

LA RELACIÓN ENTRE 'FAS' E 'IUS' EN LA ROMANÍSTICA
CONTEMPORÁNEA: SUBSTRATOS IDEOLÓGICOS DE UN DEBATE
SOBRE LA RELACIÓN ENTRE RELIGIÓN Y ESTADO

*THE RELATION BETWEEN 'FAS' AND 'IUS' IN THE CONTEMPORARY
ROMANISTIC: IDEOLOGICAL SUBSTRATES OF A DEBATE ABOUT THE RELATION
BETWEEN RELIGION AND STATE*

ALFREDO DE J. FLORES*
Universidad Federal de Río Grande del Sur, Brasil

RESUMEN

El autor presenta a través de este trabajo la relación entre religión y derecho en la Roma antigua, con el fin de ofrecer un elemento de análisis adicional para una comprensión más profunda respecto de la laicidad y del fenómeno jurídico en la actualidad. Para ello, es necesario observar la evolución de la idea entre los autores, la que en un comienzo es presentada en forma de una oposición entre ambos conceptos, para derivar posteriormente en una distinción y finalmente a una complementación.

Palabras clave: *Ius - fas - religión - laicidad - derecho romano*

ABSTRACT

The author presents through this work the relationship between religion and law in ancient Rome, in order to provide an additional element of analysis for a deeper understanding of secularism and the juridical phenomenon today. For this, it is necessary to observe the evolution of the idea among authors, which is initially presented in the form of an opposition between two concepts, which eventually derive into a distinction, and finally to a complementation.

Key words: *Ius - fas - religion - secularism - roman law*

* Doctor en Derecho por la *Universitat de València* (España). Profesor Adjunto de Metodología Jurídica (*Universidade Federal do Rio Grande do Sul* – UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil). Profesor Permanente del Programa de Posgrado *stricto sensu* en Derecho (UFRGS). Socio-adherente de la *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (AAFD). Contacto: alfredo.flores@ufrgs.br

INTRODUCCIÓN

El tema de establecer un estatus científico a la *iurisprudentia* en Roma no se restringió a encuadramientos metodológicos; de hecho, el construir una ciencia jurídica en la civilización romana demandó aun el reconocer una técnica jurídica e instituciones políticas y jurídicas. Eso puede servir como analogía a lo que se vive hoy, el discurso dominante en la cultura occidental pretende definir un derecho y un Estado fundados en un laicismo que, a su vez, rechaza toda y cualquier referencia a lo religioso, pero hace eso con el riesgo de llevar a la corrupción de costumbres populares y a la degeneración de las instituciones. En otras palabras, la pretendida ‘cientificidad’ ilustrada por detrás de un discurso laicista intenta construir una imagen del conocimiento jurídico como siendo autónomo ante las propuestas totalizadoras de las religiones.

Es posible afirmar que el caso romano es peculiar por varios motivos, si se busca estudiar dicha relación entre lo humano y lo divino en esa civilización, el fundamento de lo jurídico en Roma adviene de lo religioso, pero eso no significa que no existiese un espacio de construcción del mundo humano de significados para los romanos. Había una estrecha vinculación entre el *fas* y el *ius*, pero cada uno tenía su propio espacio en el mundo romano primitivo. Y además, cuando vino a ocurrir la laicización del derecho en el período republicano romano, los *iurisconsulti* justamente han dado continuidad a los trabajos de los pontífices antiguos. En razón de eso, se puede decir que los varios ejemplos de contacto entre los ámbitos jurídico y religioso en Roma pueden presentar nuevos elementos para el debate contemporáneo.

Así, se buscará reconstruir mediante esa investigación la relación entre religión y derecho en la Roma antigua con vistas a servir de parámetro para una comprensión más profunda respecto de la laicidad y del fenómeno jurídico en la actualidad. Para ello, se ha dividido ese trabajo en tres partes: inicialmente, presentando (1) la relación entre *fas* e *ius* como oposición, según se nota en romanistas del Ochocientos como Jhering, para enseguida tratar (2) del cuestionamiento de dicha visión por autores del Novecientos, de donde se pasa (3) a la noción de complementación y distinción entre los ámbitos del *fas* y del *ius* en las últimas décadas de debates.

La característica dominante en los tres apartados a seguir es la llave de lectura de esa investigación: que entre los romanistas más reconocidos de los últimos dos siglos, a partir de mitad del siglo XIX hasta algunas décadas atrás, varios de ellos buscaron muchas veces en sus estudios romanísticos demostrar sus opiniones actuales sobre espacio religioso, civil y político a través del proceso de encuadramiento de la relación entre *fas* e *ius* en la Roma primitiva, con las debidas reverberaciones de eso en la Roma republicana e imperial. El carácter ejemplar de la historia romana, tan común a la Romanística de los últimos siglos, se convierte en tipo ideal (muchas veces, según el criterio del investigador) de la época en que se vive actualmente. Con eso, se puede perder el criterio de comprensión del pasado en razón del contexto presencial del mismo investigador.

1. LA RELACIÓN ‘FAS’-‘IUS’, ¿UNA OPOSICIÓN?

La comprensión de que existió en Roma una oposición entre *fas* e *ius* remonta a la opinión predominante en fines del Imperio romano de una separación entre Iglesia y Estado. Eso se percibe en el pensamiento de San Agustín, cuando distingue lo re-

ligioso y lo estatal, e igualmente en San Isidoro de Sevilla. En efecto, Isidoro en el libro V de su *Etimología* trata de las leyes, en especial en el capítulo II cuando define un criterio de separación de las mismas. Así, inicia el apartado con una sentencia¹ en que asevera que todas las leyes son divinas o humanas, de donde las divinas reflejan la naturaleza de las cosas y las humanas las costumbres. El autor no deja de afirmar además que es posible la existencia de diferencias entre esas leyes, según la voluntad de quien la estipula.

Entretanto, fue en la sentencia siguiente que Isidoro manifiesta una lectura de la relación entre *fas* e *ius*, en cuanto una interpretación de la experiencia romana, donde se habla que el *fas* es la *lex divina*, mientras que el *ius* es la *lex humana*². Tal vínculo con la idea de ley explica además que el *fas* podría aceptar algo que el *ius* no permite, de donde esa distinción se percibiría en el fundamento, es decir, o la voluntad divina o la voluntad de los hombres. Esa tradición filosófica medieval, que conyugaba los aspectos religiosos y filosóficos, de algún modo consiguió ubicar el lugar del *fas* por analogía a la revelación cristiana, como siendo el aspecto jurídico de la voluntad divina. De alguna forma, dicha concepción se hizo presente en la teoría política en el Medievo occidental, la que a su vez buscó establecer una distinción entre el poder religioso y el secular, pero según se atribuye al Papa Gelasio I, sin olvidar que habría una estrecha vinculación, ya que todo poder emana de Dios.

Sin embargo, el discurso moderno científicista siguió otra dirección, justificando una interpretación de las fuentes en que se pregona una total separación entre lo divino y lo humano, dentro de la perspectiva de la revolución liberal. Obviamente la lectura del pasado ha recibido influencia de la visión de esa época, como se nota en los romanistas del siglo XIX. De hecho, en los estudios romanísticos sobre la relación entre *fas* e *ius*, se consolidó como opinión de relieve la posición de Rudolph von Jhering en su *Espíritu del derecho romano*, en que defiende la oposición entre esos ámbitos³ en la experiencia jurídica romana. Además, partiendo de la citada sentencia de Isidoro, que es recordada por Jhering, sería posible una lectura de que la tradición seguiría en esa orientación, de donde se confirmaría como característica típica de los romanos, apuntada por el mismo Jhering, el análisis, es decir el hecho de discriminar a los dos términos desde el inicio de su historia. Así, a juzgar por la repercusión de sus ideas, Jhering consigue influir en los autores posteriores en el sentido de aislar el fenómeno religioso del ámbito de definición de las cosas humanas.

¹ De ese modo, habla Isidoro: "Omnes autem leges, aut divinæ sunt, aut humanæ. Divinæ natura, humanæ moribus constant ; ideoque hæc discrepant, quoniam aliæ aliis gentibus placent" (*Etymol.* lib. V, caput II, 1), según se nota en SANCTUS ISIDORUS. 'Opera omnia', tomi 03-04. En: MIGNE, Jacques-Paul. *Patrologiæ cursus completus*. Series secunda. Patrologia Latina, París, 1850, tomus LXXXII, pp. 197-198.

² *Ibid.* Así, ha anunciado Isidoro: "Fas lex divina est; jus lex humana. Transire per alienum fas est, jus non est" (*Etymol.* lib. V, caput II, 2), en la edición ya mencionada.

³ Asevera Jhering en la nota a pie de página, n. 164: "Isid. Orig. V, 2: Fas lex divina, jus lex humana est. Serv. ad Virg. Georg. I, 269. Fas et jura sinunt i. e. divina humanaque jura permittunt, nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines", en el clásico libro VON JHERING, Rudolph, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1878, p. 266.

De hecho, explica Jhering en el *Geist*, en capítulo sobre el principio religioso y su influencia sobre el Estado y el Derecho, que el *fas*⁴ sería el “derecho religioso, santo o revelado”, comprendiendo el ámbito jurídico de la religión y además lo que presenta carácter religioso en el Derecho público y en el privado. En consecuencia, en la opinión del autor, hay un carácter que no es religioso en el Derecho, a que Jhering atribuye que es el sentido de *ius* entre los romanos. En otros términos, defiende⁵ que la substancia religiosa no penetraría en todo el Derecho, habiendo una escisión entre lo divino (Dios y la religión) y lo humano (los hombres y el Estado), con fronteras bien delimitadas.

Por eso, Jhering establece criterios de comparación entre esos ámbitos buscando definir, casi de una forma esquemática, el antagonismo entre ellos. Así, el autor empieza afirmando que el *ius* corresponde a lo variable y perfectible en cuanto creación humana dependiente de un acuerdo del pueblo para que vincule jurídicamente, de donde la falta de observancia a los dictámenes del mismo resultaría solamente en perjuicio a intereses humanos. En lo que toca al *fas*, asevera que es inmutable porque basado en la voluntad divina y, por esa razón, solamente los dioses podrían modificarlo, al hombre cabría la obediencia so pena de hacer ultraje⁶ a lo divino.

A pesar de afirmar esa antítesis, Jhering reconoce que la religión influye en el Derecho y en la constitución política de la Roma antigua. Así, respecto al Estado, habla que los representantes de toda unidad política hacen referencia también a lo divino en sus actos, manifestando un papel de sacerdote con una función religiosa que siempre es intrínseca a su actuación⁷ en el cargo. El autor asevera eso teniendo en cuenta siempre que las fuentes del Derecho se vinculaban también a algunos magistrados, de donde toca igualmente al ámbito jurídico. Y, junto a eso, el jurista añadiría que tal influencia⁸ de la religión no ocurrió solamente durante el período monárquico, sino

⁴ *Ibid.* Cuanto a eso, la visión de Jhering es la siguiente: “Fas ist das religiöse, heilige oder geoffenbarte Recht. Das Fas schließt sowohl die Religion, soweit sie rechtliche Gestaltung annimmt, also in unserer heutigen Sprache das Kirchenrecht, als das Privat- und öffentliche Recht, soweit es eine religiöse Beziehung hat” (pp. 266-267).

⁵ *Ibid.* Respecto a eso, explicaba Jhering: “Nicht das ganze Recht hat einen religiösen Charakter ; die religiöse Substanz durchdringt, wenn ich so sagen darf, nicht mehr den gesamten Organismus, sondern Gott und Menschen, Religion und Staat haben sich bereits getheilt, eine Gränzcheidung vorgenommen” (p. 267).

⁶ *Ibid.* En ese sentido, dice Jhering: “Das Jus ist Menschensatzung, daher veränderlich, bildsam. Die bindende Kraft desselben beruht auf der gemeinsamen Vereinbarung des Volks, die Nichtachtung desselben verletzt bloß menschliche Interessen. Das Fas hingegen stützt sich auf den Willen der Götter, ist also unabänderlich, insoweit nicht die Götter selbst eine Neuerung belieben ; die Uebertretung desselben enthält einen Frevel gegen die Götter” (p. 267).

⁷ *Ibid.* Afirma Jhering: “Wer den Staat oder irgend eine politische Einheit repräsentirt, vertritt dieselben auch den Göttern gegenüber, die Beamten sind geborne Priester ; die religiösen Functionen bilden fortwährend einen nothwendigen Bestandtheil ihrer Amtsthätigkeit. Die Kenntniß des Ritus mögen sie sich immerhin von Personen des geistlichen Standes suppeditiren lassen, aber die religiöse Handlung selbst geht von ihnen aus, die Fähigkeit ist ihnen durch das Staatsamt verliehen” (p. 272).

⁸ *Ibid.* Según anota Jhering: “Aber das Fas enthält nicht bloß Vorschriften über die äußere Form der Geschäfte, sondern eine Menge materiell staatsrechtlicher Grundsätze. Wir haben bereits erwähnt, daß die älteste Verfassung religiös geweiht war, aber auch zur Zeit der Republik dauern die Beziehungen zwischen Religion und Staatsrecht fort” (p. 273).

que sigue con fuerza en la República, según se puede deducir ante las funciones de las magistraturas de ese mismo período.

2. LA COMPOSICIÓN ENTRE 'FAS' E 'IUS'

A pesar del rasgo didáctico del esquema de Jhering, añadiéndose a eso la enorme repercusión que tuvo el autor, no se puede negar que los estudios históricos posteriores vinieron a profundizar el análisis del tema a punto de superar la visión del autor alemán. Esencial sería la contribución de Fustel de Coulanges, cuando intenta comprobar en su famosa obra *La ciudad antigua* que la religión era el núcleo⁹ de la vida comunitaria en la política de las primitivas ciudades. El reflejo del estudio del historiador francés en la segunda mitad del siglo XIX resultó en la valorización de los elementos religiosos en las primicias de la cultura occidental, máxime en la interpretación¹⁰ de la historia romana, la que justamente viene a consolidar el diálogo entre los ámbitos religioso y jurídico.

Sería posible citar a muchos estudios conocidos de esa época como fundamento de esa lectura, a la que se vincula Fustel de Coulanges. De todos modos, se puede decir que lo que corresponde al ámbito de la religión en la Roma antigua no queda al margen de la vida pública. Ejemplo de eso fueron las magistraturas romanas, que tuvieron un desarrollo¹¹ con adaptación a la realidad política republicana siempre desde el espíritu

⁹ Anota Fustel de Coulanges: "On a vu dans ce qui précède comment le régime municipal s'était constitué chez les anciens. Une religion très-antique avait fondé d'abord la famille, puis la cité; elle avait établi d'abord le droit domestique et le gouvernement de la *gens*, ensuite les lois civiles et le gouvernement municipal. L'État était étroitement lié à la religion; il venait d'elle et se confondait avec elle". FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *La cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. Paris, 1905 (19^e édition), p. 415.

¹⁰ *Ibid.* Añade Fustel de Coulanges: "Ainsi se transformèrent peu à peu les croyances; la religion municipale, fondement de la cité, s'éteignit; le régime municipal, tel que les anciens l'avaient conçu, dut tomber avec elle. On se détachait insensiblement de ces règles rigoureuses et de ces formes étroites du gouvernement. Des idées plus hautes sollicitaient les hommes à former des sociétés plus grandes. On était entraîné vers l'unité; ce fut l'aspiration générale des deux siècles qui précédèrent l'ère chrétienne. (...) Mais nous allons voir, en étudiant la conquête romaine, que les événements marchaient dans le même sens que les idées, qu'ils tendaient comme elles à la ruine du vieux régime municipal, et qu'ils préparaient de nouveaux modes de gouvernement" (p. 424).

¹¹ En efecto, Gioffredi defiende que "il ruolo occupato dai magistrati romani nella sfera religiosa, limitato ed in gran parte non organicamente determinato, mostra che effettivamente in questa materia vi è stata una cesura tra *regnum* e *res publica* anche se a conclusione di uno sviluppo iniziato da tempo. Rivoluzione od evoluzione o, com'è probabile, entrambe queste forme di svolgimento storico hanno fatto sì che se il magistrato è il continuatore del *rex*, lo è tuttavia in forme notevolmente diverse: ed infatti se il magistrato non è che l'ausiliario del *rex* assunto a maggiore autorità, non poteva acquistare quella fisionomia e quel complesso di funzioni sacrali che mai aveva posseduti. Egli eredita dal *rex* o acquisisce quelle prerogative che la religiosità romana esige come indispensabili perchè taluni atti che interessano la vita del comune si compiano in conformità col beneplacito divino", según se nota en GIOFFREDI, Carlo, "Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani", en: *Iura – Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antiquo*, n. IX, parte prima, pp. 22-49 (esp. pp. 48-49). Napoli, Italia: Editore Jovene, 1958.

fundacional, eso porque nunca se perdió, aunque ante un claro proceso de laicización en la época de la *lex Ogulnia* (c. 300 a.C.), el papel religioso de los cargos.

Sería en ese sentido que se percibe en la historia romana una apropiación de los elementos de la religión en el orden público. Es lo que se percibe en ese caso de los ritos que cada magistrado tenía que hacer para atender a la voluntad de los dioses. Dentro de esa perspectiva histórica, los autores del Novecientos han comprendido que había un punto de contacto de la religión con la política, que sería el espacio público, el ámbito de las instituciones públicas. Sin embargo, no se puede negar que la experiencia romana separa realmente las esferas, definiendo el ámbito de lo jurídico¹² distintamente de lo religioso, aunque se constate que esa situación se consolida en momento posterior de la historia de Roma, en particular en su período republicano.

De hecho, autores de la romanística del Novecientos han defendido un vínculo estrecho del ámbito jurídico con el religioso¹³ en la época primitiva romana, mostrando un contrapunto al discurso anterior que era común en la Pandectística y se notaba en el primer Jhering. Aparentemente fue pacífica la conclusión de que el elemento religioso tenía su relevancia; eso resultó en un rechazo a lo que afirmaba la doctrina anterior, de Jhering, y la crítica fue porque no hubo reflexión sobre todos los aspectos de la relación *fas* e *ius*. En ese caso, anota Orestano que se debería tener en cuenta los términos¹⁴ *ius divinum* e *ius humanum* para la comprensión del tema, pues su existencia ya servía para configurar un aspecto religioso al *ius*, la diferencia estaría no más en una diversidad de origen, fuese divina o humana, sino que esa distinción, que el

¹² *Ibid.* Así, explica Gioffredi: “Nello svolgimento storico si manifesta insomma ancora una volta la vocazione romana per il diritto che isola i valori giuridici da quelli propri di altre sfere di esperienza. Questa è una verità che lo storico deve considerare canone metodico, nel senso almeno che potrà essere abbandonata solo in presenza di un complesso di dati contrari certi e che ormai non potrebbero che avere il valore di una scoperta” (p. 49).

¹³ Cuanto a la visión antigua, que remonta a Isidoro, escribe Orestano: “Una tale tesi non si accorda però con più moderni studi che hanno messo in evidenza, con documentazione sempre più ricca, il carattere religioso che pervade il più antico diritto romano, come qualsiasi sistema normativo antico. Le nuove ricerche hanno dimostrato l'impossibilità di ammettere sin dall'età primitiva una separazione fra norme considerate d'origine divina e norme d'origine umana. Quanto più si risale nella storia dei popoli, tanto più vi si rivela dominante un intimo legame tra la religione e il diritto” en el texto ORESTANO, Riccardo. *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, Milano, 1941, p. 8.

¹⁴ *Ibid.* Sobre eso, argumenta Orestano: “Ciò posto, l'interpretazione del rapporto primitivo tra *fas* e *ius* è bensì suscettibile di molteplici ipotesi, ma oggi non si saprebbe più parlare di una loro originaria antitesi in base ad una diversa loro genesi divina od umana, come fu affermato specialmente dallo Jhering, perchè tutti riconoscono ormai che le norme che sarebbero da attribuire all'uno o all'altro partecipavano d'uno stesso carattere religioso. Ma se si ammette ciò, si deve anche riconoscere che la partizione *ius divinum* – *ius humanum*, come viene comunemente intesa, non rispecchierebbe una concezione primitiva, perchè una partizione fondata su una diversa origine, divina o umana, delle norme si potè avere soltanto quando una parte del diritto si venne secolarizzando e le norme di creazione umana si andarono distinguendo dalle norme giudicate di creazione o ispirazione divina. D'altra parte se questa distinzione fra norme d'origine diversa, in qualunque tempo avvenuta, fosse stata espressa nella contrapposizione *fas-ius*, non si saprebbe come spiegare il fatto che lo *ius* si sarebbe suddiviso a sua volta in *divinum* e *humanum*” (p. 9).

propio autor entiende que sea posterior a la fundación, refiere a un derecho divino en cuanto *ius*.

El vínculo con la religión es también defendido por De Francisci, cuando habla¹⁵ que el *fas* dependía de la actuación del *rex* o de los sacerdotes cuando de sus respuestas a los *Quirites* respecto de los actos que ellos hacían. Es decir, las respuestas serían una expresión de un juicio divino, de donde la atribución es siempre según la voluntad de los dioses. Por eso, cuando se dice *fas est*, es porque algo es lícito, mientras que *fas non est* es decir que un acto es ilícito. De ahí que De Francisci define¹⁶ el *fas* como la expresión de un juicio divino cuanto a la conformidad o no de una acción particular con relación a un orden superior. Así, el *fas* es una atribución adjetiva, referente a conducta u otra acción, y solía consolidarse mediante la costumbre (el *usus*) y la tradición.

Entretanto, el carácter adjetivo de su empleo en el lenguaje no es obstáculo para que se resalte su función substancial, pues se trata de la esencia de lo jurídico, vinculado a lo religioso. Esa opinión de los autores romanistas de comienzos a mediados del siglo XX muestra una faceta muy propia del Derecho romano que la lectura liberal romanista del siglo anterior no pudo percibir. También autores germánicos tuvieron tal percepción, como Kaser cuando indica que el *fas* es lo permitido por un poder sobrehumano y el *nefas* es lo prohibido por tal poder. Además, anota que se debe comprender al *fas* desde el carácter de sanción del *nefas*, mientras que al *ius* atribuye otra característica¹⁷ que es relevante para explicar su diferencia ante el *fas*, que es la relación con la *iniuria*, según la misma lógica de comprensión del término desde su negación.

¹⁵ Así, para De Francisci: “I *Quirites* dovevano rivolgersi al *rex* proprio come ci si rivolge all’oraculo per conoscere quale fosse il giudizio divino intorno ad un partito da prendere, ad un’azione progettata o anche intorno ad un avvenimento già verificatosi. Ora, il giudizio divino che si rivela al *rex* o ad un sacerdote e di cui la risposta del re o del sacerdote è l’espressione e formulazione concreta, è quello che i Romani primitivi rappresentavano col termine *fas*. Le espressioni *fas est*, *fas non est*, che designano nella letteratura latina la liceità o illiceità religiosa di un’azione devono aver servito in origine a indicare che un determinato atto era o no conforme alla volontà della divinità, manifestantesi nella rivelazione di essa fatta dal *rex* all’interrogante e quindi alla comunità, rivelazione formulata appunto con le espressioni *fas est*, *fas non est*”, como se nota en su DE FRANCISCI, Pietro. *Arcana Imperii – III*, tomo I, Milano, 1948, p. 136.

¹⁶ *Ibid.* Añadiría De Francisci: “*Fas* è quindi la manifestazione della volontà divina, espressa per un singolo caso, è l’espressione di un giudizio divino intorno alla conformità o difformità, di un’azione particolare o di una condotta determinata, rispetto ad un ordine superiore, ad un principio generale trascendente presupposto. La singola azione o condotta approvata dalla divinità è *fas*: ma era naturale che il giudizio su quel caso particolare quale rivelazione della volontà divina assumesse il valore di precedente per i casi simili: e in tal modo *fas* potè col tempo designare anche una regola tradizionale consacrata dall’*usus* e dalla *vetustas*” (p. 137).

¹⁷ En la visión de Kaser: “Wie immer man sich zur Etymologie stellen mag, läßt doch der Wortgebrauch einen allgemeineren Sinn von ‚*fas*‘ erkennen. ‚*Fas est*‘ ist jedes Verhalten, das die übermenschlichen Mächte den Menschen erlauben, ‚*nefas est*‘ ist jenes, das sie ihnen verbieten. Aber wie aus der *iniuria* die Natur des *ius*, so können wir auch aus dem *nefas* als dem Negativ zum *fas* durch seine Sanktion das Wesen des *fas* erschließen. Denn nicht jedes von den Gottheit verletzt und ihr ein Racherecht über den Täter gibt, vermöge dessen sie ihn als sacer vernichtet, wenn er sich nicht durch ein Sühnopfer von der göttlichen Gewalt befreit. *Nefas* ist also Gottesverletzung, *iniuria* Menschenverletzung”, según el clásico libro KASER, Max, *Das*

De todos modos, se debe señalar que las hipótesis presentadas por la romanística del siglo XIX respecto de la distinción entre *fas* e *ius* demuestran una visión profunda del tema y sin prejuicios ideológicos, pues los autores han trabajado con varios ámbitos. Así, desde la separación entre decir y hacer hasta la diferencia en el orden procesal¹⁸, los autores defendieron que la distinción se manifestó durante la historia inicial romana sin perder lo esencial, que el *fas* es lo lícito según la revelación divina y el *ius* debe ser conforme al mismo. La situación es diversa con el *ius Flavianum*, pues el sentido de *fas* ya no tiene la fuerza del inicio, pero la llamada laicización en la Roma republicana estaba involucrada con un espíritu público¹⁹ que es legatario de la religión antigua.

3. LA RELACIÓN ENTRE ‘FAS’ E ‘IUS’ COMO COMPLEMENTACIÓN

La tesis defendida por la romanística de comienzos y mediados del Novecientos, de que existió el diálogo entre los ámbitos de lo divino y de lo humano en la experiencia jurídica romana, se confirma mediante los estudios impartidos desde mediados del siglo XX respecto de los conceptos elaborados por los jurisconsultos romanos. Es lo que se ve en los varios artículos de Biondo Biondi, por ejemplo: la cuestión era comprender la definición de la ciencia jurídica como “divinarum atque humanarum rerum notitia”, que a su vez demanda un conocimiento de lo divino y lo humano. Igualmente relevante²⁰ es la contribución de Antonio Guarino cuando trata de la relación *fas-nefas* en sus escritos cuanto al tema, profundizando la comprensión del papel del *fas*.

altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen, 1949, p. 30.

¹⁸ Según asevera Gioffredi: “Si è pensato che *fas* possa indicare la liceità del dire e *ius* quella del fare, o, rispettivamente, la generica rivelazione della volontà divina fatta dal rex e questa stessa volontà rivelata in relazione a una controversia giudiziaria; o ancora: ciò che è consentito dagli dei e ciò che essendo stato accertato a seguito del giuramento giudiziario (*sacramentum*) è ugualmente conforme alla loro volontà. Il concetto di *fas* come ‘lecito’, è sostanzialmente esatto, solo che ne va con maggiore precisione fissato lo sviluppo storico alla cui luce si possono conciliare parecchi punti che a prima vista paiono contrastanti” en su GIOFFREDI, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*. Roma, 1955, p. 26.

¹⁹ Se percibe en Zocco-Rosa: “si può ben dire, che l’opera di volgarizzazione abbia prese le prime mosse dalle *formulae agendi*. Finchè Gneo Flavio agì da semplice privato, da semplice *scriba* d’Appio Claudio, non potè fare e non fece se non opera di privato : rese di ragion pubblica quello specchio di azioni, che da Appio sarebbesi composto. È in questa pubblicazione, che consiste l’*Ius Flavianum* vero e proprio”, en su ZOCCO-ROSA, Antonio, ‘L’“*ius Flavianum*, nella storia delle fonti del diritto romano’. en: VV.AA, *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento – III* (filosofia - economia - storia). Torino, Fratelli Bocca, 1915, pp. 375-396 (esp. pp. 393-394).

²⁰ Según Guarino: “Quel che è importante rilevare è che i Romani ebbero sempre del *fas* (*nefas*) l’idea di un *quid* dipendente da una volontà non umana, ma sovrumana, divina: volontà manifestatasi agli uomini, sopra tutto nei tempi antichissimi, per il tramite dei segni della natura o per quello dei sacerdoti. « *Nefas* » significò, nel loro linguaggio, ciò che non fosse possibile fare senza incorrere nell’ira degli dei; « *fas* » vi stette a significare ciò que gli dei lasciassero, per conseguenza, in libertà degli uomini di fare e di non fare”. GUARINO, Antonio, *L’ordinamento giuridico romano* –2a ed.–, Napoli, 1956, p. 38.

Hablando de Guarino, se puede recordar que entiende que el *fas* no era expresión directa de la voluntad divina, sino indirecta, como lo 'no-*nefas*' (lo no-prohibido), y eso porque para ese romanista la primera noción²¹ fue el *nefas*, antes de *fas*. De ahí que en su formulación el *fas* era positivamente "lo lícito", pero sustancialmente era negativo²², es decir "lo no-ilícito": no se puede negar que, en esa proposición, Guarino fue original. Además, esa comprensión podría explicar un carácter "humano" del *fas*, mientras sería una manifestación de la voluntad humana condicionada por la delimitación divina; con eso se percibe el espacio que existiría para el surgimiento del *ius* y la alusión al carácter "humano" del mismo.

De hecho, Guarino defiende que el *ius* sería la evolución del *fas*, en cuanto fuese igualmente limitado por el *nefas*²³ como expresión de los humanos en su libertad ante lo divino. Con eso, el *ius* se presenta como un sistema que es distinto del binomio *fas-nefas* pero a ese vinculado; en otros términos, se muestra como una evolución que sirve como exposición de la creación de nuevas determinaciones humanas. Por esa razón, ese autor ha entendido que la alusión antigua de que el binomio *fas-nefas* era la *lex divina* y que el *ius* era la *lex humana* tiene algún sentido, más porque en verdad el *ius* tiene raíz de fondo religioso, según han apuntado los estudios de etimología

²¹ *Ibid.* Explica Guarino: "I primitivi, cioè, quando sentirono la necessità di imporre dei limiti alla loro libertà naturale, attribuirono questi divieti, queste limitazioni alla volontà dei numina e formularono così il concetto di *nefas*, passando, in un secondo momento, a concludere che tutto ciò che non fosse *nefas* fosse, per conseguenza, lasciato al loro libero arbitrio, come *fas*" (p. 43).

²² *Ibid.* "Il concetto di *fas*, insomma, non fu l'espressione diretta della volontà divina, ma soltanto conseguenza indiretta di essa. *Fas* fu il « non-*nefas* »; fu la sfera di libertà lasciata dai numina agli uomini; fu, quindi, per definizione, l'espressione della volontà umana, sia pur condizionata dalle delimitazioni del *nefas*. Tanto come sostantivo, quanto come predicato la parola stette ad indicare un concetto formalmente positivo (il « lecito »), ma sostanzialmente negativo, cioè il « non vietato dai numina ». Stabilita la « umanità » del *fas*, ne consegue che a maggior ragione deve ritenersi la « umanità » del *ius*, il quale non può altrimenti spiegarsi, se non come una determinazione, una specificazione più evoluta del *fas*, anch'essa, beninteso, condizionata dalle limitazioni del *nefas*. Nel quadro del *fas*, di ciò che è permesso, che non è vietato dagli dei, il *ius*, in tutte le sue accezioni [...], rappresenta qualcosa di determinato, di stabilito, di fissato p o s i t i v a m e n t e: un potere, un precetto, una facoltà, un giudicato ecc. E si noti che, se non è concepibile un *ius* che sia *nefas*, è tuttavia pienamente concepibile un *fas* che non sia anche *ius*: non tutto quello che è genericamente *fas* è, quindi, per i Romani specificamente *iustum*" (loc. cit.).

²³ *Ibid.* Concluye Guarino: "La nostra tesi è, pertanto, che il *ius* rappresenti una e v o l u z i o n e d e l l ' i d e a d e l f a s e sia, più precisamente, l'espressione dell'uso che gli umani hanno fatto della libertà loro rilasciata dagli dei: uso concretatosi nella determinazione di ulteriori limiti e divieti, oltre quelli del *nefas*. Per ciò appunto il *ius* si manifesta come un sistema distinto da quello del *fas-nefas*, eppure con esso collegato. Per ciò appunto il *ius* si rivela come il concetto più evoluto, che, arrestando la produttività del *fas-nefas*, si è sostituito ad esso nella creazione di tutte le nuove determinazioni, di cui gli umani hanno sentito la necessità per dare ordine alle loro relazioni sociali. Concludendo, non inesattamente i Romani qualificarono il *fas-nefas* come *lex divina* ed il *ius* come *lex humana*, sebbene ad essi sia molto probabilmente sfuggito che questa diversità genetica delle due precettistiche non significasse affatto antitesi fra le medesime, non implicasse menomamente la profanità *ab origine* del *ius*, il cui originario fu, invece, squisitamente religioso" (pp. 43-44).

particularmente de mediados del siglo XX. De otro lado, apunta Guarino que el *ius* se formó dentro de la experiencia jurídica romana como un orden subsidiario al *fas-ne-fas*, manifestándose en los *mores maiorum*, las costumbres de los fundadores, que han legitimado su existencia.

4. CONCLUSIÓN

El tema de la relación entre *fas* e *ius* es una forma de entender sistemáticamente el orden jurídico-político de la Roma antigua. Pero también es un tópico central para la cuestión de la identificación de lo “jurídico” en la historia de la experiencia romana. Y con eso, el problema del papel del Estado, una duda actual que remite a la civilización romana y a la construcción de la ciencia jurídica, trae contornos que están en discusión todavía: o el Estado es entendido como “laico” (o sea, distinto, pero no en contra de la religión) o como “laicista” (en contra de la religión).

Según se percibe en la historia de Roma, y no parece que eso sea tan distinto en la actualidad, toda la realidad del hombre comprende el aspecto religioso, conyugado a lo político y lo jurídico. La forma de interacción entre la religión y los demás ámbitos es innegable, aunque se hable de una sociedad occidental que hoy día se entiende como secularizada; en otras palabras, el aspecto de lo sagrado existe aunque se viva en una cultura tardomoderna que convierte todo lo que es sagrado en profano.

De otro lado, se puede recordar que las ideas presentadas en las tres partes de ese texto, que corresponden a tres momentos de la romanística occidental, pueden servir de reflejo del debate sobre la relación entre lo político y lo religioso en esas mismas épocas de la historia de Occidente. Así, parece que el sentimiento del siglo XIX era todavía de hacer valer el legado de la Revolución francesa, de una estricta separación entre Estado e Iglesia a punto de negar la religión, conforme predicaban radicales de la época. Ya el siglo XX y sus gravísimos conflictos bélicos han llevado a despertar la atención a que los límites de la acción humana no podrían ser definidos sin tener en cuenta el elemento religioso; por eso, volvió nuevamente el tema del reconocimiento de un derecho natural y se abrió aún el debate respecto de los derechos humanos.

Por fin, en el momento actual se puede apuntar que existe una necesidad de que se establezca un diálogo que venga a reconocer el espacio de lo religioso ante lo político y lo jurídico. Eso será el verdadero fundamento del Estado democrático de derecho, que prime por un orden constitucional de valores en un cuadro de respeto entre el ámbito del Estado y el de las instituciones religiosas. Y parece que esa es una lectura que se puede hacer de la experiencia de Roma, aunque en la historia de esa civilización sean muchas las hipótesis que expliquen la forma de relación entre lo divino y lo humano.

BIBLIOGRAFÍA

- DE FRANCISCI, Pietro. *Arcana Imperii – III*. tomo I. Milano, Giuffrè, 1948.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *La cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome –19^e édition–*. París: Librairie Hachette et Cie, 1905.

- GIOFFREDI, Carlo. *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*. Roma, Appolinaris, 1955. (Studia et documenta, 1).
- GIOFFREDI, Carlo. 'Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani'. In: *Iura – Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antiquo*. n. IX, parte prima, pp. 22-49. Napoli: Editore Jovene, 1958.
- GUARINO, Antonio. *L'ordinamento giuridico romano*. 2 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.
- KASER, Max. *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1949.
- ORESTANO, Riccardo. *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*. Milano, Fratelli Bocca, 1941. (Estratto dalla "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", anno XXI, fasc. II, 1941).
- SANCTUS ISIDORUS. 'Opera omnia'. tomi 03-04. In: MIGNE, Jacques-Paul. *Patrologia cursus completus*. Series secunda. Patrologia Latina, tomus LXXXII. (Bibliotheca Cleri Universæ). París: Petit Montrouge, 1850.
- VON JHERING, Rudolph. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Theil I. 4 Aufl. Leipzig: Breitkopf u. Härtel, 1878.
- ZOCCO-ROSA, Antonio. 'L'"ius Flavianum,, nella storia delle fonti del diritto romano'. In: AAVV. *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento – III* (filosofia - economia - storia). Torino: Fratelli Bocca, 1915, pp. 375-396.