴⁶⁵ «El alto número de denuncias en contra de miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura desentona con la lentitud del trámite y la ausencia de sanciones». Guevara, C. «Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia». *Estudios Socio-Jurídicos*, 2015, 17(2), págs. 45-78.

«A partir de la información recibida por la Comisión el 4 de diciembre de 2013 como respuesta a un derecho de petición enviado a la entidad, son 3.496 procesos los que han sido puestos en conocimiento de la Comisión desde el año de 1992; el 42% son denuncias contra magistrados de las altas Cortes, el 30% contra el Presidente de la República y el 28% corresponde a denuncias contra la Fiscalía General de la Nación». Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del trabajo realizado por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes en Colombia. 2018. Consultado en: <<https://cej.org.co/sala-de-prensa/justiciometro/balance-del-trabajo-realizado-por-la-comision-de-investigacion-y-acusacion-de-la-camara-de-representantes-en-colombia/>>.

⁴⁶⁶ Tenemos abundante bibliografía sobre el anquilosado mecanismo de responsabilidad de los magistrados de las altas cortes en Colombia:

«¿Qué tan responsables son los altos jueces de la Corte Suprema de Justicia (CS) y del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia (CSJ)? Es esta la pregunta que intento responder en este documento. La respuesta que formulo es que, pese a la existencia de un número importante de arreglos institucionales que buscan hacer que los altos jueces den cuentas de sus actos, estos son débilmente responsables. La fractura en el sistema de control debe rastrearse a partir del funcionamiento inadecuado del órgano que por mandato constitucional controla a los aforados: la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes». Guevara, C. «Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia». *Estudios Socio-Jurídicos*, 2015, 17(2). pp. 45-78. Universidad del Rosario. «Debe precisarse que en un Estado Social de Derecho todo servidor público está sujeto a un control, que debe ejercerse sobre todo funcionario sin discriminación alguna. Empero, la Corte Constitucional, con apoyo en una interpretación acomodada de las normas constitucionales, se ha librado a ella misma y a los demás miembros de las altas cortes, del control disciplinario que se pudiera ejercer sobre ellos». Cfr.: Gómez Pavajeau, C., Farfán Molina, F. «El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales». En: *Revista Derecho Penal y Criminología*. 2015. 35(101), pp. 87-132. Universidad Externado de Colombia.

Así las cosas, la responsabilidad de estos funcionarios se confía a un mecanismo declaradamente ineficaz a cargo del Congreso, sustanciado por los congresistas que lo integran, que al mismo tiempo están sujetos a la competencia de las altas Cortes a nivel disciplinario (pérdida de investidura) y penal: «La remoción de su cargo de los altos dignatarios, y en particular del jefe de Estado, es un hecho que tiene consecuencias políticas inevitables y profundas, por lo cual debe atribuírseles a los representantes del pueblo —el Congreso— esa decisión, a fin de que puedan tomar en consideración la ineludible dimensión política que tiene todo proceso en contra de un presidente [y magistrados, añadimos nosotros] y decir si procede o no su enjuiciamiento por la Corte Suprema. Además, sólo amparados por la inviolabilidad, pueden los senadores y representantes gozar de la suficiente independencia para ejercer, sin temores a represalias, esta importante labor de fiscalización». Corte Constitucional. Sentencia SU 047/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero.

profundidades medievales de las *Siete partidas*, en las que se sostenía la necesidad de generar un ambiente de impunidad de los jueces.

Magistratura en Colombia: no es un punto de llegada, sino de partida

No resulta extraña la sorpresa de muchos en Colombia respecto del hecho de que profesionales sin demasiado brillo, sin entrenamiento particular, sin carreras llamativas, distantes de la idea tradicional del juez de derecho y sin una formación clásica ocupen altas dignidades en la Rama Judicial,⁴⁶⁷ lo que puede reflejarse en una trivialización de la función judicial, que se presenta de varias formas:

(a) Desprecio por los impedimentos y pérdida de respeto por las reglas que aseguran el comportamiento imparcial de los jueces;

(b) Casos de «turismo judicial» (como el cruce por el Caribe de una presidente de la Corte Suprema, con los expedientes a bordo);

(c) Privilegios laborales elitistas y desiguales (como en el caso del Decreto 1660 de 1978) a los que se aferran;

(d) Participación en escándalos electorales, burocráticos o administrativos, en una especie de trampa de miel;

(e) Rutinas de «puerta giratoria» entre las ramas del poder público: cuando políticos que se ven derrotados en las urnas, se postulan subsidiariamente a las cortes, o

⁴⁶⁷ Las facultades de derecho se pronuncian contra la corrupción en la justicia. Semana. 20, de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/las-facultades-de-derecho-se-pronuncian-contra-la-corrupcion-en-la-justicia/541118/>. En igual sentido, El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) solicitaron a las altas cortes y al Fiscal General de la Nación la adopción de medidas que ayuden a recuperar la credibilidad de las instituciones judiciales: Cfr.: Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/dejusticia-y-cej-proponen-medidas-para-enfrentar-la->

viceversa, cuando magistrados terminan su período en las cortes, van a la política, incluso en condición de candidatos presidenciales.

(f) Tono de adulación para obtener los cargos, como en el caso de profesionales que, siendo candidatos a magistrados, se ofrecen públicamente a fallar a gusto del gobierno o actuar en línea editorial con aquellos a quienes corresponde efectuar la postulación para el cargo;⁴⁶⁸

(g) Pérdida de institucionalidad judicial, en cambio de propaganda personal: promoción de «paternidad» de las sentencias emitidas, promovidas no en nombre de la corporación, sino en mérito del magistrado ponente, lo que acarrea activismo político posterior con el pretexto de las sentencias proferidas. La tentación de la propaganda personal provoca una consecuencia adicional: la extensión desmedida de las sentencias que se dictan, verdaderos cuadernos que patrocinan costumbres ciudadanas en las que se espera que los jueces resuelvan los asuntos políticos que no pudieron resolver en debates representativos, que implican probabilidades mayores de cometer errores, de confundir a los jueces inferiores y de un trivial exhibicionismo intelectual, y que alimenta el interés de lobistas alrededor de las Cortes bajo una famosa expresión según la cual «los buenos abogados conocen el derecho, pero los magníficos abogados conocen a los magistrados».⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ «El paso del litigio a la justicia o a los altos cargos del Estado no es algo bien visto en los países desarrollados que obedecen a una tradición del derecho civil... Este salto profesional conlleva conflictos de interés..., originados en el hecho de que los antiguos defensores del interés general, cuando trabajaban como funcionarios del Estado, se convierten luego, con toda la información privilegiada que poseen, en demandantes contra el Estado. En Colombia [...] los juristas cambian una o muchas veces de subprofesión jurídica o acumulan varias de ellas, como es el caso de los profesores de Derecho que ejercen al mismo tiempo el litigio o la judicatura. En el mundo de la justicia, por su parte, muchos magistrados vienen del litigio y van para el litigio después de ejercer. No son pocos los abogados que quieren llegar a las altas Cortes con el propósito de convertirse en exmagistrados litigantes... Este fenómeno alimenta la célebre "puerta giratoria". García Villegas, Mauricio María Adelaida Ceballos Bedoya. *La profesión jurídica en Colombia: falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá: Editorial Dejusticia. 2019. pp. 23, 24 y 213.

⁴⁶⁹ «El lobby en asuntos judiciales se refiere a la organización y gestión de la influencia de personas y grupos que no son necesariamente las partes en un litigio. Estos actores difieren del litigante ordinario en cuanto a su interés en desarrollar una política de largo alcance en lugar de simplemente ganar un caso determinado. Normalmente no se contacta directamente con los jueces, de manera que todas las formas de persuasión se llevan a cabo con el máximo respeto por la dignidad y el protocolo judicial». Hakman, N. Lobbying the Supreme Court—An Appraisal of "Political Science Folklore". *Fordham Law Review*, 35(1), 1966, Fordham University School of Law.

En nuestro medio, a diferencia de Estados Unidos, el cabildeo puede llegar a suponer una línea de negocio para abogados y otros profesionales, basado en una oferta de cercanía al funcionario de turno, incluyendo los judiciales, a sus familiares, amigos, compañeros de estudio o de trabajo. En Colombia no hay estudios sobre esta problemática, a pesar de ser un secreto a voces y de dar lugar a numerosos escándalos. En México son comunes los llamados «alegatos de orejas» que consisten en que los jueces acceden a solicitudes de audiencias privadas, sin que aquello parezca romper con la normalidad del

(h) Aparente asimetría en número de magistrados en comparación con el número de congresistas: en el diseño de los órganos representativos, el número de parlamentarios obedece a criterios de representación, criterio contrario al del diseño de la judicatura, en el que el número de jueces es una respuesta a necesidades de cobertura judicial y no a «coberturas» de poder. Y podría ser que mientras más magistrados y más exposición de la judicatura, más errores, más activismo y más perfiles profesionales discutibles; que mientras más jueces, menos política de representación y más política judicial. Al lado de lo anterior, estamos ante lo que podría denominarse un cardumen de magistrados auxiliares (subordinados a sus titulares), paramagistraturas cuyo número excesivo podría propiciar posibles oportunidades de clientelismo judicial.⁴⁷⁰

(i) Las cortes son al mismo tiempo responsables de la casación y jueces de primera o segunda instancia, lo cual desequilibra la estructura de distinción de poderes ante la tentación de controlar, en tiempo real, la acción de los demás poderes y órganos independientes; debilita los tribunales superiores, que no lo son precisamente por no ser última instancia; y, distrae la misión específica de unificación de la jurisprudencia.

proceso: «el abogado litigante expone al juzgador las precisiones técnicas y fácticas que, en términos de su estrategia procesal, puedan inclinar la balanza a favor de su cliente». Tortolero, F. El fin del lobby judicial: una crítica (concurrente) a Magaloni y Elizondo respecto de los 'alegatos de oreja'. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016.

La práctica se viene denunciando también en España: «Aunque la mayoría de los bufetes prefiere no hablar de ello por las aún connotaciones peyorativas que puede suscitar todo lo relacionado con el término lobby, es *vox populi* en el sector legal que, además del clásico asesoramiento jurídico, muchos importantes bufetes ayudan a sus clientes tratando de influir en otros aspectos aprovechando su red de contactos». García-León, C. «El 'lobby' se refugia en España en los bufetes de abogados». En: *Expansión.com* 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <<https://www.expansion.com/2014/09/26/juridico/1411749849.html>>.

⁴⁷⁰ El Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y El Caribe, edición 2019, dice que el porcentaje de personas entrevistadas que perciben que jueces y magistrados están vinculados a actividades de corrupción es del 47%, rata que viene en ascenso desde que el barómetro se lleva a cabo. La misma percepción con respecto a policías arroja un 42%, de desconfianza en el mismo sentido, mientras que el 55% y 64%, cree que la presidencia y los parlamentarios, respectivamente, están comprometidos en las mismas actividades, con lo que no parece factible hablar de una mayor autoridad de los jueces sobre los políticos. Cfr.: <<https://d1mrtjpezxphht.cloudfront.net/wp-content/uploads/2019/09/Informe-Barometro-2019-reducido.pdf>>.

En cuanto a las magistraturas auxiliares no hay estudios en Colombia, pero se tiene la percepción de que son numerosos, y que se escogen de acuerdo con criterios opacos: “No hay mucho conocimiento general sobre el nombramiento de magistrados auxiliares, los criterios que se tienen en cuenta para su selección y sus salarios, por lo que diversas organizaciones, como la CEJ, han realizado llamados para que las altas cortes implementen políticas de transparencia.” Cfr. <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/laboral-y-seguridad-social/revelan-numero-de-magistrados-auxiliares-de-cada-sala>>.

(j) La «puerta giratoria» interna en el sistema interamericano de derechos humanos, que permite que exmagistrados, de una jurisdicción sujeta a control, formen parte de las instancias interamericanas que controlan (la comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), no obstante que la competencia de estas instancias cubre acciones u omisiones judiciales, lo que introduce un ruido de incompatibilidades, no solamente ante la posibilidad de afectar la independencia judicial en el seno de aquellas entidades, sino que influyen profesionalmente en la jurisdicción a la que pertenecen, en la que no pierden derecho de postulación.⁴⁷¹

Ubicados en el tiempo actual, si un jurista occidental abriera el libro de la *Constitución* colombiana de 1991, confirmaría en sus páginas un largo repertorio de ideas modernas y de sus paradigmas. Y no le resultaría extraño leer que en la región latinoamericana se considera, abstracción hecha de nuestra realidad, el referente de ordenamiento jurídico más próspero en cuanto a emblemas modernos del constitucionalismo. Un semblante soberbio, un derecho fuerte y adelantado, inesperado a veces para observadores foráneos. Pero la observación crítica y comparativa nos recuerda, también aquí, que las apariencias engañan, y que el hábito no hace al monje tampoco en el derecho constitucional. «Es algo así como repicar pero sin campanas», se explicaba a sí mismo el Coronel de García Márquez, como insinuando que en Colombia todo el tiempo nos decimos mentiras.⁴⁷²

⁴⁷¹ El estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 18, dispone que es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de miembro o alto funcionario del Poder Ejecutivo (de su país de origen, se entiende), el de funcionarios de organismos internacionales y «cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo». (Resolución N.º 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Disponible en: <https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf>). Con base en esta norma no se puede evitar que ese juez interamericano pueda litigar o ejercer la profesión en su país de origen, o donde quiera que tenga derecho de postulación.

⁴⁷² Gabriel García Márquez. *El coronel no tiene quien le escriba*. México: Planeta, 2012, p. 73.

CONCLUSIONES

Algunos de los rasgos visibles de los tres modelos normativos clásicos que hemos tomado como referencia han atravesado el tiempo y han ejercido influencia en los sistemas legales de hoy. Por supuesto que esa no es una idea nueva. No obstante, en el caso de Colombia nunca se ha hecho el esfuerzo de entender su realidad contemporánea con apoyo en las ideas que lo anteceden. Algunos de esos rasgos, que tocan con nosotros, son los siguientes:

Las nociones de justicia, libertades y distinción de poderes hunden sus raíces en la antigüedad indoeuropea, que va más allá de la geografía mediterránea grecorromana. *Manu* nos permite comprobar que hay un falso evolucionismo al pretender que tales ideas son frutos de la modernidad.

El derecho, como instrumento de control del más fuerte, y como regulación de la venganza; el castigo con arreglo a normas preexistentes; las penas vinculadas a los hechos delictivos; la gradualidad y la proporcionalidad de las sanciones, y tantas bases de derecho humanitario de hoy, todas ellas, representan ejemplos de instituciones constitucionales actuales cuya comprensión no puede hacerse al margen de su historia.

Hubo en la antigüedad sorprendentes infraestructuras de administración de justicia, procedimientos, jueces y entendimiento, y aplicación del fenómeno de la cosa juzgada, de la nulidad (ineficacia de las normas y de los negocios jurídicos) lo que permitió esquemas legales con mucho sentido de la jerarquía normativa, del control de legalidad y de las castas de intérpretes, nociones sin las cuales no habrían sido posibles las ideas modernas de control de la constitucionalidad de las leyes, vigentes entre nosotros.

El concepto de *código* ha sido objeto de apropiaciones ligadas a ideologías y sesgos culturales, como en el caso del napoleónico; sin embargo, documentos legales muy antiguos presentan características de completitud y consciencia del problema de las fuentes del derecho y de claridad en la definición de una ley superior a partir de la cual se construyen jerarquías normativas, como es el caso de *Leyes de Manu*.

La mentira en la actividad judicial, el hurto de noche, la deslealtad al rey, siempre entre los delitos más graves.

Manu muestra monarcas sometidos a esquemas de responsabilidad por sus actos, sin atributos de legislador absoluto, vinculados a una normativa revelada como su principio de legalidad, con privilegios reglamentados, distinción de funciones (nítidamente, entre función judicial y administrativa) y contrapesos internos, por lo que tenemos que considerar que los presupuestos indispensables de la doctrina moderna, de la separación de poderes, y de la modernidad vienen determinados por estos antecedentes.

La perspectiva utópica de alcanzar mundos mejores.

Un orden normativo legal no es condición estricta de una sociedad organizada, siempre que exista normativa social que permita exigir cuentas, endilgar responsabilidades y atribuir sanciones o recompensas.

A pesar de ser un mundo de venganza que no admite tribunales ni procedimientos (aunque hay indicios de arbitraje), en el mundo homérico, el monarca se perfila como ejecutor de la justicia divina, cuyo alcance anticipa cuestiones muy caras para la modernidad, como el problema de la parcialidad del hombre en la administración de justicia y la consciencia de la necesidad de una segunda mirada, de una sentencia definitiva. Esto deja huella de justificación y rudimentos para la figura de la segunda instancia, así como del ideal de la imparcialidad.

Las fatalidades y hechos desgraciados se explicaban muchas veces en la lógica de una predestinación, lo que es propio de un mundo desprovisto de estatutos que sirvan de referencia para explicar el mundo. Condenas fortuitas: a veces un corte de orejas y narices, a veces la cabeza, dado que no era posible aplicarlas por referencia a leyes o a códigos que contuvieran una lista organizada de las transgresiones, ni a criterios en virtud de los cuales se enlazaban los castigos con los crímenes en las distintas situaciones. Más bien tenemos incontables evidencias de dioses que deciden por sí y ante sí acerca de cuál es el daño y cómo y a quién se castiga. Aspectos de esta desconexión entre hombres y normas pueden estar detrás de ciertos rasgos de la cultura legal colombiana.

La deslealtad familiar; la falsedad, la avaricia, el adulterio, la traición a sus señores, siempre entre los delitos más graves.

Sin referencia a una regla transparente ni a criterios de graduación, sin pormenores normativos ni tampoco preocupaciones probatorias, el castigo obedece solo al criterio del dios, a criterios de misericordia, generosidad, compasión e indulgencia, siempre en un ambiente de favoritismos y de dioses desiguales y de hombres y dioses promiscuos. Aspectos de ese favoritismo son perceptibles por momentos en nuestro sistema legal.

En Homero, el mundo no se define a partir de normas sino de decisiones. No resulta extraño, entonces, que quienes se dedicaban a las artes de interpretar presagios y sueños (adivinatorias) y a la visión profética del futuro (profecías) constituyeran una casta de gente de influencia en aquel mundo, dueña del extraordinario poder de dar oráculo a los mortales. Creemos ver en Colombia aspectos marcados de decisionismo de hombres, en vez de la prevalencia sobre la *rule of law*.

Imbuidos todos en la idea de desigualdad natural de los hombres y encadenada la población homérica a un sistema social completamente estratificado, la idea de la autonomía de la voluntad era inviable. Creemos ver una tradición decisionista entre

nosotros, a nivel político con el caudillismo sempiterno colombiano, o en la «cultura ecuestre latinoamericana», asimismo, a nivel de la interpretación legal, debido a corrientes que en nuestros contextos aconsejan dejar a un lado las normas e impulsar criterios personales de quienes toman las decisiones de interpretación.

Había reglas de sucesión del trono en Odisea. No era barbarie en todo caso, pues se exigía alcurnia familiar, lealtad y fuerza física; reinar era una oportunidad de acrecentar las riquezas de una familia líder, pero también de enaltecer la honra personal. Rasgos de este tipo alcanzamos a notar en nuestra estructura institucional y diseño legal.

Violar un juramento era tanto como abrazar la traición y la deslealtad, lo que era intolerable dentro de los estándares de comportamiento de los héroes del mundo homérico. Este rasgo iba a tener una perspectiva muy particular para nosotros, ligada a la utilidad del comportamiento leal, y no a una regla moral.

Si Colombia ofrece frecuentes pruebas de ausencia de sentido de responsabilidad en el comportamiento público de sus autoridades, debe ser porque no se ha interiorizado la idea de la *representación*, como en el mundo homérico en el que no se sentía el deber de responder por la propia conducta ante nadie, como no sea ante los dioses que confieren la legitimidad al líder de mayor linaje.

Los conflictos sociales en Homero representan choques de decisiones entre dioses, o entre dioses y hombres, no de reglas. El desenlace de los principales problemas del universo homérico estaba determinado por decisiones sobrevinientes de personas que encauzan su comportamiento de forma excéntrica e inestable, sin normas de referencia, y respetando apenas las opacas competencias de cada quien en sus respectivos dominios. Un embrollo, un desacuerdo, una disputa: su solución no transcurre bajo la apariencia de la contradicción entre dos normas sino bajo el aspecto de un choque de voluntades entre dioses, o entre dioses y mortales.

La distinción de poderes que podía invocarse en el contexto homérico era la distinción de roles y voluntades: la del rey, la del profeta y la de los dioses tantas veces discrepantes. El poder de las armas detiene el poder de las armas; la violencia detiene los excesos; la ambición de unos controla la ambición de otros, todo esto, en un ambiente eternamente vigilado por la *muchedumbre de dioses*. Quizá estos rasgos se cumplen también entre nosotros.

La potencia de la perfección temática de sus ordenamientos legales nos fue transmitida, claramente, por la vía del derecho romano.

Compartimos la idea de un sistema legal perfectamente consciente de la cuestión de sus fuentes, aunque no siempre parece nítida su realización en Colombia.

La ilusión de conseguir la transformación de gobiernos de poderes casi absolutos, en gobiernos moderados, que reconocen límites al poder, es claramente una enseñanza de Roma y una búsqueda nunca lograda completamente para nosotros.

Cuando Justiniano recogió el derecho romano, recogió también el griego, desde el «padre» mismo de todos los griegos: Homero. Esto da una muestra de la variedad de influencias en nuestra tradición, a veces contradictorias si nos representamos el mundo homérico como decisionismo puro y duro, y a Roma como un esquema de intensa normatividad.

Todavía antes de las *xii Tablas*, magistrados y funcionarios estaban listos para el ejercicio de la jurisdicción.

Aspectos del derecho romano, que parecen salvajes a los ojos de un hombre moderno, representan regulaciones primitivas de la justicia privada que se deben valorar por representar pasos en la historia de la renuncia a la autoprotección y en la elevación del servicio de administración de justicia en su condición de tercero frente a las partes.

Un poder judicial bosquejado en formas tan complejas desde tan temprano, como ocurre con las leyes decenvirales, llegaría a convertirse, desde tal esquema primitivo, en una estructura sumamente sofisticada para el tiempo del Imperio. Fuimos legatarios de tales bosquejos.

Las *XII Tablas* darían lugar, asimismo, a la generación de un ejército de intérpretes que iba a ser la base de un sistema legal crecientemente cosmopolita y refinado, pero en sus comienzos con rasgos de un derecho secreto interpretado en clave sacerdotal. Nuestras tendencias actuales, en la metodología de la interpretación y en el comportamiento de los jueces, dejan ver la pervivencia de un tipo de control sacerdotal del ordenamiento jurídico. Esa especie de jurisdicción unitaria entre sacerdocio y magistratura, que todavía al final del milenio romano se iba a notar con todo el rigor, parece revivir entre nosotros, no a través de sacerdotes de una orden religiosa en la actualidad, pero sí de funcionarios que asumen comportamientos extraordinariamente similares.

Los redactores de las *XII Tablas* distinguieron conceptos de flagrancia y se asignaban distintas consecuencias punitivas en función de tal circunstancia, ideas básicas que hemos heredado.

Tanto la pena capital, como la confiscación de bienes, los castigos corporales, la pérdida de la ciudadanía, la captura, la prenda como daño patrimonial impuesto al responsable, las penas pecuniarias y las multas, todas ellas —a pesar de que nunca estuvieron referidas a estatutos procesales generales de los que conocemos en la actualidad, a las que estuvieron sujetos los magistrados para el ejercicio de la coacción, y a pesar de que tampoco había lugar a demanda o querrela, ni había una regla de prueba pormenorizada, ni trámite procesal detallado, ni «graduación o medida legal de la pena»— tenían, de cualquier modo, limitaciones. Los límites a la actividad punitiva del Estado no empezaron con Beccaría.

La intensa regulación de la propiedad venía acompañada en las *XII Tablas* de la equiparación entre *voluntad personal* y *ley*. Por ejemplo, en la cuestión del testamento, en que la voluntad del *pater familias* se pone en perfecta correspondencia con el alcance vinculante de la «ley». Este es un aspecto vertebral de nuestra legislación actual.

Las *XII Tablas*, los antiguos y los modernos: ¿Era la libertad en Roma un concepto borroso y oscuro, o incorporaba algún significado jurídico positivo? Es verdad que el romano no tenía derechos contra un Estado de fundamentos teocráticos y omnipotencia ilimitada. Sobran las evidencias: la religión era un invencible instrumento de dominación que pesó durante mucho tiempo en el libre albedrío del hombre; existió durante la época clásica, asimismo, un poder de expropiación de bienes de parte del Estado frente al cual los súbditos carecían de defensa; y es evidente que el esclavismo se afianzó durante siglos. La aplicación extendida del *crimen maiestatis*, así como del *supplicium more maiorum* forman parte de la lista de pruebas de aquella omnipotencia estatal; pero la bandera de la libertad existió e inspiró valores sin los cuales la libertad de los modernos no habría tenido lugar. La libertad política se usaba, asimismo, como estandarte de lucha contra la opresión y dominación de los nobles, contra las ofensas de los oligarcas, y se usaba en el sentido de un derecho natural contrapuesto a la libertad derivada de la subordinación a las leyes. La idea de libertad inspiró el rechazo a la dominación de unos pocos; fue útil como divisa de carácter ideológico y propagandístico contra la crueldad de un tirano, como oposición a la monarquía despótica y como rechazo al gobierno de uno; también, como exigencia de participación en el gobierno, como garantía de defensa del ciudadano contra el magistrado mediante la *provocatio ad populum* y, a veces, se le llegó a identificar con estabilidad y seguridad del Estado, con paz y orden. No fue un concepto desteñido. Tampoco infecundo. Pertenece a esa tradición, que no nació en los albores de la Revolución francesa, sino mucho antes.

Roma ensayó los más delirantes ejercicios de división de poderes de que se tenga noticia en la historia del derecho constitucional: estructuras institucionales y procedimientos claramente destinados a implantar límites y criterios prácticos de división del poder como en el caso de la asombrosa institución de la colegialidad.

Los romanos apelaban contra sentencias de primera instancia en tiempos del Imperio y el mal uso de las funciones públicas se penalizaba de múltiples formas, se repartía la jurisdicción en Roma, todo dentro de cálculos tendientes a evitar magistraturas de poderes ilimitados. Se creía en la institución de la *auctoritas*, que conecta con las filosofías modernas que asignan un valor predominante a la voluntad y, por lo mismo, con la tradición homérica, que nos transporta a un sistema político y normativo basado en el honor y el prestigio de los hombres que intervienen en las decisiones, así como en el decisionismo o voluntarismo de los dioses. Por momentos nuestro sistema actual exhibe rasgos de tales características.

Las *XII Tablas* tuvieron el efecto de liberar a los hombres de la tiranía de las normas inmemoriales —que podían ahora enmendarse o suprimirse— e introdujeron, claramente, la contraposición entre normas humanas versus normas humanas, un paso definitivo para la construcción de todo el andamiaje jurídico romano y los sistemas legales de nuestro tiempo. Los romanos reconocieron la idea de una legalidad superior, de una norma de comparación de las leyes humanas, de un referente normativo piramidal que permitía hacer control de legalidad a las leyes humanas, lo que distinguiría mucho más nítidamente el derecho romano y marcaría una diferencia fundamental con el modelo normativo homérico basado en una pirámide de decisiones de los dioses.

La doctrina de la división del poder: su dogmática y aplicaciones prácticas no nos llegaron apenas como consecuencia de la toma de La Bastilla.

La conexión entre aquellos modelos normativos antiguos y nosotros ocurrió por la vía de ciertos cauces, que intentamos esclarecer. La percepción según la cual

recibimos nuestras ideas de justicia, libertades y distinción de poderes solo, o principalmente, a través de la influencia de la ilustración europea es completamente equivocada. Una prueba de esa percepción es que despreciamos la tradición del derecho indiano, que da testimonio de trescientos años de adaptación del derecho castellano medieval a la América hispana. Ese desprecio va a tener consecuencias evidentes en la comprensión del funcionamiento del sistema legal colombiano, y de su derecho constitucional, en especial.

No nos vemos en el espejo de nuestro pasado. Es un rasgo de Colombia, del que se nos acusa frecuentemente y con razón. Por esta razón no comprendemos cabalmente el origen de nuestras instituciones legales.

Somos resultado de varias interacciones culturales. Parece una obviedad decirlo, pero esto tiene consecuencias para la explicación de ciertas contradicciones, como decir que tenemos distinción de poderes, al mismo tiempo que admitimos numerosas excepciones al principio; como decir que tenemos normas constitucionales que, sin embargo, modificamos a nivel local como si se tratara de normas de aspecto maleable.

Recibimos los contenidos de la antigüedad a través de santo Tomás de Aquino, autor de la *Summa teológica*; de Dante Alighieri, autor de la *Comedia*, la *Summa poética*; y, de Alfonso X, rey de Castilla y León, a través de la *Summa jurídica* con la construcción de sus célebres *Siete partidas*, terminadas de escribir en 1265. Asimismo, de la tradición canónica a través del decreto de Graciano, base del *Corpus Iuris Canonici*.

Esas obras medievales determinaron los contenidos y la mecánica de nuestros modelos normativos latinoamericanos. En su *Tratado de la ley en general*, santo Tomás nos legaría su instigadora definición de *ley* como «dictamen de la razón en orden al bien común» que sería determinante en los desarrollos de la *Segunda Escolástica española*, protagonizada por los Dominicos y la Compañía de Jesús, y

cuyos personajes principales, alentados por aquella definición, construyeron doctrinas que habrían de influir directamente en el derecho castellano, y en el diseño y contenido del derecho indiano. Nos legaría, asimismo, un derecho romano visto bajo el celofán de la cristiandad; y nos legaría la justificación y tradición de la aplicación casuística de la ley, que iba a determinar la operación de nuestro sistema legal y el funcionamiento de nuestros modelos de control de constitucionalidad.

El concepto de *ley* y de *perspectiva casuística* que promovería santo Tomás conectó espontáneamente con las *Siete partidas* de Alfonso X, para crear una tradición de inaplicación del derecho que haría carrera en Latinoamérica durante los siglos de la presencia española, que es perceptible todavía, y que es conocida entre nosotros bajo el estereotipo de «se obedece, pero no se cumple». De acuerdo con nuestros hallazgos, antes que un estereotipo, se trata de una institución legal que desconocíamos, y que traducía el mecanismo de control de legalidad del derecho castellano medieval. La técnica de «se obedece, pero no se cumple», parte de la no aplicación de la ley a casos especiales, y resultó ser que tenía su institución correlativa en las *dispensas* previstas por la ley canónica, que permitían relajar la ley eclesiástica en casos particulares. Esto va a tener incidencia en nuestro actual sistema de control de constitucionalidad de las leyes.

La *Comedia* es una obra de derecho tanto como de teología, filosofía y poesía. Podemos captar allí las antiguas ideas medievales de gravedad de los hechos, de *mayor* y *menor* ofensa, de retribución, de rehabilitación, disuasión, culpa, graduación y proporcionalidad, ideas derivadas por Dante de las tradiciones bíblica-mosaica, homérica, grecorromana y cristiana, indistintamente. Existen conexiones entre *Comedia* y *Siete partidas*, entre *Comedia* y *Summa teológica*, y todas estas ideas abigarradas, aunque unificadas bajo el paraguas cristiano, nos llegaron por la vía del derecho castellano. Dante nos proporciona contenidos en el decisivo debate de las dos espadas, que obsesionó a los teólogos hasta la actualidad, incluso la actualidad normativa colombiana.

Las *Siete partidas* cruzarían el Atlántico con el Descubrimiento en 1492, y echarían raíces en toda la geografía de la América hispánica. Iban allí los principios del derecho romano de la Europa medieval en la perspectiva de la España cristiana que, por la vía de las *Recopilaciones indianas*, proveerían los cimientos de los sistemas legales latinoamericanos, el colombiano incluido. Esto tendría consecuencias, pues una guerra por la primacía legal tendría lugar entre esta vertiente del derecho romano, y la que traería consigo la emancipación de España en el siglo XIX: también derecho romano, pero en la perspectiva de la Revolución francesa.

Varios de los principios del derecho penal alfonsino se pueden rastrear en los sistemas penales de la actualidad, incluido el colombiano, como hemos visto. Pero en materia civil también heredamos criterios muy principales contenidos en las *Partidas* que rigieron durante la América hispana, y pervivieron luego de la independencia en nuestros códigos civiles. Hay múltiples ejemplos.

Las recopilaciones de leyes de Indias transmitieron esos contenidos, hasta que, en 1810, comenzó el proceso de independencia de la metrópoli española. Era la época de las «libertades» y la «separación de poderes» de 1789, conceptos esenciales del constitucionalismo actual, que terminaron entremezclados con aquella tradición indiana: flamantes constituciones que declaraban incorporar la separación de poderes, mientras el cauce oculto del derecho indiano hacía lo suyo sin demasiado esfuerzo por evitar la realización práctica de tales esquemas modernos de organización del poder.

Andrés Bello caracterizaba los ordenamientos jurídicos nuestros como una «masa confusa y embrollada de elementos revueltos y heterogéneos» refiriéndose a la tradición entremezclada castellana y de la Europa ilustrada. Pero su proyecto de código civil, en nuestro hilo argumental, no pudo resolver las tantas contradicciones del sistema legal de su tiempo en los ambientes latinoamericanos y en el colombiano de seguro.

Tradicción castellana e indiana se enfrentaron en contradicciones que aún no se resuelven.

Esas contradicciones se expresan en la modificación obsesiva, permanente y endémica de normas constitucionales en Colombia, lo que es también un instrumento de medición de nuestra idiosincrasia.

Esa mixtura de influencias enfrentadas apareja ciertas consecuencias que nos resultan caóticas: un sistema constitucional receptor de ideas encontradas que desencadenan consecuencias tremendas en el comportamiento de los modelos ideales que tomamos como brújula. A veces tenemos tantas excepciones a un principio, que confirman la regla en contrario, como en el caso de la distinción de poderes.

Se expresan, asimismo, en el rol que los jueces desempeñan en el esquema de funciones del Estado, marcadamente legislativo.

En el concierto de las naciones, Colombia no representa un modelo normativo de características definidas, y más bien se compone de múltiples influencias provenientes de la tradición de Occidente. Recibimos contenidos de *Leyes de Manu*, de Homero, de Grecia y Roma, tanto como de la cultura mosaica e indígena. La mayoría de esas ideas nos llegaron en forma abigarrada a través de las *Siete partidas* y el derecho castellano e indiano, y de la europea de la Revolución francesa, que claramente se tradujo en ideas concretas discutidas en los procesos constituyentes locales que siguieron a la Independencia de España en 1810.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Diálogo entre un filósofo y un jurista. Antología de textos jurídicos de Roma.* Xavier d'Ors (Edic. y traduc.). Texto de *Noches áticas*.
- Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Bogotá: FCE. 1997. Traducción de Alfredo N. Galletti,
- Agudo Ruiz, A. «*Justiniano y la reforma de los estudios jurídicos*». En: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*. Vol. 10. 2012. pp. 7-25 Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwic9OXI0pvrAhVkmuAKHU_7AXoQFjACegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4104489.pdf&usg=AOvVaw0ePJeTWjlbhyMOSsQ9LDpP>.
- Aguilera-Barchet, Bruno. *A History of Western Public Law. Between Nation and State* with the collaboration of M.I. Fajardo, Ph. D. Librarian. University of Granada, Springer, 2015. Disponible en: <<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-11803-1>>.
- Alexy, R. *La teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alfonso x, *el Sabio*. *Las Siete partidas* (Antología). Selección, prólogo y notas de Francisco López Estrada y Ma. Teresa López García-Berdoy, Madrid: Editorial Castalia. 1992.
- Alighieri, Dante. *La Divina Comedia*. Estudio preliminar Borges, J. L. Traducción Rosell, C. & Bruzzi Costas, N. (1978). (Duodécima edición). Los Clásicos. México: Editorial Cumbre.
- Alighieri, Dante. *Monarquía*. Estudio preliminar. Traducción y Notas de Laureano Robles Carcedo y Luis Frayle Delgado. Segunda edición. Madrid: Tecnos. 2009. Libro III.

- Aristóteles. *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Madrid: Editorial Gredos. 1988.
- Asamblea General de la OEA. Resolución N.º 448 adoptada por la Asamblea en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Disponible en:
<https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf>.
- Aubert, Jean Marie. *Le droit romain dans l'œuvre de saint Thomas d'Aquin*. Préface de Gabriel Le Bras, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1955, 164 pages, Bibliothèque Thomiste, xxx, p. 5.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Transformador*. El estado y el derecho en la *Constitución* de 2008. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Banrepcultural. Red Cultural del Banco de la República. Biblioteca virtual de la Biblioteca Luis Ángel Arango. Constituciones desde 1811 hasta la Constitución Política de 1991. Disponible en;
<https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Constituciones_de_Colombia#Constituci.C3.B3n_pol.C3.ADtica_del_Estado_de_Cartagena_de_Indias._:._expedida_el_14_de_junio_de_1812>.
- Bauman, Zygmunt. *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Traducción de Carmen Corral. España: Tusquets Editores. 2007.
- Bernabé, Alberto y Álvarez, Juan Antonio (edit.). *Historia y leyes de los Hititas. Textos del Imperio Antiguo. El Código*. Madrid: Ediciones Akal. 2000.
- Bernal Gómez, B. «El derecho indiano, concepto, clasificación y características». En: *Ciencia Jurídica*, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno. México: Universidad de Guanajuato. Año 4. No. 7. 2015.
- Bernal Pulido, C. *El neoconstitucionalismo al debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2007.
- Bernal Pulido, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.
- Biblia*. El libro del pueblo de Dios. «Hebreos 9:27». Disponible en:
<http://www.vatican.va/archive/ESL0506/_P107.HTM>.

Biblia. «Éxodo, Capítulo 21». Disponible en:

<http://www.vatican.va/archive/ESL0506/___P21.HTM>.

Biblia. «Levítico». Disponible en:

<http://www.vatican.va/archive/ESL0506/___P39.HTM>.

Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Constituciones Hispanoamericanas.

Constituciones de Colombia. Consultado

en: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/colombia_constituciones/?autor=&paginaUsuario=2&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=2>.

Britannica, Editors. “Life for life, eye for eye, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot”: Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/talion>.

Britannica, Editors. “Literary Utopias”: Disponible en:

<<https://www.britannica.com/topic/utopia>>.

Bryce, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. 1988.

Carbonell, M. & García Jaramillo, L. *Cánnon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

Carvajal, J. & Guzmán, A. (2017) Autoritarismo y democracia en Excepción: el constitucionalismo del estado de sitio en Colombia (1957-1978), *Revista Prolegómenos*. Derechos y Valores, 20(40). Universidad Militar Nueva Granada.

Casa Editorial Avance Jurídico Base de Datos RedJurista. Todas las citas de legislación colombiana son consultadas y tomadas de su portal <<http://www.avancejuridico.com>>.

Castro, Alfonso de. *De potestate legis poenalis libri duo*. Madrid: Patronato del IV centenario de la muerte de Fray Alfonso de Castro. 1961. Reproducción facsimilar de la edición príncipe, Salamanca, Andrés de Portonaris.

Cicerón, M. T. *De Legibus*. Libro 1 (De 5 en total, de los cuales quedan solo 3). 52 a. C. Colección Corpus Hispanorum de Pace. Edición Luciano Pereña Vicente. Madrid: Editorial: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1972.

- Cicerón, M. T. *Sobre la República*. Introducción, traducción y notas de Álvaro D'Ors. Madrid: Editorial Gredos. 1984. Libro IV.
- Comanducci, P. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico». En: Carbonell, M. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Editorial Trotta. 2003.
- Constitución *Tanta*, en: Xavier d'Ors (Edic.). *Antología de Textos Jurídicos de Roma*. Madrid: Ediciones Akal. 2001. p. 371 y ss.
- Consejo Nacional Legislativo. Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Expedición: 26 de mayo de 1873. Entrada en vigencia: 15 de abril de 1887.
- Constitución de la República de Colombia, edición oficial. Bogotá: Imprenta de Vapor Zalamea Hs. 1886.
- Constitución de la República de Colombia. Bogotá: Imprenta de José Antonio Cualla. 1830.
- Constitución del Estado de la Nueva Granada, dada por la Convención Constituyente en el año de 1832. Bogotá: Tipografía de Bruno Espinosa.
- Constitución Política de la República de Colombia/El Concordato*. Colección Codex Brevis. Librería Voluntad, 1969.
- Conti, Natale. *Mitología*. Murcia: Universidad de Murcia. 2006. Traducción, con introducción, notas e índices de R. M. Iglesias Montiel y M. C. Álvarez Morán.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance del trabajo realizado por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes en Colombia*. 2018. Consultado en: <<https://cej.org.co/sala-de-prensa/justiciometro/balance-del-trabajo-realizado-por-la-comision-de-investigacion-y-acusacion-de-la-camara-de-representantes-en-colombia/>>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consultada en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>>.
- Corte Constitucional. Sentencia SU 047/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia T-267/10. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Consultada en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-267-10.htm>>.
- Coulanges, Fustel de. *La ciudad antigua. Historia sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Estudio preliminar de Daniel Moreno. Editorial Porrúa, Núm. 181, 1.ª ed. de 1864. Décimo primera edición de 1998.
- D'Alambert. Artículos Políticos de la Enciclopedia. Estudio Preliminar de Ramón Soriano y Antonio Porrás, Barcelona: Ediciones Altaya. 1992.
- Daldis, Artemidoro de. *El libro de la interpretación de los sueños*. Carmen Barrigón y Jesús M. Nieto (trad.). Madrid: Ediciones Akal. 1999.
- Doniger O'Flaherty, Wendy. *Mitos hindúes*. Traducción de María Tabuyo y Agustín López. Madrid: Ediciones Siruela. 2004.
- Dragonetti, Carmen y Tola, Fernando. *Dhammapada. La esencia de la sabiduría budista*. (2013). Traducción directa del pali al español, con introducción y notas. Octava edición. Buenos Aires (Argentina): Fundación Bodhiyana.
- El Beheiri, N.* «El valor perenne de la obra Römische Staatsrecht de Theodor Mommsen: la *res publica romana*, entre realidad histórica e institución jurídica». En: *Foro, Nueva época*. vol. 18, núm. 2. 2015. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjY8cy_otPrAhWjxVvKkHRC_BAIQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FFORO%2Farticle%2Fdownload%2F51791%2F47990%2F&usg=AOvVaw1k9NNoj_FaQFvx4URI062J>.
- El Espectador*. Redacción Judicial. «Cristo en la Sala Plena de la Corte Constitucional “tiene un valor histórico”». 23 de mayo de 2016, en: *El Espectador*.
- Encyclopedia Britannica, 11th Edition, 1914. Disponible en <<https://www.law.upenn.edu/live/files/222-tribonianencyclopediabritannica11editionpdf>>.
- Espinosa Pérez, B. y Escobar Martínez, L (ed.) *Neoconstitucionalismo y derecho privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2008.

- Ferrante, R. «Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX-XX en Europa, con particular atención al caso italiano». En: *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. vol. 25, julio-diciembre de 2013. Trad. del italiano Pablo Moreno Cruz. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3595/3773>>.
- García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 2006.
- García Márquez, Gabriel. *El coronel no tiene quien le escriba*. México: Planeta, 2012.
- García Villegas, Mauricio y Ceballos Bedoya, María Adelaida. *La profesión jurídica en Colombia: falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá: Editorial Dejusticia. 2019.
- García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Bogotá: Editorial Dejusticia. 2005.
- Giambattista Vico. *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. Apple Books, edición referida a la 1.^a edición en México, en 1941, por el Colegio de México: Fondo de Cultura Económica.
- Gómez Espelosín, F. Javier; Pérez Largacha, Antonio; y, Vallejo Girvés, Margarita. *Tierras Fabulosas de la Antigüedad*. Alcalá: Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá. 1994.
- Gómez Pavajeau, C., Farfán Molina, F. «El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales». En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, 2015, 35(101). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Góngora, Mario. *Historia de las ideas en América española y otros ensayos*. Compilación, prólogo y notas por Oscar Julián Guerrero. Clásicos del Pensamiento Hispanoamericano. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. 2003.
- González Jiménez, Manuel. Alfonso X, el Sabio, Barcelona: Editorial Ariel. Primera edición. 2004.

- Graciano. *Decretum Gratiani*. Biblioteca Apostólica Vaticana. 1400. Disponible en: <https://digi.vatlib.it/view/MSS_Arch.Cap.S.Pietro.A.24>.
- Guastini, R. *Estudios de Teoría Constitucional*. Edición y presentación Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2001.
- Guevara, C. «Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes: una fractura al sistema de responsabilidad de altos jueces en Colombia». *Estudios Socio-Jurídicos*, 2015, 17(2). Universidad del Rosario.
- Gutiérrez Girardot, R. *La encrucijada universitaria*. Colección Asoprudea, GELCIL. Medellín: Grupo de Estudios de Literatura y Cultura Intelectual Latinoamericana, 2011. Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/127013766/106108040-La-Encrucijada-Universitaria-Rafael-Gutierrez-Girardot-1>>.
- Hakman, N. Lobbying the Supreme Court—An Appraisal of "Political Science Folklore". *Fordham Law Review*, 35(1), 1966, Fordham University School of Law.
- Hernández de Lamas, Graciela B. La educación de la justicia: El contrapaso en la comedia dantesca. *Prudentia Iuris*, No 82, 2016. Disponible en: <<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3178/1/educacion-justicia-contrapaso-comedia-dantesca.pdf>>.
- Hipona, Agustín, S. O. de. *La ciudad de Dios*. Alma Mater: Colección de Autores Griegos y Latinos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1982.
- Homero. *La Odisea*. Traducción de Luis Segalá y Estalella. Edición de Antonio López Eire. Colección Austral. Ciudad de México: Editorial Planeta. 2017.
- Hoyos Rojas, L. «El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado». En: *Revista de Derecho Privado*. Vol. 27. N.º 47. Bogotá. 2012.
- Hoyos Rojas, L. *Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel: modelo de interpretación e identificación de derechos fundamentales en Colombia y América Latina*. Bogotá: Editorial Temis. 2015.

- Hunter, William Wilson (1886). *The Indian Empire: Its People, History and Products*. Second Edition. London: Trübner.
- Ibáñez, P. *Cultura constitucional de la jurisdicción*. Gloria María Gallego y Juan Sotomayor (coord.). Bogotá: Universidad EAFIT, Siglo del Hombre Editores. 2011.
- Jaccoliot, Louis. *L'Olympe brahmanique. La mythologie de Manou (El Olimpo brahmánico, la mitología de Manu)*. 1881. Louis Jaccoliot. *Fakirs et bayadères (Fakires y devadāsīs)*; 1904.
- Jellinek, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Traducción de Christian Förster. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991.
- Le Goff, Jacques. *The Birth of Purgatory*, trans. Arthur Goldhammer, Chicago & London: University of Chicago Press, 1984. (in English). Disponible en: <https://monoskop.org/images/a/a5/Le_Goff_Jacques_The_Birth_of_Purgatory_1984.pdf>.
- León Florido, Francisco. *Francisco Suarez. Disputaciones Metafísicas*. Estudio preliminar. Presentación de Sergio Rábade Romeo. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.). 2011.
- Levene, Ricardo. *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1956.
- Lévi-Strauss, Claude. *Raza y Cultura*. Madrid: Altava. 1999. Disponible en: <https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/307211/mod_resource/content/1/28%20%28Unidad%205%29.pdf>.
- Ley 100 de 1993. «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral». DO. No. 41.148, Red Jurista, Editorial Avance Jurídico. Consultado en: <[https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=I0100_93#/>](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=I0100_93#/)>.
- López Estrada. *Las siete partidas. Antología*. Madrid: Editorial Castilla. 1992.
- López Michelsen, Alfonso. Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia. Bogotá: Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Tercera edición. 1983.

- Loiseleur-Deslongchamps, A. *Mânava-Dharma-Sâstra, Leyes de Manu, Instituciones religiosas y civiles de la India*. París: Casa Editorial Garnier Hermanos. 1924. Traducción de Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. París: Garnier Frères. 1909.
- MacArthur, John y Mayhue, Richard. *Teología sistemática, un estudio profundo de la doctrina bíblica*. Original publicado por Crossway, un ministerio de publicaciones de Good News Publishers, Wheaton, IL 60187. Edición en castellano. Michigan: Editorial Portavoz. 2018.
- Manu. *Mânava - Dharma - Sâstra, Leyes de Manú*. Instituciones religiosas y civiles de la India. Paris: Casa Editorial Garnier Hermanos. 1924. (Lois de Manou, comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens, suivies d'une notice sur Les Védas. Tr. y notas: A. Loiseleur-Deslongchamps. París: Garnier Frères. 1909).
- Manu. *Leyes de Manú. Instituciones Religiosas y Civiles de la India*. Traducción de Eduardo Borrás. Buenos Aires: Editorial Schapire. 1945.
- Manzano Manzano, Juan. «La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos». En: *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, Tomo XXI-XXII, 1951 - 1952, pp. 5 - 170. España. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2051486>>.
- Martínez Martínez, Faustino. «La superioridad del derecho divino en el pensamiento pregraciano: una visión de las colecciones canónicas medievales». En: *Ius Canonicum*, XLV, N. 89, 2005. Disponible en: <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/6860/1/89-06.Est.Martinez.pdf>>.
- Martino, Francesco de. Storia della Costituzione Romana*. Vol. I, 2e éd. Napoli, Jovene, 1972. Vol. III, 1973. Vol. IV, Parte Prima, 1974.
- Merryman, Jhon Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2017.
- Mestre Ordóñez, J. «Lucha contra la corrupción y los falsos testigos». *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No 370 (I), 2019, Bogotá.

- Mitos hindúes*. Edición de Wendy Doniger O'Flaherty. Traducción de María Tabuyo y Agustín López. Madrid: Ediciones Siruela. 2004.
- Mommsen, Theodor. *Compendio de derecho público romano*. Madrid: Editorial La España Moderna. 1893. Traducción del alemán por P. Dorado.
- Moreno Resano, Esteban. *Observaciones acerca del uso de las ordalías durante la Antigüedad Tardía*. (siglos IV-VII d. C.), Cuadernos de Historia del Derecho. 2014.
- Moyle, J. B. *The Institutes of Justinian*. Tercera edición. London: Oxford at the Clarendon Press. 1896.
- Müller, Max. *Historia de las Religiones*. Traducción de Luis de Terán, revisada por M. H. Alberti. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1945.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España*, dividida en XII Libros, mandada formar por el Señor Don Carlos IV, Impresa en Madrid año 1805. Disponible en: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-1993-63_1>.
- Ots Capdequí, J. M. *El Estado español en las Indias*. México: Fondo de Cultura Económica. 1941. Reimpresión de 1993.
- Pacheco, Joaquín Francisco. Comentario Histórico Crítico y Jurídico a Las Leyes de Toro. Tomo I, Madrid. 1862. Disponible en <https://archive.org/details/bub_gb_MA4GSh3UaeEC/page/n5/mode/2up?q=partidas>.
- Paredes, Julián de. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Prólogo de Ramón Menéndez y Pidal. Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica. 1973. Reproducción en facsímil de la edición de Julián de Paredes de 1681.
- Parejo Gámir, Roberto y Martínez, José Luis. «A la búsqueda de nuevas técnicas: Obrepción y subrepción». En: *Revista de Administración Pública*. Año 1966, Núm. 49, pp. 323-344. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/143077>>.
- Petit, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. 1892. Argentina: Praxis Jurídica Libros. 2016.
- Petrucci, Aldo. «Reflexiones sobre las relaciones entre órganos en una constitución no escrita: el caso de la Roma republicana». En: Derecho PUC, Revista de la

- Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2007. Nro. 60. pp. 171-196. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_060.pdf>.
- Picarella: *Il pensiero europeo nel costituzionalismo latinoamericano. Una linea di lettura.* Rubbettino Editore. 2015. Disponible en: <<https://www.amazon.it/pensiero-europeo-costituzionalismo-latinoamericano-lettura/dp/8849844654>>.
- Pino, G. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el Estado constitucional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014.
- Platón. *Diálogos II, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo.* Traducciones, introducciones y notas por J. Calonge Ruiz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri, J. L. Calvo. Madrid (España): Editorial Gredos. Primera edición, 1983. 1.^a reimpresión, 1987.
- Posner. Richard A. *The Economics of Justice.* Harvard University Press. 1983.
- Restrepo Piedrahita, Carlos. *Tres Ideas Constitucionales.* Supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, El Ombudsman. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1978.
- Rodríguez Garavito, C. *La globalización del estado de derecho.* Bogotá: Universidad de los Andes. 2009.
- Rousseau, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen de la desigualdad.* Editorial El Aleph, 1999.
- Ruiz Sola, Aurelia. *Las constituciones griegas. La Constitución de Atenas, La república de los atenienses. La república de los lacedemonios.* Aristóteles - Pseudo Jenofonte - Jenofonte. Madrid: Ediciones Akal. 1987.
- Ruiz Castellanos, Antonio. *Ley de las Doce Tablas.* Introducción, edición crítica, traducción, notas e *index verborum* a cargo del mismo Antonio Ruiz. Ediciones clásicas. Madrid: Biblioteca latina dirigida por Tomás González Rolán, 1.^a ed. en lengua castellana de *Lex XII Tabularum, o Lex Duodecim tabularum*, 1992.

- Rüthers, Bernd. *La revolución secreta del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*. Traducción e introducción de Francisco J. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons. 2020.
- Sáchica, L. *La Corte Constitucional y su Jurisdicción*. Bogotá: Editorial Temis. 1993.
- Sánchez Novoa, P. «Estado social de derecho frente al neoconstitucional». En: *Revista Jurídica Justicia*. Núm. 22. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García Pelayo. Madrid: Alianza editorial. 1982.
- Secretaria General del Senado. *Acto Legislativo 01 de 2017*. «Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones». DO. No. 50.196. Consultado en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2017.html>.
- Secretaria General del Senado. *Acto Legislativo 02 de 2017*. «Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera». DO. No. 50.230. Consultado en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2017.html>.
- Secretaria General del Senado. *Actos Legislativos*. Consultado en: <<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes>>.
- Segalá y Estalella, Luis (ed.). *Obras completas de Homero*. Edición adornada con ilustraciones arqueológicas de carácter homérico. Versión directa y literal del griego. 1927. Barcelona: Casa Editorial Montaner y Simón.
- Serrano, E. *¿Por qué fracasa Colombia? delirios de una nación que se desconoce a sí misma*. Bogotá: Editorial Planeta. 2016.
- Sieyes, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. Edición, Traducción y Notas de Ramón Máiz. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. 1990.

- Suescún, Armando. *Derecho y sociedad en la Historia de Colombia*. En: El Derecho Colonial, Siglo XVI Siglo XIX. Tomo II, Tunja: UPTC. 2001.
- The Constitution of The United States of America*. Introduction by R. B. Bernstein. Fall River Press, New York, 2012.
- Tierney, Brian. Source: Comparative Studies in Society and History, Jul., 1963, Vol. 5, No. 4 (Jul., 1963). Published by: Cambridge University Press. Stable URL: <<https://www.jstor.org/stable/177778>>.
- Tola, Fernando y Dragonetti, Carmen. *El budismo Mahayana*. Buenos Aires: Editorial Kier. 1980.
- Tortolero, F. El fin del lobby judicial: una crítica (concurrente) a Magaloni y Elizondo respecto de los 'alegatos de oreja'. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016.
- Trazegnies Granda, Fernando De. *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979. p. 311.
- Uprimny, R. *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. DeJusticia, 2005. Versión magnética: <<https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>>.
- Uprimny, R. & García, M. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Documentos de Discusión DJS, 2005, Bogotá.
- Varela, J. «El debate constitucional británico en la primera mitad del siglo XVIII (Bolingbroke versus Walpole)». En: Revista de Estudios Políticos. Nueva Época. Núm 107. Enero-marzo 2000. Madrid (España). Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/246522811/Bolingbroke-Walpole>>.
- Vásquez, Juan Gabriel. *La venganza como prototipo legal en La Ilíada*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2011.

- Vico, Giambattista. *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. México: FCE. Primera edición. 1941. Edición curada por Eduardo García Maynez, leyenda en filosofía del derecho latinoamericano.
- Viejo-Ximénez, José Miguel. La composición del Decreto de Graciano. *Ius Canonicum*, XLV, N. 90, 2005, págs. 431-485. Disponible en: <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/6867/1/90-01.Est.Viejo-Ximenez.pdf>>.
- Virgilio. *Eneida*. Traducido por E. de Ochoa. Madrid: Real Academia Española. 2000.
- Vitoria, Francisco de. *La Ley*. Estudio Preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos. 2009. Segunda edición.
- Wahnón, Sultana. «El judío errante en *Cien años de soledad*». En: Memorias del xx Congreso Nacional de Literatura, Lingüística y Semiótica. *Cien años de soledad*, treinta años después. Santafé de Bogotá, octubre 29, 30 y 31 de 1997. Universidad Nacional de Colombia - Instituto Caro y Cuervo. 1998.
- Wulff Alonso, Fernando. *Grecia en la India. El repertorio griego de Mahabharata*. España: Akal Universitaria. 2008. pp. 10 y 547.
- Zagrebelsky, G. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, Comunidad de Madrid. Consejería de Educación y Cultura, 1995.
- Zygmunt Bauman. *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Traducción de Carmen Corral. España: Tusquets Editores. 2007.