

EL VALOR PERENNE DE LA OBRA *RÖMISCHES STAATSRECHT* DE THEODOR MOMMSEN: LA *RES PUBLICA ROMANA*, ENTRE REALIDAD HISTÓRICA E INSTITUCIÓN JURÍDICA

Nadja EL BEHEIRI

Departamento de Derecho Romano
Universidad Católica Pázmány Péter
beheiri.nadja@jak.ppke.hu

I. INTRODUCCIÓN

La ciencia del Derecho se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito del Derecho privado. Esta afirmación general vale también para el Derecho romano. Dice Álvaro D'Ors en su manual *Derecho Privado Romano*: «Objeto de nuestro estudio es el Derecho privado romano, que es el verdadero *ius* de los romanos»¹. No obstante, también cara a la ciencia del Derecho público encontramos fundamentos romanísticos que pueden servir de guía a la hora de acercarse a los pilares del Derecho mismo. En los albores de la ciencia del Derecho público moderno en el siglo XIX, un romanista fue uno de los primeros autores que escribió una obra monográfica con el título *Staatsrecht* y la elaboró empleando un método proveniente del Derecho privado, de la pandectística de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Este autor fue Theodor Mommsen.

Theodor Mommsen (1817-1903) es conocido como historiador, jurista, político, filólogo y epigrafista. Fue una lumbrera de la historia de la antigüedad, disponía de una capacidad organizadora extraordinaria, además fue un autor prolífico. En su célebre testamento se denominó a sí mismo *animal politicum*. Su formación como jurista, su conocimiento profundo de las fuentes antiguas y su pasión de ciudadano le llevaron a crear una imagen de la historia y a construir el Derecho constitucional de la república romana que, debido a la cantidad de las fuentes utilizadas y a su lógica interna, sigue causando admiración. En atención a su obra *Römische Geschichte* recibió el primer premio Nobel de Literatura para lengua alema-

¹ Á. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9.^a ed. (1.^a reimp.), Pamplona, Eunsa, 2002, p. 28.

na, y hasta ahora es el único jurista que lo ha obtenido². Ésta fue la primera obra que Mommsen escribió sobre la república romana; quince años más tarde salió a luz el primer tomo del *Römisches Staatsrecht*. Las dos obras, en cierto sentido, forman una unidad. Ambas determinan también en la actualidad tanto la visión que se tiene del desarrollo de la antigua Roma como del concepto de Derecho constitucional entre historiadores del Derecho y entre iuspublicistas.

La presente contribución se propone, en primer lugar, resaltar los elementos determinantes de la construcción de la historia y del Derecho público de la Roma antigua hecha por Theodor Mommsen (apartado II). En segundo término, se presentará brevemente la crítica a la obra de este gran investigador que se ha efectuado sobre todo en la segunda mitad del siglo XX (apartado III). A modo de conclusión, nos preguntaremos cómo se puede sacar provecho del esfuerzo gigantesco realizado por uno de los más grandes científicos de la historia moderna para hacer accesibles a las instituciones del Derecho público de la modernidad las fuentes antiguas dedicadas a tratar la república romana (apartado IV).

II. RÖMISCHE GESCHICHTE Y RÖMISCHES STAATSRECHT

1. La *Römische Geschichte*

Entre los años 1853 y 1856, Mommsen publicó con el título *Römische Geschichte* una obra monumental en tres tomos sobre la historia de Roma. La idea para el ambicioso proyecto fue suscitada por los editores Reimer y Hirzel que, después de haber escuchado una conferencia sobre los Gracos pronunciada por Mommsen en Leipzig, le invitaron a escribir una historia romana.

La exposición se concentra, en primer lugar, en la época de la república romana y, dentro de ella, la atención del autor se dirige principalmente a la clase dirigente compuesta de patricios y plebeyos. Mommsen concibe la historia en sentido hegeliano buscando las fuerzas morales (*sittliche Mächte*) para descubrir el progreso dentro del cambio histórico. Según Hegel, la historia del mundo se identifica con el progreso del hombre en la conciencia de su libertad. Su construcción historiográfica culmina en la descripción de la figura de Julio César. En César se encarna el espíritu del

² Cfr. J. WIESEHÖFER, *Theodor Mommsen: Gelehrter, Politiker und Literat*, Stuttgart, Franz Steiner, 2005, p. 9.

mundo (*Weltgeist*). Toda la historia de Roma se dirige imperativamente hacia este gran estrategia al que Mommsen califica como único genio creador de Roma [*das einzige schöpferische Genie, das Rom (...) hervorgebracht (...) hat*]. El entusiasmo y veneración con que Mommsen describe su personalidad ha hecho que se haya calificado el relato como «leyenda de santos secularizada». Con César se ha alcanzado el fin mismo de la historia³. Desde el punto de vista historiográfico, la aspiración de Mommsen no iba dirigida en absoluto a la descripción de hechos exteriores; su afán se concentraba más bien en la comprensión íntima de los acontecimientos en su totalidad⁴. En esto Mommsen siguió la tradición inaugurada por Barthold Georg Niebuhr (1776-1831). Mommsen hace suya la frase de Polibio según la cual el historiador no debe inquietar a sus lectores con cuentos de miedo. Este propósito le lleva a omitir todo lo que se pudiera calificar como «historieta irreal y cargada de emociones»⁵. Al mismo tiempo que Mommsen evita la simple narración de hechos referidos por las fuentes antiguas hace descender a los personajes a la vida presente y real. Una de las cualidades preponderantes de la obra consiste en la captación de los hechos de la antigüedad a través de un lenguaje moderno. Así, por ejemplo, el cónsul romano se convierte en alcalde en la obra de Mommsen. Este modo de proceder fue criticado inmediatamente después de la publicación del libro. El autor del *Römisches Staatsrecht* se defendió aduciendo que su intención consistía en sacar los personajes del ámbito trágico fantástico del pasado para introducirlos en el mundo real, donde se odia y se ama, se sierra y se martillea, donde se hace discurrir la fantasía y donde se hacen trampas⁶. Lo que Mommsen quiere presentar a sus lectores es lo que su capacidad racional ha descubierto en las fuentes, y el lenguaje utilizado es tan sugestivo que resulta difícil sustraerse al impacto que produce. El *Römisches Staatsrecht* se puede considerar como continuación del libro sobre la historia romana⁷.

³ Cfr. S. REBENICH, *Theodor Mommsen, Eine Biographie*, München, Beck, 2002, pp. 88-92.

⁴ A. HEUSS, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Franz Steiner, 1996 (reed.), p. 68.

⁵ Cfr. L. WICKERT, *Theodor Mommsen, Eine Biographie III*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1969, p. 402.

⁶ *Ibid.*, p. 628.

⁷ Cfr. A. HEUSS, *Theodor Mommsen...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

2. El *Römische Staatsrecht*

En los años 1871 a 1888 Mommsen publicó el llamado *Römisches Staatsrecht*, un manual sobre el Derecho público de la antigua Roma. El manual abarca un total de más de 3.200 páginas. El valor de la obra trasciende el campo del Derecho romano y de las ciencias de la antigüedad. El primer tomo del *Staatsrecht* se publicó precisamente en el año 1871, la fecha coincide con la proclamación del Segundo Imperio Alemán. Con este paso Mommsen vio realizado uno de sus fines más profundos: la unificación de Alemania. En los años 1873 a 1879, Mommsen fue diputado del Parlamento prusiano. Después del cambio político de Bismarck el Partido Nacional Liberal perdió escaños. En 1881 Mommsen entró a formar parte del Parlamento (*Reichstag*). Mommsen fue un político nacional liberal. Consideró a los terratenientes y al catolicismo como sus adversarios políticos⁸. Estas convicciones forman también los pilares que sostienen el *Römisches Staatsrecht*.

El Derecho público de Mommsen constituyó un hito para toda la ciencia del Derecho público. Hasta la segunda mitad del siglo XIX se comprendía bajo el concepto de Derecho público, en primer lugar, la descripción de un Estado en sus elementos políticos, sociales y administrativos. La valoración de estos elementos dependía de las teorías políticas imperantes en cada momento. El análisis formal y la atención al carácter jurídico de las realidades estatales jugaba un papel muy secundario. Lo mismo cabe afirmar respecto a la estructuración de estas realidades en un sistema normativo. El Derecho público se comprendía en muchas ocasiones como una rama de la historia política⁹. Muy distinto se presentaba el panorama en lo que se refiere al Derecho privado. En la ciencia del Derecho privado del siglo XIX se aceptaba generalmente el método de la escuela pandectística vinculada al nombre de Friedrich Carl von Savigny. Llevando este método al Derecho público se inició la concepción del Estado exclusivamente como fenómeno jurídico y se comenzaron a excluir todos los aspectos situados fuera de este ámbito. Así, se llegó a eliminar la política, la economía y toda consideración sobre la estratificación social de la población¹⁰. La aplicación del método de la pandectística a la realidad historico-polí-

⁸ S. REBENICH, *Theodor Mommsen...*, *op. cit.*, p. 169.

⁹ Cfr. A. HEUSS, *Theodor Mommsen...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ Cfr. J. BLEICKEN, «Staat und Recht in der römischen Republik», en *Gesammelte Schriften I*, Stuttgart, Franz Steiner, 1998, p. 282.

tica de Roma significa, por tanto, una inversión de la perspectiva. Si antes el Estado era considerado casi exclusivamente como una unidad política, ahora se le contempla exclusivamente como sistema jurídico.

Antes de Mommsen ya otro alemán, Carl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823-1891), había hecho un intento de aplicar el método de Savigny al Derecho público. Éste ya en 1865 había publicado su obra *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*. Gerber admiraba la obra de Savigny y Puchta, y consideraba que el progreso en las ciencias del Derecho dependía de la penetración en la naturaleza de los derechos y de un análisis dirigido a la espiritualización de las instituciones (*vergeistigenden Analyse der Institutionen*). El trabajo de Gerber, sin embargo, no constituía más que un esbozo. La obra de Mommsen, en cambio, pretendía presentar un sistema acabado del Derecho público. El *Staatsrecht* se puede calificar como una obra extraordinaria desde el punto de vista de la ciencia. El profesor Rainer —catedrático de Derecho romano de la Universidad de Salzburgo y autor de una monografía sobre el Derecho público romano publicada en 2006— recalca que el *Römisches Staatsrecht* es la única obra sobre el Derecho público de relieve que se ha publicado en el seno de la escuela histórica¹¹. El *Staatsrecht* es el campo en el que Mommsen se encontraba más cómodo, una disciplina que él mismo había creado. Su obra destacaba por su belleza y su solidez¹². Alfred Heuss ha resumido el desafío de redacción del *Staatsrecht* del modo que se expone a continuación. Mientras que el Derecho privado se podía deducir del *Corpus iuris*, no existe una compilación comparable para el Derecho público. El Derecho público se tenía que obtener de un material no jurídico. Era necesario extraerlo del conjunto entero de la historia romana. Quien pretendiera presentar los innumerables detalles necesarios debía tener un conocimiento íntimo de la historia de Roma y ser capaz de exponer los datos aislados con soltura. Heuss afirma que no ha existido ni antes ni después de Mommsen un científico que haya cumplido estas condiciones tan acabadamente como él¹³.

También desde el punto de vista subjetivo Mommsen estaba convencido de haber creado con su monografía sobre el Derecho público una obra excepcional. Por lo general, Mommsen evitaba hacer confidencias

¹¹ J. M. RAINER, «Theodor Mommsen», en S. GRUNDMANN, M. KLOEPFER y C. G. PAULUS, *FS 200 Jahre juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin, Walter de Gruyter, 2010, S. 291.

¹² W. NIPPEL, «Das Staatsrecht in der Diskussion – von 1871 bis heute», en W. y B. SEIDENSTICKER, *Theodor Mommsens langer Schatten*, Hildesheim, Olms, 2005, p. 23.

¹³ Cfr. A. HEUSS, *Theodor Mommsen...*, *op. cit.*, p. 45.

personales, pero cuando hablaba de su trabajo sobre el Derecho público hacía una excepción. En el *curriculum vitae* que Mommsen entregó con ocasión de la presentación de su disertación inaugural del doctorado, el joven científico resume su trayectoria. Cuenta que a través de las clases de los profesores Georg Christian Burchardi y Johann Friedrich Kierulff conoció las Pandectas y comenzó a familiarizarse con ellas. A través de un trabajo sobre las tribus romanas, Mommsen entró en contacto con el estudio de la antigüedad, un trabajo que le cautivaba. Afirma que solamente el convencimiento de que también el Estado romano había recibido la luz a través de la jurisprudencia romana impidió que hubiera cambiado de especialidad¹⁴.

Mommsen consideraba que se había hecho investigador a través del pensar jurídico y que el reconocimiento obtenido por parte de la ciencia jurídica siempre le había importado más que cualquier otro galardón. Estaba convencido de que el *Staatsrecht* era su logro científico más importante¹⁵. Decía que el *Staatsrecht* era lo que iba a perdurar de él¹⁶. De otra parte, presagiaba que la mayoría de los lectores no iba a estar en condiciones de entender todo el alcance de la obra. Como destinatarios identificaba a juristas y filólogos. El hecho de que Mommsen indicara también a los filólogos como destinatarios de su libro sobre el Derecho público se debe al lugar que la filología ocupaba en el conjunto de su obra. De entre sus maestros destaca precisamente el filólogo Otto Jahn (1813-1869). La filología se comprendía como sinceridad completa que no rehúye esfuerzos ni en lo grande ni en lo pequeño, que se enfrenta con todas las dudas posibles, que no disimula huecos ni en lo que se refiere a la tradición ni en lo que atañe al propio saber. La filología era considerada como investigación de la verdad, siempre dispuesta a rendir cuentas ante sí misma y ante los demás¹⁷. Pero también respecto a los filólogos se muestra escéptico. Opinaba que la mayoría de ellos solamente iría a buscar citas en el libro. Mommsen escribía su obra para filólogos que comprendieran el razonamiento jurídico (*für Juristen und Philologen, die juristisch begreifen*) y que fueran capaces de pensar en conjunto¹⁸. Bajo la expresión «pensar en conjunto» Mommsen entendía el pensar sistemático.

¹⁴ L. WICKERT, *Theodor Mommsen, Eine Biographie II, op. cit.*, p. 166.

¹⁵ Vgl. seinen Brief an Wilhelm Henzen vom 11. September 1875 (L. WICKERT, *Theodor Mommsen, Eine Biographie III, op. cit.*, p. 340).

¹⁶ L. WICKERT, *Theodor Mommsen, Eine Biographie III, op. cit.*, p. 340.

¹⁷ L. WICKERT, *Theodor Mommsen, Eine Biographie I, op. cit.*, p. 170.

¹⁸ A. HEUSS, *Theodor Mommsen..., op. cit.*, p. 55.

Con el *Römisches Staatsrecht* de Mommsen, de una parte, la ciencia del Derecho público se ha constituido como ciencia dogmática intrínsecamente unida al Derecho positivo y, de otra, la investigación sobre el Derecho de la antigua Roma ha quedado determinada por el método crítico-histórico.

III. EL SISTEMA DEL DERECHO PÚBLICO DE MOMMSEN Y SU REVISIÓN EN EL SIGLO XX

1. Las instituciones del Derecho público

Mommsen admite la existencia de tres instituciones dentro del Derecho público romano: la magistratura, el *populus* y el Senado. Esta tríada fue también decisiva a la hora de agrupar la materia en los tres volúmenes y cinco libros del manual publicados entre 1871 y 1888. El primer tomo del *Römisches Staatsrecht* lleva el título «La magistratura» y está dedicado a la elaboración de las características generales de los cargos públicos. Siguen dos tomos que desarrollan los cargos particulares, un tomo dedicado a las asambleas populares y otro tomo destinado al Senado. Las frecuentes notas a pie de página contienen un número de fuentes tan elevado y variado que se puede calificar como enciclopédico. La distribución de los tomos muestra que la magistratura juega un papel destacado en el sistema de Mommsen. La magistratura recibe su poder del *populus*, por lo que, en teoría, el pueblo tiene asignada la función de superior respecto de la magistratura, que aparece como sirviente. De otro lado, en el sistema de Mommsen, el Estado sólo puede querer y actuar a través de los magistrados que cumplen su encargo, o bien solos o bien conjuntamente con la asamblea popular. Mommsen sitúa la actividad del Senado casi en su totalidad fuera del ámbito jurídico.

En el sistema de Mommsen destacan dos rasgos más. El autor del *Staatsrecht* concentra un desarrollo que abarca casi mil años en un solo momento histórico. Eliminando el factor del tiempo también excluye cualquier forma de Derecho consuetudinario. En el ámbito del Derecho público la costumbre que genera Derecho consuetudinario es la praxis política. La práctica política, a su vez, se forjaba a través de las decisiones del Senado. La crítica y la revisión del sistema de Mommsen que se está llevando a cabo, sobre todo desde la segunda mitad del siglo pasado, se concentra en intentos de reconducir los hechos comprimidos en el sistema mommsen-

niano a la realidad histórica. Para acercarse a la praxis política romana, los investigadores dan mayor realce a la actividad del Senado.

2. La revisión del Derecho público en el debate entre historiadores y juristas

Inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial se dieron los primeros intentos de revisar el sistema mommseniano. Un primer incentivo para una revisión del método aplicado por Mommsen provino del filólogo Richard Heinze (1867-1929). Heinze todavía había asistido a las clases de Mommsen en Berlín. De él recibió el impulso para el estudio del Estado romano. Sin embargo, en su discurso inaugural como rector de la Universidad de Leipzig se distancia expresamente del enfoque sistemático de su antiguo profesor. Su discurso lleva el título «De las causas de la grandeza de Roma» (*Von den Ursachen der Größe Roms*). Dice el nuevo rector: «Si Theodor Mommsen enseñaba que Roma había alcanzado su grandeza meramente a través de un sistema de centralización política llevado a cabo con energía, tendremos que aprender como siempre cosas importantes del historiador más grande de la modernidad. Pero hay que tener en cuenta que las instituciones, aunque puedan ser muy importantes y llevar a consecuencias políticas relevantes, nunca pueden ser consideradas como causas primeras de cambios políticos estructurales; detrás de éstas siempre hay hombres, que las han creado, mantenido y llevado a término»¹⁹. Estas consideraciones indican una de las cuestiones principales a la hora de enfrentarse a la obra de Mommsen que ha marcado la discusión a lo largo de decenios: la relación entre institución jurídica y actuación de las personas responsables de cada época. Los avatares de la Segunda Guerra Mundial y de la posguerra inicialmente impidieron un estudio más a fondo de la obra mommseniana.

A partir de los años cincuenta del siglo XX se han sucedido varios proyectos dirigidos a una revisión del sistema mommseniano. Entre los investigadores que se han ocupado del tema hay que destacar sobre todo a Alfred Heuss y Jochen Bleicken. Alfred Heuss, profesor de historia de la antigüedad en Göttingen, publicó en el año 1956 un libro con el título

¹⁹ La cita está tomada de U. WALTER, «Alfred Heuss und Theodor Mommsen – ein lebenslanger Dialog», en A. HARTMANN y G. WEBER, *Zwischen Antike und Moderne, FS für Jürgen Malitz zum 65. Geburtstag*, Speyer, Kartoffeldruck, 2012, p. 247.

Theodor Mommsen y el siglo XIX en el que presenta un análisis de la génesis histórica. Jochen Bleicken, que inició su trayectoria académica como discípulo de Alfred Heuss, describe el procedimiento de Heuss al acercarse a la obra de Mommsen de la siguiente manera: «Contestar el método sistemático de Mommsen no solamente a través de una descripción histórica, sino llevar a cabo una crítica más honda, que consiste en la revelación de las condiciones intelectuales de la obra entera de Mommsen y en la discusión del trasfondo político de su vida. Eso significa buscar la respuesta a fenómenos históricos en las condiciones históricas del pensamiento. Es una manera muy típica de proceder de Alfred Heuss»²⁰.

Heuss defendía que Mommsen ha confundido dos categorías lógicas. La meta de Mommsen consistía en la descripción de un régimen jurídico en el momento de su validez. Heuss añade que un sistema de validez necesita un punto de partida fijado de modo *a priori* de donde deriva su obligatoriedad. Este punto de partida no puede ser encontrado convincentemente para un régimen del pasado, y menos todavía para la descripción del desarrollo de un régimen histórico. El historiador de Göttingen señala también que la divergencia entre historia y presente se hubiera presentado de manera más clara si Mommsen hubiera construido el Estado romano en su conjunto, pero la construcción de Mommsen quedó restringida a las instituciones. Para Mommsen no existía ninguna necesidad de presentar el Estado romano en su conjunto porque la visión de conjunto estaba intrínsecamente unida al sistema por él creado. Él sostenía que el sistema contiene su propia verdad. El efecto más terminante que se desprende de este modo de proceder es que la construcción de Mommsen llegó a eliminar ahistóricamente contextos históricos²¹.

Jochen Bleicken, a su vez, ha puesto de manifiesto —según afirma el profesor Rainer de la Universidad de Salzburgo— el esfuerzo de Mommsen a la hora de formular los conceptos y de aplicar el método procedente de la escuela histórica a las fuentes del Derecho público romano²². De hecho, Bleicken valora las definiciones formuladas por Mommsen en relación a los cargos de la Roma antigua y afirma que éstas también encuentran resonancia en las normas precisas y hasta positivistas de las fuentes antiguas. La consecuencia lógica de este diagnóstico es que la magistratura tenía que quedar posicionada en el centro del sistema de Mommsen.

²⁰ *Ibid.*, p. 253.

²¹ A. HEUSS, *Theodor Mommsen*, *op. cit.*, p. 53.

²² J. M. RAINER, *Römisches Staatsrecht*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006, p. 14.

sen. Bleicken recalca que en el Derecho público de Mommsen la voluntad del magistrado se presenta como único poder relevante. La voluntad del magistrado era el único poder jurídicamente reconocible. También Mommsen sabía que en la realidad histórica romana no eran los magistrados los que gobernaban Roma, sino el Senado, y que el magistrado constituía solamente un representante no particularmente fuerte de la clase agrupada en el Senado. Bleicken subraya: «Se llega a intuir la importancia del método para Mommsen más claramente cuando se ve que, a pesar de este conocimiento [acerca de la distribución de los poderes en Roma], subordinaba estrictamente la relación entre magistrado y Senado al sistema jurídico». Esta opción se hace sentir más agudamente a la hora de estudiar las relaciones entre magistrado y Senado²³.

Jochen Bleicken, por tanto, afirma decididamente que cualquier revisión del método sistemático de Theodor Mommsen tendría que tomar como punto de partida el estudio del Senado. Esta convicción está también en el centro de una valoración crítica que Bleicken hace en 1996 con el título «A la sombra de Mommsen» (*Im Schatten Mommsens*) al manual del jurista Wolfgang Kunkel publicado en 1995 y destinado a una reelaboración general del Derecho público romano. Bleicken, en esta reseña, pasa revista a varias obras que se habían propuesto una revisión del *Staatsrecht* mommseniano. De todos ellos, el libro de Kunkel es el trabajo más extenso publicado sobre la materia desde el *Römisches Staatsrecht* de Mommsen. Aunque Bleicken hace notar en varias ocasiones que aprecia el trabajo realizado por el jurista alemán, el tono general de la reseña es más bien crítico, y eso se debe principalmente al hecho de que Kunkel ha optado por poner en el centro de su atención las normas sobre los magistrados romanos. Bleicken escribe: «Veo en el libro de Kunkel un regreso a Mommsen, por supuesto no a su conceptualismo (*begriffslogisches System*), pero sí a la convicción que interpreta la historia constitucional como una historia de las instituciones [...] La diferencia con respecto a Mommsen está en cómo se obtiene el material. La intención de Kunkel está centrada en una construcción del orden público visible y fácilmente accesible para el lector a partir de las fuentes. Precisamente aquí radica el valor de su exposición y también su distanciamiento frente a Mommsen». A continuación Bleicken denuncia los inconvenientes que se derivan —a su modo de ver— de esta opción metodológica. Considera que Kunkel ha escogido un espacio de tiempo tan limitado para la exposición de la magistratura que se podía

²³ J. BLEICKEN, *Lex publica*, Berlin, Gruyter, 1975, pp. 24-25.

abarcar fácilmente también en el marco de una presentación a partir de las instituciones. El problema dominante, sin embargo, está en la condición estática de la institución que impide un enfoque histórico: «Entre la descripción de un estado histórico partiendo de sus instituciones y la exposición histórica necesariamente existe una tensión, ya que el carácter estático se opone al transcurso del cambio histórico»²⁴.

El debate científico entre historiadores y juristas pone de manifiesto los desafíos que el *Römisches Staatsrecht* de Mommsen presenta también hoy. Se trata, en primer lugar, de saber individuar detrás de las instituciones la actuación de personajes históricos concretos, y estos personajes se descubren en el Senado romano. En segundo lugar, el reto consiste en reconducir los hechos a su contexto histórico adecuado. Y en último lugar, queda la cuestión de la relación entre la institución como categoría jurídica y la consideración de las unidades políticas en el transcurso del tiempo.

IV. LA EXPERIENCIA DE LA REPÚBLICA ROMANA Y LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO LIBERAL MODERNO EN LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA

1. El debate entre historiadores y juristas

El debate sobre cómo compaginar el estudio de las realidades sociales, económicas y políticas con el pensamiento institucional ha marcado la ciencia del Derecho público. Los historiadores en muchas ocasiones contemplan las instituciones jurídicas con escepticismo, alguna vez incluso con rechazo. Un ejemplo que demuestra que esta cuestión a veces se aborda incluso con pasión es el juicio crítico de Karl-Joachim Hölkeskamp, un historiador que ha dedicado estudios muy profundos a la *res publica* romana sobre un libro del jurista J. Michael Rainer en el que achaca al autor su postura sistemática iuspublicista. En el centro del dictamen está la convicción expresada por Rainer en un libro sobre el *Römisches Staatsrecht*: «Concretamente también el funcionamiento del sistema político se puede desarrollar a través de las particulares instituciones jurídicas»²⁵. El histo-

²⁴ J. BLEICKEN, «Im Schatten Mommsens, Gedanken zu Wolfgang Kunkels Buch über die Magistratur in der römischen Republik», en *Gesammelte Schriften I*, Stuttgart, Franz Steiner, 1998, p. 549.

²⁵ J. M. RAINER, *Einführung in das römische Staatsrecht*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997, pp. 9 y 6.

riador califica esta postura como «mezcla entre ingenuidad e ignorancia». Hölkeskamp opina que esta posición ya se ha superado a través de romanistas de la generación precedente y nombra a Wolfgang Kunkel; a continuación refuerza su punto de vista a través de una cita de Franz Wieacker. Wieacker define la constitución de la república romana como «el conjunto de organismos y normas de actuación formalizadas, que a veces se confirmaban, corregían o se desarrollaban más a través de leyes particulares. Este conjunto se comprendía y aplicaba en su totalidad como una organización jurídicamente vinculante. La constitución romana como realidad histórica es un proceso permanente, su comprensión exige la actualización de sus lazos políticos y sociales»²⁶. Rainer recientemente ha rechazado el reproche de Hölkeskamp. El profesor de Salzburgo opina que el juicio severo del historiador se debe a un desconocimiento del Derecho, de su metodología y, en particular, del enfoque sistemático exigido por la dimensión jurídica del estado romano. No piensa que los trabajos de Kunkel y Wieacker hayan llevado a un rechazo definitivo de todo planteamiento sistemático²⁷. Esta controversia entre dos pensadores contemporáneos invita a preguntarse una vez más cómo se puede compaginar un enfoque jurídico-sistemático con la sensibilidad y el aprecio para la realidad histórico-política de la antigüedad. Rainer ha calificado la cita de Wieacker como «producto magnífico» de un pensador que ha estado bajo muchos aspectos en sintonía con la historia del Derecho antigua²⁸. Asociando las palabras de Wieacker —apreciadas tanto por historiadores como por juristas— con la posición descrita en el párrafo anterior de Jochen Bleicken se muestra que una razón del rechazo del planteamiento de la constitución romana en términos jurídicos radica en el hecho de que el pensamiento institucional parece estar unido intrínsecamente a un concepto estático de la constitución romana. Se puede decir que la obra de Kunkel que ha intentado conciliar el enfoque institucional con la atención a la realidad histórica ha allanado el camino también para llegar a una concepción dinámica de la realidad constitucional de Roma.

²⁶ La cita está tomada de K.-J. HÖLKESKAMP, «Ein “Gegensatz von Form und Inhalt”», en W. NIPPEL y B. SEIDENSTICKER, *Theodor Mommsens langer Schatten*, Hildesheim, Georg Olms, 2005, p. 118.

²⁷ J. M. RAINER, «Theodor Mommsen», *op. cit.*, p. 299.

²⁸ *Ibid.*, p. 299.

2. El término *Herkommen* y los elementos dinámicos de la constitución romana

Un término clave en la revisión de la obra mommseniana que Kunkel se ha propuesto estudiar es el concepto de *Herkommen*, que se podría traducir, apoyándose en la definición del Diccionario de la Real Academia Española, como «provenir», describiendo un nacer, un originarse. El mismo concepto ya indica una apertura al cambio de las formas jurídicas. Kunkel deriva del *Herkommen* el Derecho consuetudinario en el ámbito constitucional. El autor expone que mientras en el Derecho privado las fuentes jurídicas e históricas antiguas utilizan con frecuencia la palabra latina *consuetudo* para referirse al Derecho constitucional, esta expresión no se emplea para el Derecho público. El profesor alemán explica que el hecho de utilizar términos distintos se debe a la diferente configuración del Derecho consuetudinario en ámbitos privado y público. En Derecho privado el término *consuetudo* se aplicaba al «ejercicio diario constantemente repetido»; cuestiones de Derecho público por su misma naturaleza no se suelen plantear referentes a acciones diarias. De otro lado, el mero uso de la palabra no permite todavía conclusiones sobre la calificación de un acto como norma jurídica. En efecto, de las praxis políticas se pueden deducir también costumbres meramente sociales. Kunkel pone de relieve que los términos latinos utilizados en ámbito público por las fuentes antiguas ya poseen una implicación normativa. Se trata de los términos *mos maiorum*, *instituta maiorum*, *exempla maiorum*. El profesor alemán explica que cada una de estas palabras posee connotaciones importantes. Con *mos* los autores romanos se referían a comportamientos no solamente de hombres, sino también de animales; empleado en forma de plural con la palabra *mores* designaban rasgos de carácter, y la descripción de estos rasgos ya se va acercando a una valoración en términos de bueno o malo. La combinación *mores* con *maiores* (antecedentes) implica siempre una estimación positiva. La expresión *mores maiores* se refiere, por tanto, a los [buenos] ejemplos de los antecedentes. La palabra *instituta* contiene una alusión al ejercicio de la voluntad (p. ej., de parte de un magistrado romano). En este caso el carácter normativo no proviene del ejemplo de los *maiores*, sino de la voluntad del que está llamado al ejercicio de un cargo. Kunkel propone para la traducción del término *instituta* al alemán el término *Grundsätze* (principios). La tercera expresión que conviene tener en cuenta a la hora de estudiar la cuestión del Derecho consuetudinario en ámbito constitucional es la expresión *exempla maiorum*.

Kunkel indica: «[Este término] lleva directamente al método con el que [los romanos] decidieron si una actuación era correcta o no [Kunkel añade] —intencionalmente— no empleo el término legal»²⁹. A continuación se presentan algunos casos en los que las fuentes antiguas resolvieron cuestiones constitucionales a base de costumbres: si se puede designar al magistrado que dirige las votaciones, si el *flamen Dialis* por razón de su cargo tiene derecho a formar parte del Senado, si se puede conceder el derecho a entrar en triunfo a la ciudad a una persona que nunca ha desempeñado un cargo público. Desde un punto de vista genérico el profesor de Derecho romano explica que el *mos maiorum* designa la actuación de los antecesores en todos los campos de la vida. La calidad de las normas que se pueden deducir de los actos de los *maiores*, especialmente su designación como normas constitucionales, depende únicamente de la calidad de la cuestión puesta. Si se trata de una materia jurídica también la norma derivada tiene carácter jurídico. A continuación Kunkel apunta, resumiendo, que todos los casos expuestos conciernen al Derecho constitucional y todavía agrega que también los argumentos empleados por los protagonistas de los hechos eran argumentos jurídicos³⁰. Para poder comparar el modo de acercarse a las fuentes romanas por parte de Kunkel y de Mommsen a continuación se describe brevemente el empleo del concepto *Herkommen* en el *Römisches Staatsrecht* de Theodor Mommsen. Después de unas consideraciones generales se desarrollará uno de los casos comentados por Kunkel confrontándolo con la interpretación que Mommsen le da al mismo suceso.

Theodor Mommsen utiliza el término *Herkommen* muchísimas veces en el *Römisches Staatsrecht*³¹. A diferencia de Kunkel, Mommsen no da ninguna explicación sobre el puesto que asigna al término dentro del Derecho público. El autor del *Römisches Staatsrecht* se sirve de la palabra uniéndola a otras varias expresiones. Así habla, por ejemplo, de «*altes Herkommen*» (provenir antiguo), «*Recht und Herkommen*» (derecho y provenir), «*durch Gesetze bestätigtes Herkommen*» (un provenir confirmado por leyes) o también deduce normas del «*Gesetz oder dem Gesetz gleichstehendes Herkommen*» (leyes o de un provenir equivalente a una ley).

²⁹ W. KUNKEL, «Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht in der Römischen Republik», en *Kleine Schriften*, Weimar, Böhlau, 1974, p. 377.

³⁰ *Ibid.*, p. 381.

³¹ En relación con una investigación concreta he intentado coleccionar los textos en los que Mommsen acude a este término y he podido coleccionar un material que abarca más de cien folios. Cfr. N. EL BEHEIRI, *Das regimen morum der Zensoren, Die Konstruktion des römischen Gemeinwesens*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

En bastantes ocasiones Mommsen emplea el *Herkommen* refiriéndose a las condiciones exigidas para el acceso a cargos públicos o al modo concreto de emplear estos cargos. Mommsen concede que el *Herkommen* tiene una cierta importancia para el Derecho público, pero subraya que las normas derivadas del *Herkommen* no tienen carácter legal. En una ocasión dice que la calificación jurídica de un *Herkommen* no está clara en absoluto. Mommsen contrapone el *Herkommen* al ámbito jurídico. El *Herkommen* puede ir paralelo a la ley, la ley puede confirmarlo, el *Herkommen* incluso puede ser equiparado a una norma legal. Mientras Kunkel utiliza el término para poder acercarse a los cambios dentro de la constitución nos parece que Mommsen emplea el término como un concepto abstracto, excluyendo así la posibilidad de cambios y transformación.

3. Reclamación de derechos de cierto *flamen dialis*

Wolfgang Kunkel en su estudio sobre el Derecho consuetudinario en el Derecho público romano ha mencionado el caso de un cierto *flamen dialis* —sacerdote dedicado al culto de Júpiter— que recurriendo a una costumbre antiquísima reclamó el derecho de entrar en el Senado. El historiador Tito Livio relata el suceso situándolo en el año 209 a. C. Livio cuenta que Cayo Valerio Flaco fue consagrado como *flamen dialis* en contra de su voluntad. El joven, procedente de una *gens* patricia, previamente había llevado una vida disoluta y descuidada. Pero el cargo le llevó a cambiar de conducta tan completamente que,

«entre los jóvenes de Roma, ninguno ocupó un lugar más alto en la estima y aprobación de los dirigentes patricios, fuesen amigos o extraños. Animado por este aprecio general, logró la suficiente confianza para revivir una costumbre que, debido al poco carácter de los anteriores flámenes, hacía mucho que había caído en desuso y tomó su asiento en el Senado. Al tratar de entrar, el pretor Lucio Licinio lo expulsó. Él reclamó aquel antiguo privilegio de los sacerdotes, pidiendo que se le confiera junto con la toga pretexa y la silla curul, como flamen que era. El pretor rehusó considerar el asunto basándose en precedentes obsoletos precedentes de los analistas y apeló al uso reciente. Ningún flamen dial, arguyó, había ejercido aquel derecho desde que tenían memoria sus padres o abuelos. (*Praetor non exoletis vetustate annalium exemplis stare ius, sed recentissimae cuique consuetudinis usu volebat: nec patrum nec avorum memoria Dialem quemquam id ius usurpasse*). Los tribunos, cuando se les requirió, dieron su opinión de

que, habiendo caído en desuso aquella práctica por la indolencia y dejadez de flámenes individuales, no se podía privar de sus derechos al sacerdocio (*Tribuni rem inertia flaminum oblitteratam ipsis, non sacerdotio damno fuisse cum aequum censuissent...*). Condujeron al flamen al interior de la Curia entre la calurosa aprobación de la misma y sin ningún tipo de oposición, ni siquiera del pretor, pues todos pensaban que Flaco se había ganado su asiento más por la pureza e integridad de su vida que por cualesquiera derechos inherentes a su cargo»³².

Un primer aspecto que se puede señalar consiste en el hecho de que un patricio reclamaba el auxilio de los tribunos. En su manual sobre el Derecho público Kunkel comenta: «La facultad auxiliadora de los tribunos estaba destinada originariamente a protección de los plebeyos. Más tarde, cuando los tribunos ya no ejercían su función exclusivamente como órganos de la *plebs*, sino que asumían también la función de un órgano constitucional en casos particulares, se prescindía de la procedencia del que se acogía a sus auxilios» (aquí menciona el caso del flamen del año 209)³³. Se ve, por tanto, que la magistratura del tribuno de la plebe, establecida en el siglo V a. C., había experimentado un cambio fundamental en el siglo III. Por lo que se refiere a los argumentos empleados por parte del pretor y de los tribunos, Kunkel recalca que el pretor apela al hecho de que los sacerdotes durante largo tiempo no han hecho uso de su derecho, lo que equivalía a una renuncia del mismo. Los tribunos, en cambio, argumentaban que esta renuncia solamente valía para los flámenes individuales y no tenía ningún efecto en cuanto a los derechos derivados del cargo³⁴. La divergencia de opiniones inicialmente planteada se resuelve con el parecer del Senado, que se da por vía de aclamación general. Parece que Tito Livio quiere matizar la impresión de que el flamen había entrado en el Senado solamente por medio de razonamientos jurídicos. Por ello añade que, más que todos los argumentos alegados, vale la integridad de vida del candidato.

También Theodor Mommsen ha hecho mención del caso del flamen del año 209 a. C. Lo hace en el tercer tomo dedicado al estudio del Senado de su *Römisches Staatsrecht*. Mommsen explica que con el transcurso del tiempo las posiciones que por derecho podían reclamar un puesto en el Senado han aumentado. En lo que se refiere al caso que nos ocupa dice:

³² T. LIVIO, *Ab urbe condita*, 27, 8, 8-10.

³³ W. KUNKEL, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München, Beck, 1995, p. 589.

³⁴ W. KUNKEL, «Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht...», *op. cit.*, p. 381.

«La norma según la cual al flamen más alto de la comunidad [...] le corresponde el derecho de entrar al Senado proviene de un tiempo muy lejano, a lo mejor incluso del tiempo de los reyes». En la nota a pie de página anade: «El derecho basado en el *Herkommen* (*exoletis vetustate annalium exemplis*) del *flamen dialis* había caído en olvido, porque los que habían ejercitado este sacerdocio tenían una reputación muy baja; pero [este derecho] se ha reclamado [...] otra vez con éxito»³⁵.

Volviendo a la cuestión inicial de si el *Herkommen* —o los *exempla*— producen Derecho constitucional se pueden sacar las siguientes conclusiones de las exposiciones de Theodor Mommsen y Wolfgang Kunkel. Los dos autores sitúan el caso claramente en el ámbito del Derecho constitucional. Aunque Mommsen trata el caso en el tomo sobre el Senado, los dos autores examinan el caso bajo el aspecto de derechos unidos a una magistratura —a la del *flamen dialis*—. Desde el punto de vista sistemático, se comprueba también en este caso que la magistratura efectivamente es el eje alrededor del cual se puede edificar el Derecho constitucional. Dicho con otras palabras, se puede resumir que los dos autores se preguntan si a la institución jurídica *flamen dialis* pertenece el derecho de entrar en el Senado. En el caso concreto también la fuente antigua da primacía a los aspectos institucionales, haciendo prevalecer los derechos unidos al cargo como categoría jurídica sobre la situación de hecho durante muchos años. El caso, por tanto, pone de relieve una de las ventajas más grandes del pensamiento constitucional del siglo XIX, la seguridad jurídica y la estabilidad de derechos una vez obtenidos. Junto a estos aspectos, donde se observa un consenso entre Kunkel y Mommsen, el caso también muestra las diferencias de enfoque. Kunkel, apoyándose en el texto de Livio, somete la configuración de la institución al juicio concreto del Senado histórico y llega así a una concepción de la magistratura dinámica, abierta a cambios. Mommsen precinde de los actos reales, lo que le lleva a una concepción abstracta y estática de la magistratura. Desde el punto de vista historiográfico, el cauce que Kunkel da al caso ofrece un espacio amplio que permite tener en cuenta realidades sociales y políticas. En el caso concreto se podría estudiar el papel de la unificación entre patricios y plebeyos para la que el cambio del cargo del tribuno de la plebe es un indicio innegable. La fuente de Livio también abre la puerta para consideraciones éticas haciendo hincapié en el pensamiento, generalmente aceptado en la antigüedad, de que las instituciones del Derecho positivo siempre tienen que responder a las exigencias de la justicia.

³⁵ T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III,2, 3, Leipzig, Auflage, 1887, pp. 859-860.