

§ 1. ETAPAS DE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO ANTIGUO

I. EL COMIENZO Y EL FIN. En los inicios y en el término de la historia del derecho romano antiguo se nos presentan dos monumentos legislativos.

1. Convencionalmente podemos dar por empezada la historia del derecho romano en los años 451-450 a. C. en que fue promulgada una ley que, por la forma externa de su texto, fue conocida como *lex XII Tabularum*. No es, por cierto, que ella hubiera originado el derecho de los romanos; pero desde un punto de vista historiográfico tiene relevancia periodificadora, entre otras tantas, porque de su texto se nos conservan testimonios que incluso han permitido una reconstrucción aproximada: también la tiene desde un punto de vista histórico, porque efectivamente la ley implicó un vuelco en el derecho de su época: no sólo dejaron de regirse exclusivamente por costumbres (*mores maiorum*) los romanos, sino que además el derecho mismo contenido en el nuevo texto legal presentó aspectos novedosos en relación con las antiguas costumbres, fundados aquéllos en el criterio político que había guiado la exigencia de su confección, a saber: la "igualación del derecho" (*aequatio iuris*) entre patricios y plebeyos¹.

2. La fecha final de la historia del derecho romano antiguo está determinada por otro monumento legislativo: el que desde la época moderna llamamos "*Corpus Iuris Civilis*", cuya elaboración en Constantinopla, la capital del imperio de Oriente, tuvo lugar entre los años 529 y 534 d. C. (y que fue completado con una legislación

¹ Liv. 3.31.7; 3.56.9; 3.61.6; 3.63.10; 6.67.9; Dio 10.29; Tac., *Ann.* 3.27.

posterior hasta la muerte de su autor político, el emperador Justiniano, el año 565).

En la historia universal del derecho ha habido muchos y grandes legisladores, pero Justiniano se nos presenta como el legislador por antonomasia y el más grande de todos los tiempos.

En el Occidente, el 505 había sido confeccionada otra fijación jurídica del derecho romano: la convencionalmente llamada "*lex Romana Wisigothorum*" y también "*Breviarium Alarici regis*" por el nombre de su autor político, Alarico II, rey de los godos del oeste instalados en el sur de las Galias Transalpinas, con capital en Tolosa.

En el interior de este largo arco de casi 1.000 años podemos distinguir tres épocas: arcaica, clásica y postclásica.

II. EPOCA ARCAICA. La época arcaica, cuyo inicio, naturalmente, debemos confundir con el comienzo de toda esta historia, y situarlo, por ende, en los años 451-450 a. C., la hacemos llegar hasta fines del s. II a. C., porque entonces debió de tener lugar una reforma legal que oficializó un nuevo tipo de proceso, cuyo uso se convirtió en condición de un cambio en el derecho. Se trata de la *lex Aebutia* (propriadamente un *plebiscitum*), que por vez primera dio carácter legítimo al *agere per formulas* en un cierto ámbito, lo cual serviría de modelo para ampliar paulatinamente la esfera de uso de ese procedimiento. Ignoramos el año de promulgación de la *lex Aebutia*, pero puede convenirse en fijarlo alrededor del 130 a. C., de modo que es hasta él que podemos extender la época arcaica.

Los procedimientos que caracterizan a esta época reciben el nombre de *legis actiones*, y fueron originados en diversos momentos; algunos de ellos incluso son anteriores a la ley de las XII Tablas.

El derecho arcaico fue apropiado para las necesidades de una cohesionada comunidad fundada en la familia sometida a la potestad de un *pater*, cuyos medios de vida se encuentran en el cultivo de la tierra y en el intercambio de los excedentes, para todo lo cual el dinero acuñado ofrece una relativamente pequeña importancia; y en la sucesión intrafamiliar de los bienes más estables e importantes (la tierra en primer lugar). El limitado dinamismo del tráfico jurídico hizo innecesario un desarrollo mayor de la parte más fluida del derecho patrimonial, como es el de las obligaciones. El formalismo externo, más calificable incluso de ritualismo, y una cierta indiferenciación de conceptos y actos jurídicos, son las características más salientes del estilo del derecho arcaico. Su cultivo, conservación y transmisión, por otro lado, ya desde sus momentos más lejanos, estuvieron confiados a un estamento profesional que hasta el s. III a. C. fue representado por los *pontifices*, y desde entonces, por particulares reclutados de la *nobilitas*, que por propia iniciativa se entregaban a

tales actividades como oficio intelectual anexo a sus ocupaciones privadas o públicas.

Se nos conservan algunos nombres de juristas, pero casi nada de sus escritos: como Marco Porcio Catón padre (234-149 a. C., cónsul en el 195 y censor en el 184) e hijo (192-152 a. C.), P. Mucio Escévola (pontífice máximo, cónsul en el 133 a. C.), M. Junio Bruto y Manio Manilio (cónsul en el 149 a. C.).

III. EPOCA CLÁSICA. 1. La época clásica, que damos por iniciada convencionalmente en el año 130 a. C., según se dijo antes, llega hasta el primer tercio del s. III d. C. Su característica externa más saliente fue el desarrollo de un fenómeno ya presente en la época anterior, a saber: la presencia de un estamento profesional y tecnificado de estudiosos del derecho, que por lo demás fueron sus creadores: los juristas (*iurisprudentes*). En el año 224 murió uno de ellos, Ulpiano, y aunque le sobrevivió algunos años más un discípulo suyo, Modestino, después de Ulpiano ya no aparecieron nuevos juristas en el sentido en que lo habían sido él y la larga fila de brillantes antecesores. Con Ulpiano, pues, desapareció el mencionado estamento profesional, y terminó entonces la época clásica.

El adjetivo *classicus* deriva de *classis*, de etimología desconocida, pero cuyo sentido original es "llamada". Como término técnico se usaba *classis* para designar el llamamiento de los ciudadanos a las armas, de donde que terminara por designar también a la tropa llamada, esto es, al ejército. Comoquiera, sin embargo, que la tropa de tierra fue denominada *exercitus*, la palabra *classis* se especializó para indicar la de mar, es decir, la flota. Pero de su primera conexión con el ejército de tierra, *classis* conservó otro sentido: el de cada una de las secciones en que fue dividido el comicio por centuria (manifestación civil del ejército). En fin, aunque todos los pertenecientes a una *classis* (del comicio) eran *classici*, esta palabra se reservó a los integrantes de la primera (*civis classici*), denominándose *infra classem* a los pertenecientes a las restantes (Gell. 7.13.1), de donde que *classici* también adquiriera el significado de "óptimo, selecto, ejemplar", en cualquier orden (cfr. Gell. 19.8.15: *scriptores classici*).

En el interior de esta época clásica todavía podemos distinguir tres períodos:

2. Un período clásico inicial que corre hasta el advenimiento definitivo de Augusto, el año 31 a. C.

Se recordará que la batalla de Accio tuvo lugar en ese año. El período clásico inicial, pues, coincide con el último siglo de la república romana. Si bien el advenimiento de Augusto marcó el comienzo inmediato de una nueva era en el plano de la política y del derecho público, con la instalación del principado, eso no dejó de influir en el desarrollo del derecho privado. Desde luego fue bajo ese emperador que se generalizó el *agere per formulas*; y a partir de entonces se observa un proceso de tecnificación y especialización de la jurisprudencia; además, Augusto sentó las bases de un nuevo tipo de fuentes del derecho, las constituciones imperiales, aunque no se desarrollaran todas ni totalmente bajo él, ni siquiera bajo sus inmediatos sucesores, ni todas llegaron a tener la misma importancia para el derecho privado. Pero lo más importante y que escapa a cualquier definición preconcebida, es que a partir de

Augusto empezaron a florecer altos talentos jurídicos cuya contribución condujo a la ciencia jurídica hasta un nivel ejemplar.

Este período inicial debe considerarse como clásico, porque durante él se pusieron importantes fundamentos del derecho posterior, indiscutiblemente clásico: desde luego existieron juristas profesionales, que sus sucesores de la época imperial consideraban como dotados de autoridad frente a ellos, y cuyas doctrinas y reglas utilizaban, no obstante la lejanía temporal que los separaba, debido a lo cual eran citados como "los antiguos" (*veteres*). Enseguida, fue durante este período que resultó fijada buena parte de la terminología técnica del derecho privado, como *obligatio*, *dominium*, *bonorum possessio*, etc. Por lo demás, fue entonces que también se introdujo el uso de la ciencia lógica (todavía llamada dialéctica) en el estudio casuístico del derecho (si bien no para su sistematización). En fin, a él correspondió el momento de mayor creatividad por parte del pretor a través de su edicto.

Suele, sin embargo, considerarse como "preclásico" a este período. Entre los más destacados juristas cabe citar a: Quinto Mucio Escévola *augur* (cónsul en el 117), Quinto Mucio Escévola *pont. max.* (cónsul en el 95 y muerto en el 82), C. Aquilio Gallo (pretor en el 66), Aulo Cascelio (cuestor antes del 73), Servio Sulpicio Rufo (cónsul en el 51), P. Alfeno Varo (cónsul en el 39), A. Ofilio (discípulo de Servio), Quinto Elio Tuberón (vivo en el 46), C. Trebacio Testa (contemporáneo de Cicerón).

3. El período clásico alto llega hasta el gobierno de Adriano (emp. 117-138 d. C.).

Los acontecimientos ocurridos bajo el citado príncipe, que marcan un cambio de etapa, son los siguientes: en primer lugar, la codificación del edicto pretorio como *edictum perpetuum*, que determinó su caducidad en cuanto fuente creadora de derecho nuevo; enseguida, la transformación del *consilium* imperial al estilo republicano en un organismo burocrático como cancillería, con personal permanente, jerarquizado y remunerado, de donde habrá de empezar a salir la nueva legislación imperial. Además, puede considerarse que bajo este gobierno comenzó el verdadero desarrollo de la *cognitio extra ordinem*, que terminará por desplazar al *agere per formulas*. También bajo Adriano propiamente se inició la práctica de los *rescripta*, que alcanzarán gran importancia como fuente de derecho; y asimismo el uso de las *orationes principis*, que terminarán por sustituir a los viejos *senatusconsulta*. El establecimiento de la cancillería imperial será un foco de atracción para la jurisprudencia, que acabará burocratizada.

Este período representa el "siglo de oro" de la jurisprudencia romana, comparable en su ámbito a lo que fue la época de Sócrates, Platón y Aristóteles para la filosofía; es, pues, el período clásico por excelencia. Durante él vivieron los más geniales jurisperitos, como Marco Antistio Labeón al comienzo y Juvencio Celso *filius* y sobre todo Salvio Juliano al término, a quienes se puede agregar una larga lista de intelectos superiores, que debemos considerar como los forjadores del derecho culto y de la ciencia jurídica de todos los tiempos.

Los principales juristas fueron: Marco Antistio Labeón (contemporáneo de Augusto), y entre los proculianos: M. Cocceyo Nerva *pater* (contemporáneo de Tiberio, cónsul antes del 24; fue el abuelo del emperador Nerva), Próculo (bajo los emperadores Flavios), Pegaso (*praefectus urbis* bajo Vespasiano), Juvencio Celso *filius* (pretor en el 106 o el 107, cónsul en el 129, perteneció al *consilium* de Adriano) y L. Neracio Prisco (miembro del *consilium* de Trajano y Adriano); entre los sabinianos: Masurio Sabino (entre Tiberio y Nerón), C. Casio Longino (cónsul sufecto en el 30, procónsul de Asia entre el 40 y el 41 y legado de Siria entre el 45 y el 49), Celio Sabino (cónsul sufecto en el 69), Javoleno Prisco (desde la época de Vespasiano hasta la de Adriano) y Salvio Juliano (contemporáneo de Adriano).

4. El período clásico tardío, último de esta época, termina por cierto con toda ella, al morir Ulpiano el 224 d. C.

Ya antes hicimos notar por qué la muerte de este jurista implica la finalización de la época clásica. Por otro lado, pocos años después de su desaparecimiento fue asesinado el emperador Alejandro Severo y el imperio se precipitó en una crisis político-social de que tardará 50 años en salir; un tiempo tan desdichado, desde luego, no pudo ser propicio para el florecimiento de la ciencia jurídica, y de hecho así fue.

Se trata de un brillante período otoñal. Todavía durante él aparecen juristas de talento mayor, como Pomponio, Papiniano, Paulo y Ulpiano, si bien menos inclinados a la creación. Entre las características externas más notables de la jurisprudencia de esta época se pueden destacar su adscripción a la burocracia imperial y, como consecuencia, el interés que empieza a demostrar por los temas del derecho público. Ella, por lo demás, también ofrece un rasgo claramente epigonal, que se manifiesta en su tendencia a la colección de las opiniones comunes o mayoritarias, la fijación de los problemas y controversias en que la jurisprudencia del período anterior no se había manifestado uniforme, con inclinación a solucionarlos en forma ecléctica, y, finalmente, en su gusto por la exposición completa del íntegro sistema del derecho civil y pretorio mediante comentarios abarcadores, lo cual siempre es síntoma de haber llegado a su total madurez cualquier ámbito de la cultura espiritual, pero también a su límite.

Los juristas más destacados son: Sexto Cecilio Africano (discípulo de Juliano, de quien normalmente refleja las opiniones), Ulpio Marcelo (miembro del *consilium* de Antonino Pío y Marco Aurelio), Sexto Pomponio (entre Adriano y Marco Aurelio), Claudio Trifonino (del Quinto Cervidio Escévola (del *consilium* de Marco Aurelio), Claudio Trifonino (del Septimio Severo), Enilio Papiniano (bajo Septimio Severo y Caracalla, prefecto del pretorio del 203 al 211 ó 212), Elio Marciano (contemporáneo de Caracalla), Julio Paulo (contemporáneo de Papiniano), Domicio Ulpiano (contemporáneo de Papiniano y prefecto del pretorio bajo Alejandro Severo), Herennio Modestino (discípulo de Ulpiano). Mención aparte merece Gayo, de quien sólo sabemos que se llamaba así y que al menos aun vivía en tiempos de Cómodo. Fue desconocido para sus contemporáneos, que nunca lo citaron, pero alcanzó gran fama en la época postclásica y mucha autoridad ante los ojos de Justiniano. Quizá no residía en Roma sino en alguna provincia oriental, en donde ejercía la docencia jurídica en una escuela de retórica. Curiosamente, pese a la modestia y dependencia de su pensa-

miento, junto a Salvio Juliano, Ulpiano, Acursio, Bartolo, Baldo, Molina, Grocio, Pothier y Savigny, debe ser considerado como uno de los juristas más influyentes (lo que no necesariamente significa de los más altos) de toda la historia del derecho, como que, entre otras tantas, la idea gayana de dividir el derecho en una introducción general sobre las fuentes, en otra acerca de las personas, y en otra sobre las cosas, subdivididas todavía en derechos reales, sucesiones y obligaciones, aún está en la base del sistema de los códigos modernos.

IV. EPOCA POSTCLÁSICA. La época postclásica cubre todo el tiempo posterior a la muerte de Ulpiano (224 d. C.) hasta la de Justiniano (565 d. C.). Pero dentro de ella nuevamente se pueden diferenciar tres períodos:

1. Un período diocleciano, hasta el advenimiento de Constantino el año 306, dominado por la figura de Diocleciano (emp. 284-305 d. C.).

Los infértiles 50 años de contiendas civiles posteriores a la muerte de Alejandro Severo el 234 fueron superados por aquel príncipe. En el orden político, su obra se caracterizó por el establecimiento de una monarquía absoluta de tipo oriental; y en el jurídico, por la lucha en contra de la provincialización y vulgarización del derecho, que hacen aparecer a sus numerosos rescriptos como clasicistas. La ausencia de jurisprudentes impide considerar a esta época como propiamente clásica, pero el mencionado clasicismo hace que algunos la miren como "epiclásica".

2. Un período constantiniano, que termina con la llegada al gobierno imperial de Justiniano el año 527 d. C., y que esta vez aparece presidido por Constantino (emp. 307-337 d. C.).

A la muerte de Diocleciano se desencadenaron nuevas guerras civiles, finalmente superadas por Constantino, quien fundó una dinastía estable. Este príncipe, en rompimiento con el pasado y reconociendo las realidades, sancionó la libertad de cultos, que venía a favorecer a los cristianos ya en mayoría (313: edicto de Milán) y creó una nueva capital en el asentamiento de la antigua Bizancio a orillas del Bósforo, inaugurada el 11 de mayo del 330 bajo el nombre de Constantinopla, con lo que expresamente se asumía el hecho de haber pasado el centro de gravedad del imperio al Oriente. En lo político, Constantino aparece como continuador de Diocleciano en cuanto a la construcción de la monarquía absoluta; y en lo jurídico, con él empezó el régimen de la legislación general y la lucha contra los rescriptos; pero también la introducción del vulgarismo en la propia cancellería imperial. Estos rasgos marcarán el derecho de los siglos siguientes. A la muerte de Teodosio I, en el año 395, el imperio quedó dividido en dos partes, cada cual a cargo de un príncipe. Desde el 476 ya no se designan más emperadores en Occidente y hablamos entonces de la caída del Imperio Romano de Occidente. En el 425 había sido fundada una escuela de derecho en Constantinopla, que, junto a las más antiguas de Roma y Berito, gracias a sus bibliotecas permitirán la conservación de la cultura literario-jurisprudencial de la época clásica hasta la de Justiniano.

3. El tercero y último período de la época postclásica es el cubierto por el gobierno de Justiniano (emp. 527-565 d. C.), que por ello llamamos justiniano.

Justiniano no introdujo ninguna mudanza en el régimen político absoluto y antes bien aparece como uno de sus máximos representantes. En el ámbito jurídico,

sin embargo, se presenta como un restaurador del clasicismo, de que son manifestación los *Digesta Justiniani* y las *Institutiones Justiniani* (ambas del 529), al mismo tiempo que como un reformador del derecho por medio de la legislación, de que son expresión su primer *Codex Justinianus* (529), su legislación decisoria de controversias jurisprudenciales entre el 529 y 534 (*quingenta decisiones* y otras), que obligó a una segunda edición del código el 534, y las *Novellae Justiniani* (la mayoría de entre los años 535 y 545). Esta inmensa obra jurídica, que constituye el "*Corpus Iuris Civilis*", fue el último monumento de todo el derecho romano antiguo.

§ 2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA ROMA ANTIGUA

I. LA LEY DE LAS XII TABLAS Y EL *IUS CIVILE*. En los comienzos de la época arcaica, la ley de las XII Tablas fijó un límite al *ius*, en cuanto a partir de ella no pudo considerarse con valor de tal más que a lo previsto en sus disposiciones. Esto se entiende porque dicha ley estuvo presidida por una idea política: establecer un derecho mínimo igualmente aplicable a patricios y plebeyos (*aequatio iuris*). Comoquiera, sin embargo, que la interpretación de la ley y la elaboración de los formularios forenses indispensables para conseguir su aplicación quedaron entregadas al colegio sacerdotal de los *pontifices*, desde muy temprano el estudio del derecho en Roma apareció vinculado a un cuerpo profesional y erudito; de hecho ya se puede considerar a los *pontifices* como los primeros juristas. Hacia el s. III a. C. ese estudio comenzó a interesar a individuos particulares miembros de la *nobilitas*, de modo que paulatinamente se fue formando un cuerpo de juristas laicos que continuó las tradiciones de los sacerdotes.

La ley de las XII Tablas, aunque técnicamente fue una fijación del derecho, distaba muchísimo de compararse con lo que hoy día constituye un código civil, no sólo por el volumen de materias y el estilo de sus prescripciones, sino sobre todo por la ausencia de la pretensión de abarcar el contenido y régimen de las instituciones y figuras reguladas, que en la mayoría de los casos la ley daba por supuestos. Ello permitió una gran libertad a los juristas para la interpretación de las normas. De hecho, en el curso posterior de los siglos estos juristas crearon un cuerpo doctrinal que idealmente encontraba su apoyo o base en el texto legal, pero que en realidad obedecía a una reflexión autónoma.

Ejemplo: para el caso de morir sin testamento una persona, la ley de las XII Tablas (5.4-5) se limitaba a prescribir: "Si se muriera intestado, el agnado próximo reciba el patrimonio de quien careciere de heredero *suus*. Si no tuviere agnado, reciban el patrimonio los gentiles" (*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*). Sobre esta ínfima base, la jurisprudencia desarrolló un completo y complejo sistema sucesorio.

En la tradición posterior, el derecho fijado en la ley de las XII Tablas y la doctrina jurisprudencial, real o idealmente basada en ella,

recibió el nombre de *ius civile*². Esta noción continuó vigente durante toda la época clásica. Como, empero, la diversificación y complicación del tráfico jurídico durante ella distaba grandemente de alcanzar a ser satisfecha por las prescripciones de la ley, en la práctica el desarrollo del *ius civile* quedó entregado a los juristas, que entonces pasaron a ser los administradores de un sistema jurídico de principios e instrumentos que normalmente expandía su cuerpo doctrinal como consecuencia de recientes aplicaciones de los mismos principios e instrumentos a casos nuevos, o con el descubrimiento de otros principios derivados o conectados. En la concepción romana sólo recibe consideración de *ius* una relación tipificada o tipificable por los cánones del *ius civile*.

II. LEYES Y PLEBISCITOS. En determinados casos la *lex rogata* y los *plebiscita* pudieron funcionar para influir en el derecho. *Lex rogata* es la declaración normativa (*rogatio*) de un magistrado dotado con el *ius agendi cum populo* (normalmente, pues, los *consules* y los *praetores*) aprobada en votación por el *comitium centuriatum*, que reúne a todos los ciudadanos (*cives*). Los segundos son normas declaradas por un *tribunum plebis* y aprobadas por el *concilium plebis*, una asamblea que sólo reúne a los ciudadanos de origen plebeyo. En virtud de una *lex Hortensia* del año 287 a. C., empero, los plebiscitos quedaron asimilados a las leyes en cuanto a su valor y fuerza vinculante, de donde que la palabra *lex* sirviera para designar a ambos.

Tanto unas como otros eran instrumentos de gobierno y de política. Pero ocasionalmente, en especial los plebiscitos, trataban sobre materias jurídicas. De este modo, la influencia de la legislación en la génesis y en el desarrollo del derecho romano fue muy escasa.

Las noticias proporcionadas por nuestras fuentes acerca de leyes y plebiscitos votados en diversas épocas permiten fijar en alrededor de 800 el número de ambos. Según ellas, la primera ley fue emitida el año 510 a. C., y la última, el 96 o el 98 d. C. De dicho total, no más de 50 versaron sobre materias jurídicas, siempre acotadas y específicas, salvo la ley de las XII Tablas y la *lex Aquilia* (reguladora del delito de daños, equivalente a nuestra moderna "responsabilidad extracontractual").

Se recurría a la legislación sobre todo cuando el intento práctico era producir una reforma en materias o puntos acotados, que ofrecieran una mayor incidencia social o en que apareciera comprometido un interés público, o bien cuando se necesitaban regulaciones positivas, para establecer todo lo cual la jurisprudencia carecía de competencia, pues ella no podía mandar ni prohibir, que es la virtud propia de la ley. Históricamente la legislación cumplió esta limitada

función durante la época republicana; todavía Augusto recurrió directamente a ella para establecer importantes reformas, en uso de sus poderes tribunicios, e inspiró algunas a los cónsules; pero sus sucesores poco a poco dejaron de reunir a las asambleas ciudadanas. La última ley popular conocida es de la época de Nerva, entre el 96 y el 98 d. C.; mas para el período que corre desde la muerte de Augusto (14 d. C.) y aquéllas no contamos más de 15 y sólo tres o cuatro de interés privatístico.

Las leyes de derecho privado que tienen carácter prohibitivo pueden ser *perfectae* si anulan el acto contraventor, *minus quam perfectae* cuando fulminan una pena al transgresor pero no anulan su acto, e *imperfectae* si carecen de toda sanción³. Esta clasificación fue formulada en época clásica tardía, cuando ya no se emitían más leyes populares, y en consecuencia se aplicó a una legislación que había sido formulada en el pasado, si bien todavía se hallaba vigente en ese tiempo. Históricamente es posible que las leyes más antiguas hayan sido *imperfectae*, mientras que *perfectae* las más modernas, esto es, aquellas de la última época republicana y de comienzos del principado; las leyes *minus quam perfectae* quizá representarían una fase de transición en el desenvolvimiento de la eficacia de la legislación popular.

El contenido de las prescripciones de una *lex* se considera ser parte integrante del *ius*, por lo ordinario merced a una reelaboración previa de la jurisprudencia, o bien sólo sirve de ocasión para una intervención del pretor mediante alguno de sus recursos jurisdiccionales o parajurisdiccionales.

Un ejemplo de un texto legal lo vemos en el capítulo I (D. 9.2.2 pr.) de la *lex Aquilia* (s. III a. C.): "El que hubiere matado con injuria al esclavo o esclava ajeno o ajena, a un cuadrúpedo, a una res, sea condenado a pagar al dueño tanto dinero cuanto más valió esto en ese año" (*Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*).

III. SENADOCONSULTOS Y ORACIONES IMPERIALES. 1. Los dictámenes deliberados del Senado reciben el nombre de *senatusconsulta*. Durante la época republicana, los senadoconsultos jamás se refirieron a materias de derecho. Pero a partir del principado, y como en compensación del desuso en que cayó la legislación popular, el senado empezó a ocuparse de asuntos jurídicos. De hecho los senadoconsultos vinieron a cumplir exactamente la misma función que en la época republicana cumplían las leyes y los plebiscitos. De cerca de 200 de los cuales tenemos noticias (aunque debieron de ser muchos más), aproximadamente unos 30 de ellos ofrecen interés para el derecho.

² D. 1.2.2.5; 1.2.2.6; 1.2.2.12.

³ Tit. Ulp. 1-2; Macrob., *Comm. de somn. Scip.* 2.17.3.

día la excepción porque existía una ley, un plebiscito o un senado-consulta que invitaban a tener en cuenta ciertas hipótesis de hecho y que, por ende, debían ser introducidas en la discusión procesal como excepción cuando favorecían a un demandado. Por lo demás, si parecía justo, el pretor en determinadas circunstancias podía denegar la excepción.

El oficio del pretor no se agotaba en dar o denegar acciones o excepciones. También se valía de medios parajurisdiccionales para proveer a la solución de conflictos de intereses entre partes. Estos medios eran los *interdicta*, las *stipulationes praetoriae*, las *restitutiones in integrum* y las *missiones in possessionem*, que cumplían variadas funciones; acerca de estos medios no podemos tratar aquí.

Como ejemplo tomemos la rúbrica *depositi* transcrita en D. 16.3.1.1: "Por lo que ni por causa de tumulto, ni de incendio, ni de ruina, ni de naufragio se haya depositado, daré acción contra el mismo depositario en el simple valor; mas por algunas de estas cosas que arriba se han comprendido, en el duplo; contra el heredero del que haya muerto, por lo que se dijere que hizo con dolo malo de él, en el simple valor; y por lo que con aquél, en el duplo" (*Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*). En virtud de este edicto, el pretor ofrece la siguiente fórmula de la *actio depositi in factum*, que nos trasmite Gayo (Gai. 4.47): "Si Ao. Ao. resulta haber depositado una mesa de plata a No. No., y no haber sido devuelta a Ao. Ao. por dolo malo de No. No., a tanto dinero cuanto haya de valer la cosa condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" (*Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eumque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absoluto*).

Fue en el curso de la última época arcaica, y sobre todo de la época clásica inicial, que se desarrollaron estos variados mecanismos de intervención pretoria. Ellos eran anunciados por el magistrado mediante un edicto emitido al iniciarse el año de su magistratura y que permanecía vigente durante todo él, debido a lo cual se le llamaba *edictum perpetuum*; su sucesor debía, pues, emitir un nuevo edicto perpetuo. En él aparecían descritas las hipótesis en que se darían las diferentes acciones y excepciones, lo mismo que los recursos parajurisdiccionales. Si bien, como acaba de decirse, cada nuevo magistrado debía emitir su propio edicto, en la práctica éste reproducía el contenido del de su antecesor, con las modificaciones que el nuevo pretor estimara conveniente introducir; a esta masa de recursos que pasaba de edicto en edicto Cicerón la llamó, sin pretensión técnica, *edictum traslativum* (o *vetus*)⁴.

El período de mayor creatividad del edicto fue el clásico inicial. Durante el siguiente esta fuente tendió paulatinamente a estagnarse,

es decir, cada vez menos los pretores del año siguiente introducían modificaciones al edicto del año anterior. Hasta que Adriano encomendó al mayor jurista de su tiempo, Salvio Juliano, una revisión del texto edictal transmitido y ya casi petrificado de hecho. El texto elaborado por Juliano el emperador lo hizo aprobar mediante un senadoconsulta, disponiendo que en adelante no pudiera ser modificado sino por acto del príncipe, aun cuando los pretores debían continuar emitiendo año a año un edicto, que, en consecuencia, siempre debía coincidir con el texto así aprobado⁵. De esta manera el edicto del pretor cesó de ser fuente creadora de nuevo derecho.

El pretor no podía establecer *ius civile*. Pero como tenía plenos poderes de dar o denegar acciones y excepciones, indirectamente podía intervenir en el *ius civile* usando apropiadamente de este poder. De ese modo le era posible, por ejemplo, denegar una acción civil o dar una excepción en contra de una tal acción, de guisa de conseguir el fin práctico de modificar o derogar potestativamente el derecho. Como también podía crear nuevas acciones no previstas por el derecho civil, con ello conseguía integrarlo o suplirlo⁶.

La función histórica del edicto del pretor fue trascendente. Buna parte del derecho romano resultó creación suya. Pero hasta fines de la época clásica, los juristas mantuvieron celosamente la distinción entre *ius (civile)* y *edictum*. El primero representaba el derecho, el segundo no era nada más que un ordenamiento potestativo de ciertos hechos; mientras aquél tenía eficacia "*per se*", el segundo sólo era eficaz en la medida en que el pretor amparara la relación por él fundada mediante los recursos jurisdiccionales apropiados.

La jurisprudencia escolástica y aquella de la última época clásica, empero, tendieron a reconocer en el edicto un ordenamiento jurídico y por ello llegó a hablar de *ius praetorium*⁷ o de *ius honorarium* (de honos con que se designa a las magistraturas)⁸. Sin embargo, eso no fue más que un homenaje nominal al pretor, porque se mantuvo el paralelismo entre el régimen establecido por el *ius* y el régimen establecido por el edicto, en una relación de comunicación técnica cuyos detalles corresponden al estudio de las instituciones que por

⁵ Estas noticias nos son transmitidas por Inst., const. *Tanta/Dedoken* 18.

⁶ D. 1.1.7.1 ip.: "Derecho pretorio es el que [por razón de utilidad pública] introdujeron los pretores para ayudar o suplir o corregir el derecho civil; el cual también se llama derecho honorario..." (*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, [propter utilitatem publicam]; quod et honorarium dicitur...*).

⁷ Gai. 4.34; D. 1.1.7.1; 22.5.14; 29.4.18 pr.; 50.17.27. Ya Varrón (*De ling. Lat.* 6.71) y Cicerón (*De off.* 1.10.32; *Phil.* 2.2.3; *In Verr.* II.1.44.114; II.2.12.31) habían hablado de *ius praetorium*.

⁸ D. 1.1.7.1; 1.1.8; 1.2.2.10 y 12; 44.7.52.6; Inst. 1.2.7.

⁴ Cic., *Ad fam.* 3.8.4; *Ad Att.* 5.21.11; *In Verr.* II.1.44.114; II.1.45.117.

día la excepción porque existía una ley, un plebiscito o un senado-consulta que invitaban a tener en cuenta ciertas hipótesis de hecho y que, por ende, debían ser introducidas en la discusión procesal como excepción cuando favorecían a un demandado. Por lo demás, si parecía justo, el pretor en determinadas circunstancias podía denegar la excepción.

El oficio del pretor no se agotaba en dar o denegar acciones o excepciones. También se valía de medios parajurisdiccionales para proveer a la solución de conflictos de intereses entre partes. Estos medios eran los *interdicta*, las *stipulationes praetoriae*, las *restitutiones in integrum* y las *missiones in possessionem*, que cumplían variadas funciones; acerca de estos medios no podemos tratar aquí.

Como ejemplo tomemos la rúbrica *depositi* transcrita en D. 16.3.1.1: "Por lo que ni por causa de tumulto, ni de incendio, ni de ruina, ni de naufragio se haya depositado, daré acción contra el mismo depositario en el simple valor; mas por algunas de estas cosas que arriba se han comprendido, en el duplo; contra el heredero del que haya muerto, por lo que se dijere que hizo con dolo malo de él, en el simple valor; y por lo que con aquél, en el duplo" (*Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*). En virtud de este edicto, el pretor ofrece la siguiente fórmula de la *actio depositi in factum*, que nos trasmite Gayo (Gai. 4.47): "Si Ao. Ao. resulta haber depositado una mesa de plata a No. No., y no haber sido devuelta a Ao. Ao. por dolo malo de No. No., a tanto dinero cuanto haya de valer la cosa condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.; si no resulta, absuelve" (*Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam, iudex, Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito*).

Fue en el curso de la última época arcaica, y sobre todo de la época clásica inicial, que se desarrollaron estos variados mecanismos de intervención pretoria. Ellos eran anunciados por el magistrado mediante un edicto emitido al iniciarse el año de su magistratura y que permanecía vigente durante todo él, debido a lo cual se le llamaba *edictum perpetuum*; su sucesor debía, pues, emitir un nuevo edicto perpetuo. En él aparecían descritas las hipótesis en que se darían las diferentes acciones y excepciones, lo mismo que los recursos parajurisdiccionales. Si bien, como acaba de decirse, cada nuevo magistrado debía emitir su propio edicto, en la práctica éste reproducía el contenido del de su antecesor, con las modificaciones que el nuevo pretor estimara conveniente introducir; a esta masa de recursos que pasaba de edicto en edicto Cicerón la llamó, sin pretensión técnica, *edictum traslativum* (o *vetus*)⁴.

El período de mayor creatividad del edicto fue el clásico inicial. Durante el siguiente esta fuente tendió paulatinamente a estagnarse,

⁴ Cic., *Ad fam.* 3.8.4; *Ad Att.* 5.21.11; *In Verr.* II.1.44.114; II.1.45.117.

es decir, cada vez menos los pretores del año siguiente introducían modificaciones al edicto del año anterior. Hasta que Adriano encomendó al mayor jurista de su tiempo, Salvio Juliano, una revisión del texto edictal transmitido y ya casi petrificado de hecho. El texto elaborado por Juliano el emperador lo hizo aprobar mediante un senado-consulta, disponiendo que en adelante no pudiera ser modificado sino por acto del príncipe, aun cuando los pretores debían continuar emitiendo año a año un edicto, que, en consecuencia, siempre debía coincidir con el texto así aprobado⁵. De esta manera el edicto del pretor cesó de ser fuente creadora de nuevo derecho.

El pretor no podía establecer *ius civile*. Pero como tenía plenos poderes de dar o denegar acciones y excepciones, indirectamente podía intervenir en el *ius civile* usando apropiadamente de este poder. De ese modo le era posible, por ejemplo, denegar una acción civil o dar una excepción en contra de una tal acción, de guisa de conseguir el fin práctico de modificar o derogar potestativamente el derecho. Como también podía crear nuevas acciones no previstas por el derecho civil, con ello conseguía integrarlo o suplirlo⁶.

La función histórica del edicto del pretor fue trascendente. Buena parte del derecho romano resultó creación suya. Pero hasta fines de la época clásica, los juristas mantuvieron celosamente la distinción entre *ius (civile)* y *edictum*. El primero representaba el derecho, el segundo no era nada más que un ordenamiento potestativo de ciertos hechos; mientras aquél tenía eficacia "*per se*", el segundo sólo era eficaz en la medida en que el pretor amparara la relación por él fundada mediante los recursos jurisdiccionales apropiados.

La jurisprudencia escolástica y aquella de la última época clásica, empero, tendieron a reconocer en el edicto un ordenamiento jurídico y por ello llegó a hablar de *ius praetorium*⁷ o de *ius honorarium* (de honos con que se designa a las magistraturas)⁸. Sin embargo, eso no fue más que un homenaje nominal al pretor, porque se mantuvo el paralelismo entre el régimen establecido por el *ius* y el régimen establecido por el edicto, en una relación de comunicación técnica cuyos detalles corresponden al estudio de las instituciones que por

⁵ Estas noticias nos son transmitidas por Inst., const. *Tanta/Dudoken* 18.

⁶ D. 1.1.7.1 it.: "Derecho pretorio es el que [por razón de utilidad pública] introdujeron los pretores para ayudar o suplir o corregir el derecho civil; el cual también se llama derecho honorario..." (*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, [propter utilitatem publicam]; quod et honorarium dicitur...*).

⁷ Gai. 4.34; D. 1.1.7.1; 22.5.14; 29.4.18 pr.; 50.17.27. Ya Varrón (*De ling. Lat.* 6.71) y Cicerón (*De off.* 1.10.32; *Phil.* 2.2.3; *In Verr.* II.1.44.114; II.2.12.31) habían hablado de *ius praetorium*.

⁸ D. 1.1.7.1; 1.1.8; 1.2.2.10 y 12; 44.7.52.6; Inst. 1.2.7.

cierto aquí no podemos adelantar. Sólo en la *cognitio extra ordinem* ambos tendieron a confundirse.

Este doble régimen jurídico resulta ajeno a nuestra realidad y mentalidad, dominadas por la idea de que la ley es la única fuente del derecho y por el principio de que una ley posterior contraria deroga a la anterior, de manera que no es posible un paralelismo de regímenes simultáneos. Con todo, a veces se encuentran ejemplos en que es fácil reconocer la duplicidad. Uno es el ofrecido por el decreto ley 2.695, de 1979, que estatuye de tal modo que crea la posibilidad de un doble régimen de posesión inscrita: la civil de acuerdo con las reglas generales y una con base en cierta resolución administrativa otorgada, una vez cumplidos ciertos requisitos, en favor del poseedor material del inmueble. La ley no pudo convertir en dueño a este poseedor, pero proveyó a que se le diera la calidad de poseedor para que se hiciera dueño por prescripción. Entretanto ello no ocurren coexisten el poseedor civil (presunto dueño) y el poseedor material con inscripción de la resolución administrativa. En la contienda entre aquél y éste triunfa éste. No de otra forma actuaba el pretor. Así, por ejemplo, según el derecho civil un hijo emancipado no heredaba a su padre fallecido, pero en algún momento el pretor empezó a conceder la posesión material de los bienes del padre fallecido al emancipado (*bonorum possessio*); sólo que en la contienda entre el heredero civil (un hijo no emancipado, por ejemplo) y este sucesor pretorio vencía el primero; si no había reclamación, el segundo adquiría los bienes por usucapción. Hasta que en algún otro momento el pretor empezó a conceder una excepción de dolo al emancipado en contra de la reclamación del heredero civil, y entonces, aunque siempre necesitó éste usucapir, ahora pudo repeler cualquier reclamación del heredero, cuyo éxito le impediría adquirir por ese modo. En el derecho inglés existió una separación de regímenes entre el *common law* y la *equity* hasta la unificación de ambos sistemas jurídicos merced a las *Judicature Acts* de 1873.

V. LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES. Al amparo del nuevo régimen político establecido por Augusto, que llamamos principado, hubieron de desarrollarse nuevas formas de ordenación, que genéricamente recibieron el nombre de *constitutiones principum*, aunque esta expresión escondía una variada tipología de actos imperiales. Sólo algunas de ellas tuvieron trascendencia en el ámbito del derecho.

1. Puesto que el príncipe estuvo dotado de un *imperium proconsulare*, pudo emitir *edicta*, como los magistrados republicanos, sólo que, atendido el carácter superior y territorialmente ilimitado de ese *imperium* (*maius et infinitum*), estos edictos imperiales preveían por sobre los de aquéllos, y además podían regir en todo el imperio o en determinadas partes del mismo. Tales edictos, sin embargo, prácticamente no fueron utilizados para afectar al *ius*.

2. Mucha importancia, en cambio, llegaron a alcanzar los *rescripta* y los *decreta*.

a) Los primeros contenían la respuesta del emperador acerca del régimen aplicable al caso concreto sometido a su conocimiento por un particular, quien le escribió sobre el asunto; como dicha respuesta aparecía redactada a continuación de la consulta, que era devuelta, previa su registración en los archivos de la cancillería imperial, se llamó *rescriptum* al acto. En principio, ellos no contenían más que la opinión del príncipe acerca del asunto expuesto, y no vinculaban a

nadie; cuando dicho asunto era jurídico, en un comienzo el emperador se limitó a ceñir sus respuestas al derecho vigente. Pero poco a poco aprovechó estas consultas para introducir nuevos principios y en atención a ello los rescriptos terminaron por ser mirados como fuentes de derecho, cuya eficacia, empero, no provino más que de la *auctoritas* imperial y de la reelaboración a que sometió la jurisprudencia los nuevos materiales contenidos en ellos. La práctica de dar rescriptos propiamente comenzó sólo con Adriano.

Véase, como ejemplo, el siguiente rescripto de Septimio Severo y Caracalla, del año 205 d. C., dirigido a un tal Félix y conservado en Cl. 3.33.2: "Entendemos, por las palabras del testamento que insertaste en tu petición, que se te legó el usufructo. Esto no impide que el dueño de la propiedad obligue en favor de un acreedor la propiedad, quedándote, por supuesto, íntegro el usufructo de tu derecho" (*Verbis testamenti, quae precibus inseruisti, usufructum legatum tibi animalvertimus. Quae res non impedit proprietatis dominum obligare creditore proprietatem, manente scilicet integro usufructu tui iuris*).

b) Un *decretum* imperial no designaba algo diverso a lo que designaba entre los magistrados republicanos, a saber, un acto decisivo del emperador sobre un negocio singular. Durante el principado, especialmente a partir también de Adriano, se desarrolló un nuevo procedimiento judicial, paralelo al *ordo* representado por el *agere per formulas*, que se llamó la *cognitio extra ordinem*. En ella, un litigio era sometido a un funcionario imperial y no resultaba conocido por el pretor ni por un *iudex*. Por lo tanto, podía llegar hasta el emperador por la vía de la apelación o podía éste avocarlo a sí mismo. En cualquier caso el pleito era decidido mediante *decretum*. Asimismo en este ámbito ocurrió algo semejante a lo que tuvo lugar con los rescriptos. En un primer momento el emperador fallaba las causas conocidas por él de acuerdo con el derecho vigente; pero poco a poco empezó a decidir ceñéndose a nuevos principios, de modo que los *decreta principis* comenzaron a ser manifestación de nuevo derecho particular, que en consideración a la persona de quien provenían y al valor autoritativo que poseían para los jueces de la jerarquía imperial, empezaron a ser considerados como precedentes que vinculaban de hecho. Pero el paso definitivo nuevamente lo dio la jurisprudencia mediante la incorporación de los nuevos principios y figuras contenidos en los *decreta* en el interior del sistema general del derecho, por lo que fueron mirados como fuentes propiamente tales.

3. También pertenecieron al género de las *constitutiones principum* las *epistulae* y los *mandata*. Las primeras eran cartas del emperador dirigidas a gobernadores de provincias o altos funcionarios del imperio, de propia iniciativa o en respuesta a consultas, que en la medida en que contenían decisiones o instrucciones, pudieron servir como fuente vinculante. Los *mandata* eran igualmente instrucciones generales enviadas por el emperador a sus subordinados, que también, por ende, podían servir de base que invocar para fundar pretensio-

nes ante ellos. Pero ambas tuvieron escasa importancia para el derecho.

VI. LA JURISPRUDENCIA Y SU RELACIÓN CON LAS DEMÁS FUENTES. 1. La jurisprudencia puede ser considerada como fuente autónoma y directa de derecho por lo que respecta al *ius civile*. El instrumento formal de que se valían para esto los juristas era el *responsum*, o sea, la manifestación oral o escrita de su opinión jurídica acerca de un caso sometido a su dictamen por cualquier particular o por otro jurista e incluso por el magistrado jurisdiccional o el juez. Estos *responsa* carecían de todo valor vinculante, porque los jurisprudentes estaban desprovistos de *potestas*, desde el momento en que eran particulares sin cargo oficial; la eficacia que alcanzaran derivaba nada más que de la personal *auctoritas* de que gozaba el jurista emisor, que impulsaba al destinatario del *responsum* a acomodar su propia decisión al contenido de aquél.

Un ejemplo en D. 41.6.5, que contiene un *responsum* de Escévola: "El que había comenzado a usucapir como por donación no hizo nada manumitiendo, porque no había alcanzado el dominio; se preguntó si dejaría de usucapir. Respondí que parecía que éste, acerca de quien se pregunta, dejó la posesión y que por esto se interrumpió la usucapión" (*Qui per donato coeperat usucapere, manumittendo nihil egit, quia nec dominium nactus fuerit; quaesitum est, an usucapere desierit. Respondi, eum, de quo quaeritur, omisissa videri possessionem, et ideo usucapionem interruptam*).

Las opiniones emitidas por los juristas en el curso de un dilatado tiempo podían llegar a uniformarse, y en tal caso resultaba muy difícil a los órganos aplicadores del derecho apartarse de ellas; se decía entonces que la solución de que se tratase era *ius receptum* o *ius constitutum*; de haber disparidad de pareceres, se estaba en presencia de un *ius controversum*.

Durante la época republicana el acceso a la actividad respondiente fue libre, aunque de hecho quedara reservada a la *nobilitas*, debido a que la profesión de jurista no era lucrativa, de modo que el *otium* por ella exigido únicamente podía ser alcanzado por personajes de alta posición social y económica. Sólo a partir de Tiberio se observa el acceso de individuos de la burguesía (los "caballeros" o *equites*), pero esto coincide con el cambio general de roles sociales que produjo el establecimiento del principado y con la extinción de las viejas familias de la aristocracia patricio-plebea. A fines de la época clásica algunos juristas fueron incluso de origen provincial, como Ulpiano. De todas maneras, el principio general del libre acceso a la profesión de jurista siguió vigente. Augusto quiso introducir una cierta discriminación mediante la institución del *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, otorgando a ciertos juristas seleccionados por él mismo una suerte de privilegio de poder dar sus *responsa* invocando la autoridad del emperador, como si ésta fuese transferible. La finalidad práctica de este intento fue conseguir que, de hecho, sólo los juristas dotados de esta especie de patente fueran escuchados y de este modo controlar potestativamente la profesión. Pero no parece que se hayan conseguido resultados eficaces.

2. Desde comienzos del principado los juristas tendieron a distribuirse en dos corrientes jurisprudenciales, que se remontan al magis-

terio de Nerva y Próculo, por un lado, y de Masurio Sabino y Casio, por otro, debido a lo cual se denominó proculianos y sabinianos (o casianos) a los juristas seguidores de una u otra tradición. Aunque Salvio Juliano fue proclive a los sabinianos, en realidad él mismo ya tendió a superar las controversias que separaban a ambas escuelas, por lo que después de él se disolvieron.

Hasta la fecha ha sido imposible determinar la existencia de un único criterio general (una especie de programa, o de ideología o de adscripción filosófica) que hubiera sido el que separaba a ambas escuelas, y por ello más bien parece que no existió. Quizá se haya tratado nada más que de la transmisión de doctrinas típicas sobre temas acotados de maestro a discípulo, es decir, de dos tradiciones de magisterio distintas. Por lo demás, hubo muchos puntos en que ambas escuelas concordaron y aun otros en que se produjeron disensiones entre miembros de una misma escuela.

3. La otra vía por la cual los juristas determinaban el curso del *ius civile* era la literatura, que ofreció un variado panorama de géneros. Uno de los más importantes fue el de los comentarios, sea sobre el derecho civil (y tomaban el nombre de comentarios *ad Sabinum*, porque seguían el sistema expositivo de este derecho establecido por Masurio Sabino), sea sobre derecho pretorio (y se llamaban *ad edictum*, porque seguían la ordenación con que el edicto mismo presentaba sus materias). También está la literatura de *responsa*, en que se coleccionaban las respuestas dadas por el autor; de *quaestiones*, en que se trataba de casos reales, pero la mayor parte de las veces imaginarios, resueltos por el jurista; y de *digesta*, en que se combinaban el comentario y la casuística.

4. Hubo todavía una tercera vía de intervención jurisprudencial en la formación del derecho.

El edicto era formalmente un acto del pretor, a quien la constitución republicana encargaba la *iurisdictio* en manera especializada. Pero la pretura pertenecía a una carrera de magistraturas (*cursus honorum*), y por ende tenía, como todas, un carácter político, al cual se unía la función militar (lo mismo que en el caso de los cónsules). Igual que todas las magistraturas, además, el pretor servía su cargo durante un breve período; en este caso, de un año. Se daba, pues, la paradoja de que mientras la pretura tenía funciones especializadas y técnicas, como eran las de administrar la justicia, a esa magistratura, sin embargo, accedían personas sin conocimiento ni experiencia profesionales, porque la jurisdicción no les interesaba en sí misma, sino en cuanto parte de una carrera política y militar. A lo anterior se añadía esta otra paradoja: que en tanto la jurisdicción, por su naturaleza, exige una permanencia y uniformidad de criterios con que ejercerla, el llamado a tal ejercicio se mantenía tan sólo un año en el cargo, pasado el cual era invariablemente sustituido por otra persona, y eso en teoría podía resultar atentatorio contra la mencionada exigencia de estabilidad.

Que, sin embargo, del edicto pretorio haya fluido buena parte del derecho romano durante casi dos siglos y medio, en lo que en final de cuentas viene a radicar la verdadera paradoja, se explica porque de hecho también el edicto era obra de los juristas. La aparente contradicción de entregar la delicada y sensitiva función de administrar la justicia a un inexperto transeúnte, en realidad vino a constituirse en la clave del éxito histórico de esta magistratura, porque tal contradicción formal hizo necesaria la intervención material y permanente de los profesionales del derecho.

El pretor, pues, actuaba asistido por un *consilium* de juristas, en cuyo seno se preparaba y redactaba el edicto año a año, conforme con criterios técnicos; y aunque informal y de libre y flexible integración, ese consejo en la práctica resultaba muy permanente. Todo eso explica que el edicto mismo llegara a ser un instrumento altamente tecnificado y desde luego constante, porque la formal renovación anual implicaba una reiteración de buena parte del contenido del edicto anterior, y así sucesivamente (*edictum traslativum*), atendida la permanencia de sus verdaderos artífices. Pero también esa renovación formal cada año, e incluso la posibilidad de modificar en cualquier momento el edicto inicial mediante los llamados "edictos repentinos", fue una razón más de la eficacia de esta fuente: la renovación formal misma daba ocasión para examinar y revisar el contenido del edicto anterior que debía quedar incorporado en el nuevo, a la luz de la experiencia y de los avances de la ciencia jurídica, y ello permitía perfeccionar el material recibido; además, hacía posible ensayar nuevas soluciones con facilidad, en contraste con las dificultades que ofrecía la tramitación de una ley, y sin el riesgo de tener que soportar por mucho tiempo una solución que después se mostrara mala o ineficaz, que es una de las desventajas de confiar la reforma del derecho a la legislación.

5. A fines del período altoclásico, el derecho empezó a recibir la influencia reformadora de las constituciones imperiales del tipo *rescripta* y *decreta*. Nuevamente tocó a la jurisprudencia jugar en ellas su papel. Los emperadores conservaron la vieja tradición republicana que exigía la asesoría de un *consilium* para el ejercicio de las potestades públicas, integrado por personas de reconocida autoridad. En los consejos privados de los príncipes difícilmente faltaron los juristas. Y de esta manera ellos siempre tuvieron oportunidad de ejercer influencia en el despacho de asuntos jurídicos por medio de rescriptos y decretos. Podemos legítimamente sospechar que las innovaciones que con ellos se introdujeron en el derecho en buena medida se debieron al consejo de los juristas. Cuando, a partir de Adriano, el *consilium* al estilo republicano empezó a ser sustituido por un organismo burocrático como la cancillería imperial (equivalente a un moderno ministerio de justicia), los cargos más importantes fueron servidos por juristas. Con ello su influencia en la formación de nue-

vo derecho se vio acrecentada merced al carácter oficial de su intervención, porque una de las principales funciones de la cancillería consistió precisamente en la emisión de rescriptos y decretos. En consecuencia de todo esto puede decirse que la orientación del nuevo derecho imperial también estuvo a cargo de la jurisprudencia.

6. En ninguna época la jurisprudencia tuvo influencia en la formación de las normas generales, es decir, de las leyes, los plebiscitos y los senadoconsultos. El carácter político y gubernamental que siempre se atribuyó a este tipo de actos, aunque se refirieran a materias jurídicas, exigía la exclusión de los particulares. De hecho, los textos respectivos eran redactados por personal subalterno (*scribae*), si bien especializado, lo que permitió el desarrollo de un particular y relativamente constante estilo literario.

Pero también la palabra definitiva acerca del destino de las normas generales la tenían los juristas, porque, una vez emanadas, ellos eran los encargados de interpretarlas. En esta labor los juristas romanos operaron con gran libertad, gracias a la descomposición del concepto de ley (plebiscito, senadoconsulto) en sus varios elementos (*sententia*, *scriptura*, *ratio* y *voluntas*) con cuya recomposición en función de la casuística, para formular la cual dichos juristas fueron maestros, el material normativo original resultaba totalmente reelaborado y transformado.

7. Pero la interpretación de los juristas no se limitó a las normas generales, pues también tocaba al propio edicto y, en la época tardoclásica, a las constituciones imperiales. Esto significa que la intervención jurisprudencial concerniente a estas fuentes en realidad venía a ser doble, pues se manifestaba tanto en el proceso de su formación, según antes vimos, como en el de su interpretación posterior. Operando sobre ellas con la misma libertad con que actuaban con las normas generales, gracias a una similar distinción de sus elementos internos, los juristas se encargaban de fijar el régimen jurídico definitivo; en muchos casos es posible que así hayan alcanzado las soluciones que consideraban más correctas y que no habrían podido conseguir ver acogidas en las etapas previas de formación, debido a razones de diversa índole que primaron por sobre su criterio técnico.

No existió una literatura especializada sobre constituciones imperiales, pero los juristas trataban de éstas en los comentarios *ad edictum* y *ad Sabianum*, como también en sus obras del tipo *responsa*, *quaestiones* y *digesta*.

La reelaboración de las constituciones imperiales por obra de la jurisprudencia fue decisiva para su consideración como fuentes de derecho. Incluso puede decirse que fue gracias a ello que llegaron a ser consideradas como tales.

En efecto, los rescriptos y los decretos eran fuentes particulares que en principio, por ende, sólo cabía aplicarlos al caso concreto al

que se referían y como precedentes a otros casos, en la medida en que los interesados en invocarlos los conocieran. En Roma no existió algo parecido a nuestros "diarios oficiales", en que se publicaran los actos del príncipe y otros órganos públicos, de manera de llegar al conocimiento general. Las constituciones imperiales quedaban registradas en la cancillería imperial y los rescriptos eran enviados al que había formulado la consulta, de forma que en principio estos actos tenían una circulación extremadamente restringida o ninguna. En tales circunstancias, fue por obra de la jurisprudencia (tardoclásica) que buena parte del derecho imperial fue convertido en *ius civile*, desde que ella se ocupó en incardinar los principios y las figuras introducidos por las constituciones en el sistema tradicional de ese derecho. En efecto, estando a su cargo, como antes se dijo, la elaboración y el desarrollo del mismo, no había diferencia en que la jurisprudencia estableciera nuevos principios por impulso autónomo o que los estableciera por incitación de las constituciones imperiales; pero la costumbre de citar el rescripto o el decreto de que se tratara, determinó que se viera en uno u otro a la verdadera fuente. Lo propio puede decirse con respecto a las *orationes imperiales* de la última época.

VII. LAS LEGES EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA Y SU COMPILACIÓN. 1. La decisiva función cumplida por la jurisprudencia con relación a todas las fuentes formales del derecho en todos los tiempos anteriores explica que su desaparición haya dejado en la más absoluta soledad a las que habían llegado a ser únicas fuentes activas de derecho hacia fines de la época clásica: las constituciones y las oraciones imperiales. Todavía bajo Diocleciano continuó la práctica de dar rescriptos, pero desde Constantino se inició una lucha en contra de este tipo de actos y una tendencia a reemplazarlos por normas generales; el rescripto empezó a servir de instrumento para conceder privilegios. Poco a poco, sin embargo, se impuso un nuevo tipo que terminó por ser denominado *lex generalis*; él se formó por la confluencia de los antiguos edictos y de las oraciones; consistieron, pues, en textos normativos que eran solemne y formalmente aprobados en el senado (en el consistorio después). La práctica de los *decreta* continuó, pero también se observa una tendencia a restarles eficacia normativa en beneficio de la legislación general, hasta que Justiniano restableció su valor. En suma, puede decirse que las *leges generales* se presentan como la única fuente creadora de nuevo derecho en la época postclásica.

2. En tiempos de Diocleciano aparecieron dos compilaciones de rescriptos, que fueron conocidas como *corpus Gregorianum* y *corpus Hermogenianum* en Occidente y como *codex Gregorianus* y *codex Hermogenianus* en Oriente.

La primera, debido a un tal Gregorio o Gregoriano, recopiló rescriptos emanados desde la época de Adriano hasta la de Diocleciano, distribuidos en títulos rubricados, los cuales, a su vez, formaban libros (entré 14 y 16); en el interior de cada título, los rescriptos aparecían ordenados cronológicamente. La obra debió de ser compuesta en torno al año 293 d. C. en Oriente. La segunda compilación, cuyo autor fue un cierto Hermógenes o Hermogeniano, sólo recogió rescriptos de Diocleciano emanados entre los años 293 y 294 d. C.; consistía en un solo libro dividido en títulos, que agrupaban los rescriptos también por orden cronológico. Fue, pues, una suerte de complemento del código anterior. Ambos *codices* fueron obras privadas, pero alcanzaron un gran éxito forense y una amplia difusión, lo que es sintomático: faltante una jurisprudencia activa encargada de incorporar el material de estos actos en el sistema general del derecho, ahora se sintió la necesidad de tenerlos reunidos y a disposición para conocerlos directamente.

3. En el año 438, Teodosio II de Oriente, siguiendo el ejemplo de los códigos de rescriptos que habían confeccionado Gregorio y Hermogeniano, promulgó un *Codex Theodosianus*, en que se recopilaban exclusivamente *leges generales* emitidas desde la época de Constantino hasta sus días. Este cuerpo legal fue extendido al Occidente por Valentiniano III el mismo año.

Teodosio autorizó a la comisión encargada de confeccionar la obra para que pudiera modificar los textos compilados. Aquella fue dividida en 16 libros, compuestos de títulos rubricados según su materia, en cuyo interior se dispusieron las constituciones recogidas por orden cronológico. Este código, por cierto, no derogó a los dos precedentes, porque los complementaba. Pero se diferenció de ellos por haber tenido vigencia oficial.

Las leyes posteriores del propio Teodosio ("*Novellae Theodosianae*") y de sus sucesores ("*Novellae Posttheodosianae*"), que suman cerca de 100, nunca fueron compiladas hasta tiempos de Justiniano.

VIII. LOS *IURA* EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA. 1. El rico acervo de la literatura jurídica proveniente de la época clásica fue conservado durante la postclásica. En oposición a las *leges (generales)*, solió denominarse genéricamente como *iura* a los libros jurídicos de dicha época. Pero esta literatura no fue transmitida sin alteraciones, porque era práctica ordinaria la de agregar breves comentarios en las márgenes (o entre las líneas) de un libro, que llamamos "glosemas", y cuando un editor decidía hacer una nueva tirada de determinada obra y el texto escogido como modelo (*exemplar*) para copiar estaba glosado, podía ocurrir que por indicación del propio editor, o por error del copista o amanuense, los glosemas fueran introducidas en el texto mismo que se copiaba, fundiéndose así con el original. Un proceso masivo de esta recepción de glosemas en las obras clásicas tuvo lugar en el tránsito del s. III al IV, con el cambio generalizado de formato para los libros, desde el antiguo denominado *volumen* al más nuevo llamado *codex*. Al ser transportado, pues, el contenido de los viejos *volumenes* de jurisprudencia al formato *codex*, muchos glose-

mas existentes en aquéllos pasaron a estos como parte integrante del texto y no ya como glosemas distintos y separados.

El *volumen* es un formato editorial consistente en una tira de ancho y largo variables que se enrolla en torno a un eje de madera o metálico (*umbilicus*) para guardarla y se desenrolla paulatinamente con una mano para leerla, mientras se lo sostiene con la otra. El material empleado para confeccionar la tira es generalmente el papiro (*charta*), pero también el pergamino (*membrana*). Desde antiguo se empleó asimismo el formato *codex* (también *caudex*). Esta palabra originalmente significa "tronco de árbol" (Gell. 16.16.3), y después "unión de varias tablas" (Nonn. 535.1; Sen., *De brev. vitae* 13.14), o sea, un ensamblado de madera. Como tal servía para designar variados objetos, por ejemplo, una especie de cepo móvil para disciplinar a los esclavos (Plaut., *Poen.* 5.3.34; Iuvent. 2.57; Propert. 4.7.44), y bajo formas adjetivales, alude a ciertos navíos, que después de todo son un ensamblado de madera (*navis codicaria*; Nonn. 535.11; Fest. 46; Sen., *De brev. vitae* 13.4). Pero este sentido genérico terminó por especificarse para denominar un ensamblado de madera, de tamaño más bien reducido, compuesto por cuatro lados y un fondo, cubierto éste con cera, sobre la cual se puede escribir con un punzón (*stylus*); se trata, en otras palabras, de las tablillas de madera encerada (*tabulae*). Aunque cada tablilla es ya un *codex*, por constituir un ensamblado, todavía la palabra se usó preferentemente para denotar al conjunto de varias de estas tablas unidas entre sí por uno de sus extremos mediante anillos metálicos o cordones, de modo que el usuario pueda sostener el objeto con una mano y dar vuelta cada tabla componente con la otra, para escribir o leer. Este formato, empero, se usaba como cuaderno de apuntes rápidos, para la correspondencia y para reducir a escritura los actos de la vida jurídica, como los testamentos (D. 37.11.1.6; 43.5.3.1); en diminutivo siempre plural designa un anexo al testamento (*codicilli*); también la contabilidad es mantenida en *codices rationum* (D. 2.13.10.2) y los banqueros llevan sus cuentas en un *codex accepti et expensi*. Sólo muy paulatinamente el formato *codex*, que en tanto compuesto de tablillas no era apto para contener una gran densidad de escritura ni permitía una cómoda lectura, reemplazó al formato *volumen*; ello ocurrió cuando, en vez de tablillas por unir, empezaron a usarse trozos de pergamino (*codex membraneus*) o papiro (*codex chartaceus*) cortados en tamaño uniforme, cuya unión o cosido por uno de sus extremos proporciona ya el aspecto de nuestros actuales libros (si reemplazamos aquellos materiales por el papel -de origen chino y empezado a fabricar en España en 1150, adonde llegó por intermediación de los árabes). Esta invención estaba destinada a eliminar al formato *volumen*, debido a las indudables ventajas que ofrecía en orden a su manejabilidad y capacidad para contener una gran cantidad de escritura; lo cual explica que su difusión haya comenzado en los ambientes cristianos, necesitados de contar con ediciones de la Biblia, cuya longitud es conocida. Con todo, la generalización de ese formato en el mundo pagano se inició a fines del s. III, de donde la necesidad de reeditar como *codices* las obras de toda especie hasta entonces circulantes en *volumenes*.

Ya el glosamiento de los libros clásicos creó un primer problema de autenticidad; pero más grave resultó ser el derivado de la composición de obras formalmente nuevas con materiales clásicos, que enseguida eran atribuidas a algún autor conocido de aquella época, como modo de asegurar su éxito y circulación. En fin, apareció la práctica de los epítomes de obras clásicas, que con resumir los textos finalizaban por deprimir su pensamiento.

La glosa fue un fenómeno más propio del Oriente, porque después de todo supone un esfuerzo de comprensión de los pasajes glosados y una cierta actitud de estudio, que eran posibles en las

escuelas de aquella parte del imperio. La falsificación y epitomación, en cambio, fueron más habituales en el Occidente, ya que obedecen a la necesidad de suministrar textos elementales y de fácil entendimiento a un público de usuarios prácticos y alejados de todo interés teórico.

2. En parte a intentar poner remedio al problema de las falsificaciones, pero también al de la escasez de libros jurídicos, vino una ley de Valentiniano III de Occidente, promulgada el 426, y que conocemos con el nombre de "ley de citas". Según ella, sólo pueden ser "recitadas" en juicio, esto es, leídas directamente al juez, que era la forma postclásica de invocar textos jurídicos, las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino. En caso de hallarse divergencia de opiniones entre estos nombres, el juez queda obligado a atenerse al sentir de la mayoría. De encontrarse, en cambio, igualdad numérica de opiniones, aquél debe estar a la que aparezca apoyada por la autoridad de Papiniano. En fin, si los anteriores criterios no pueden ser aplicados, únicamente entonces el juez recobra su libertad de juicio, pero siempre adaptándolo a alguna de las decisiones provenientes de los juristas permitidos citar.

Esta norma fue recogida por Teodosio II al promulgar su código el año 438, y con ello resultó extendida también al Oriente. Pero esta promulgación en la otra *pars imperii* se hizo con una interpolación aditiva al texto original, para permitir la invocación de los juristas citados por los cinco autores originales y en cuanto citados por ellos, de que la ley pone como ejemplos a Escévola, Sabino, Juliano y Marcelo. Ello debilitó las márgenes que la constitución primitiva había intentado oponer a la citación de escritos jurisprudenciales.

En el Oriente no debieron de ser tan apremiantes los problemas de la falsificación y de la escasez de libros jurídicos, como en el Occidente; de ahí la mayor largueza del emperador Teodosio en orden a permitir invocar pareceres de autores citados por los cinco de la ley primitiva; de ello es prueba que se haya tomado el aparente resguardo de exigir que la cita de los citados fuera contrastada con una *collatio codicum*, esto es, con una comparación entre el texto de la cita contenida en alguna obra de los cinco con el libro original del citado; ello supone poder disponer de este último; y sólo se explica teniendo presente la posibilidad de exhibir ante el juez el texto original del cual uno de los cinco extrajo la cita y así comprobar la veracidad de esta última. Una parte de la constitución de Valentiniano III se conserva en CTh. 1.4.3. Su texto íntegro había sido recibido en el código de Justiniano de año 528, pero fue eliminado en la edición del 534, por resultar incompatible la ley con la prohibición de comentar el "*Corpus Iuris Civilis*" y con la más amplia gama de juristas cuyos escritos fueron acogidos en el Digesto. En la historiografía suele denominarse "tribunal de los muertos" al grupo de cinco jurisconsultos permitidos alegar por la "ley de citas".

3. La literatura jurídica de la época postclásica no fue original; además, resulta anónima para nosotros. Se la puede clasificar en tres grandes grupos.

a) Por un lado se encuentran las obras de epitomación, consistentes en resumir o abreviar los escritos de algún autor clásico. A este

género pertenecen, por ejemplo, la "*Epitome Gai*" (mitad del s. V) y los *Tituli ex corpore Ulpiani* (mitad del s. V), que también llamamos "*Ulpiani Regulae*" y "*Epitome Ulpiani*". La primera resume en dos libros los cuatro de las *Institutiones* de Gayo; pero también la segunda obra tiene al libro de Gayo por fondo, completada en algunos temas con materiales extraídos de escritos de otros juristas, quizá de Ulpiano; está redactada en 25 títulos. Ambos libros tuvieron fines didácticos y prácticos y fueron compuestos en Occidente.

A este tipo de obras pueden asimilarse las *interpretationes*, que son resúmenes parafraseados de otro texto. Conocemos las practicadas al *Codex Theodosianus* y a las *Pauli Sententiae*, por haber sido incorporadas en la "*Lex Romana Visigothorum*". Estrictamente, la "*Epitome Gai*" es una *interpretatio* a las *Gai Institutiones*. Proviene del sur de las Galias.

b) Por otro lado están los textos que se forman como la redacción de obras nuevas, que, sin embargo, se inspiran en originales clásicos o que contienen extractos de ellos, ordenados según un cierto sistema expositivo, como el del edicto del pretor. La obra más importante de este género es la denominada *Sententiarum ad filium libri V* (no posterior al 327-328 d. C. y escrita en Occidente), atribuida a Paulo. Como su nombre lo indica, estas *Pauli Sententiae* presentan la materia (en 5 libros) bajo la forma de breves descripciones apodícticas o máximas, desprovistas de razonamientos y de casuística, que condensan, pues, la doctrina antigua, probablemente en su mayor parte proveniente del autor al que se atribuyó el escrito.

c) En fin, se presentan los florilegios o colecciones de fragmentos de juristas clásicos, conservados en su forma original (sin perjuicio de recortes y otras modificaciones) y entremezclados con textos de rescriptos imperiales. Tales son los "*Fragmenta Vaticana*" (principios del s. IV), la *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* (fines del s. IV) y la *Veteris cuiusdam iuriconsulti consultatio* (s. V-VI).

Estas tres obras están compuestas "en cadena", porque se trata de disponer fragmentos provenientes de diversos escritos jurisprudenciales y rescriptos, concernientes a un mismo tema, uno después de otro o encañados; el conjunto aparece ordenado de acuerdo con un cierto sistema expositivo. Los "*Fragmenta Vaticana*" combinan fragmentos de Papiuiano, Paulo y Ulpiano; la gran mayoría de los rescriptos citados pertenecen a Diocleciano, tal vez extraídos de los códigos de Gregorio y Hermogeniano. La *Collatio* debe de ser la primera obra de derecho comparado que conocemos, si dejamos a un lado los estudios que hizo Aristóteles sobre las constituciones de las ciudades griegas, de los cuales solo resta aquel sobre Atenas. Se trata, en efecto, de confrontar los preceptos de la ley mosaica con el derecho romano, aunque probablemente con fines apologéticos; pero ignoramos si fue compuesta por un cristiano contra los paganos, a fin de demostrarles la mayor antigüedad de la ley de Dios, o por un judío contra los romanos-cristianos, con el mismo fin. El derecho romano recogido está representado por fragmentos de Gayo, Papiuiano, Paulo, Ulpiano y Modestino, y por rescriptos obtenidos de los mismos códigos postclásicos antes recordados. La *Consultatio* combina fragmentos de las *Pauli Sententiae* con rescriptos sacados de dichos códigos y con leyes contenidas en el *Codex Theodosianus*. Estas tres obras parecen haber sido compuestas en Occidente; la *Consultatio* probablemente en el sur de las Galias.

IX. LA VULGARIZACIÓN DEL DERECHO. 1. La materia de cualquier derecho privado está constituida por las relaciones de contenido económico que los hombres entablan entre sí y que de todas maneras existen, haya o no criterios reguladores previos, porque en fin los interesados mismos se los dan a través de sus actos o negocios. La reiteración de una necesidad de relación conduce muy naturalmente a repetir los modelos negociales empleados anteriormente y surgen así las costumbres; cuando se expande la conciencia de que una determinada costumbre genera posibilidades de defraudar u otros inconvenientes, o bien ofrece vacíos, suele intervenir la norma pública como rectificadora o colmadora de las lagunas. Pero tanto los particulares en sus negocios, como las costumbres a que dan lugar, lo mismo que las normas públicas, regulan las relaciones económicas entre los particulares sin pretensiones técnicas, pues su fin es nada más que la eficacia, supuestas determinadas finalidades políticas, económicas o morales. Esta formalización de las relaciones entre los hombres se transforma en ciencia cuando aparece un estamento de profesionales, los juristas, que organizan el conjunto de formalizaciones en un sistema de principios y consecuencias, lo someten a una especial lógica y lo dotan de un lenguaje técnico, cuyo significado difiere del común. El derecho romano de la época clásica fue directa o indirectamente un derecho de juristas; y a ello se debió su altísimo nivel técnico y científico y su diferenciación, bajo ese mismo concepto, de los derechos de todos los demás pueblos de la antigüedad.

2. Esta jurisprudencia profesional desapareció en el primer tercio del s. III d. C. y entonces el derecho, considerado en su dinámica cotidiana, perdió una de sus características más salientes, como había sido el constante ejercicio de su control técnico por parte de los juristas. Pero éstos legaron a los tiempos siguientes sus obras escritas, en que se contenía el producto de tres siglos de una rica reflexión jurídica. Todavía el nivel de la cultura de la época postclásica fue suficiente como para no dejar caer en el olvido los escritos de la jurisprudencia; pero no tan elevado (en el Occidente) como para comprender cabalmente la ciencia contenida en ellos. Los hombres talentosos de la época, que hubieran podido ser jurisprudentes y continuar, por ende, la tradición clásica, tuvieron otros intereses, vinculados a la necesidad de dar forma a la doctrina de la nueva religión que se expandía rápidamente por el imperio y que entonces quedó sujeta a enfrentar la crítica del paganismo tradicional y a la erosión de las herejías. De esta guisa, la ocupación intelectual preferente fue la apologética y la teología, como se ve, por ejemplo, en San Ambrosio de Milán, San Jerónimo o San Agustín, etc.; y así vino a resultar que el derecho cotidiano y el depósito de la literatura clásica quedaron en manos de prácticos forenses y de enseñantes. La intervención de los prácticos tuvo como corolario que el derecho cotidiano empezara a perder sus formas lógicas, su lenguaje técnico y

la trabazón de su sistema de principios y consecuencias, de manera de retornar a un cierto naturalismo, eficaz para obtener éxito en los procesos y cautelar los intereses de los clientes, sin sujeción a conceptos y lenguaje técnicos que nadie entiende ni controla. La intervención de meros enseñantes y transmisores de conocimientos a personas que también buscaban ser prácticos, obligó a reducir a esquemas las exposiciones literarias del derecho clásico, con el efecto de simplificar y deprimir su contenido. El reclutamiento de estos enseñantes de entre los mismos prácticos creó, a su vez, el círculo vicioso de que las explicaciones introducidas en las doctrinas clásicas estuvieron impregnadas del mismo naturalismo eficaz y atécnico.

Hasta la época de Diocleciano puede observarse una política oficial, impulsada por la cancillería imperial, en contra del fenómeno descrito. Todavía los rescriptos, y muy especialmente los de aquel emperador, conservan el tono del derecho clásico, o sea sus principios y su lenguaje. Pero, a partir de Constantino, desapareció este último bastión classicista y la legislación general emanada de la cancillería adquirió un nuevo estilo, caracterizado, en la forma, por un lenguaje ampuloso, retórico y mayestático, muy alejado del estilo conciso y técnico de los rescriptos clásicos y dioclecianos; y en el fondo, por el uso de criterios extrajurídicos en las regulaciones. En parte, eso se debió a un nuevo círculo vicioso establecido a partir del ingreso de prácticos en la cancillería como personal subalterno.

Ejemplo en CI. 1.14.9, que conserva el proemio de una constitución de Valentinián y Marciano, del año 454, que reza así: "Por todos deben ser conocidas las sacratísimas leyes, que refrenan la vida de cada uno, a fin de que todos, conocido más claramente lo preceptado en ellas, se abstengan de lo prohibido, o hagan lo que permiten. Y si acaso algo se hubiera expresado con obscuridad en las mismas leyes, conviene que esto sea aclarado por la interpretación del emperador y que se emiende la dureza de las leyes incongruente con nuestra humanidad" (*Leges sacratissimas, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinet vel permissa sectantur. Si quid vero in isdem latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri divitiarumque legum nostrae humanitati incongruam emendari*). Este proemio encabezaba una amplia ley, que se conserva aparte como *Novella Marciani* 4; otra parte aparece además en CI. 5.5.7. Dicha ley está destinada a interpretar ciertas cuestiones concernientes al matrimonio de los senadores.

3. El fenómeno histórico antes descrito lo llamamos "vulgarización del derecho", mejor que "derecho vulgar", para denotar que se trata de un carácter adquirido por el derecho y no de un sector, rama o sistema del mismo, comparable, por ejemplo, con el derecho civil, el pretorio o el de gentes; para denotar, en suma, que se trata de una forma cultural introducida en el derecho.

La vulgarización se entiende, desde luego, en comparación con lo clásico, y se manifiesta en una doble vertiente: por un lado, en cuanto afecta al derecho nuevo, o sea de la época, que entonces aparece como vulgar y no clásico; por otro, en cuanto afecta a la

reelaboración que se hace en la época de los escritos de la jurisprudencia clásica, que es también de estilo vulgar.

4. Los rasgos más notables de este estilo vulgar son los siguientes:

a) La confusión de conceptos, como ocurre, por ejemplo, con aquella generada entre el derecho de dominio y el hecho de la posesión, la obligación con el documento que la prueba o las obligaciones naturales con ciertos deberes.

Así, para el primer ejemplo, en una ley de Arcadio (emp. 395-408) y Honorio (emp. 393-423), conservada en CI. 11.70.4: "Mandamos que los que en primera subasta se hicieron o se hicieron poseedores de fundos de derecho patrimonial o de templos tengan en firme su dominio, de suerte que en lo sucesivo no quede vacilante la posesión de cada uno; sino que cada cual tenga el derecho propio que se corroboró o corroborare por haberse dado el precio" (*Eos, qui auctione prima fundorum iuris patrimonialis sive templorum possessores effecti sunt vel fuerint, firmum dominium tenere decernimus, ne ulterius vacillet unuscuiusque possessio, sed teneat quisque ius proprium, quod dato pretio roboratum est vel fuerit*). Vid. también: FV. 35.1; 35.4 = CT. 3.1.2 pr.; CTh. 2.25.1; 4.11.1; 5.1.8; 5.10.1; 8.15.6.1 i.f.; 11.3.5; 11.7.4; 13.10.8; CI. 11.62.6. Para el segundo, vid. Epit. Gai. 2.1.8, en donde se reproduce la distinción gayana de cosas corporales e incorpóreas; entre estas últimas, el texto incluye a "las obligaciones escritas provenientes de diversos contratos" (*obligationes de diversis contractibus scriptae*). Gayo (2.14) se había limitado a decir "obligaciones contraídas de cualquier manera" (*obligationes quoquo modo contractae*). Para el tercer ejemplo están los casos del deber socio-moral de constituir dote (D. 12.6.32.2 itp.) y de dejar su cuota de herencia legítima al legitimario (CI. 4.28.36.2), que fueron considerados obligaciones naturales. En efecto, la dote y la legítima no pueden ser cobradas, pero una vez pagadas (o sea, una vez constituida la dote o deferida la legítima), no se las puede repetir (revocar), igual como ocurre en aquellas obligaciones.

b) El recurso a criterios morales y afectivos, tanto para la construcción dogmática, cuanto para la fundamentación de los regímenes jurídicos. Un ejemplo del primer tipo está dado por la figura postclásica de la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario hacia el donante.

La revocación obedece al natural sentimiento humano de repudio y repugnancia que provoca la mala conducta posterior de quien recibió una liberalidad hacia quien se la hizo, como si injuria al donante o atenta contra su vida. Lo vulgar del asunto está en convertir la censura moral en jurídica. Vale la pena transcribir la ley constantiniana que la estableció por vez primera, y que se conserva, aunque incompletamente, en FV. 248: "...Perseguirla por los ultrajes y que no se podía ser benigno con los que habían sido advertidos por un sentimiento de piedad. Así, pues, queremos que, si se establece según el padre que los hijos se alzan soberbia y cruelmente contra lo que reclama la razón de humanidad, se anule enérgicamente la emancipación y que lo que el padre aportó en donaciones a los hijos sometidos a la autoridad del padre y del derecho natural, lo devuelvan a la patria potestad y así aquellos que, separándose de lo sagrado, se alejaron del deber de obediencia, lleguen a ella forzados por los lazos de la necesidad e incluso arrepintiéndose en virtud de una nueva recomendación de piedad" (*...Ipsam contumeliis persequi neque in affectu pietatis monitos posse mitescere. Volumus igitur ut, si constiterit iuxta patrem liberos, contra quam humanitatis ratio deposcit, superbe crudeliterque se tollere, emancipatio firmitudine avocuetur, idque quod liberis pater donationibus contulit, patria ditioni naturaeque iuri subiugati patriae reddant potestati, et ita illi, qui sacris evoluti a functione obsequii recesserunt, necessitatis laqueis*

adstricti nova commendatione pietatis etiam detrectantes ad id veniant). Vid. también CTh. 8.13.1; 8.13.2; 8.13.4; 8.13.6 = CI. 8.55.9; CI. 8.55.10; Lex Rom. Burg. 1.1.43.

Un ejemplo del segundo tipo es el fundamento para anular los pactos sucesorios dispositivos, o sea aquellos por lo que, entre vivos, se dispone de la herencia que se espera adquirir de otro, cuando éste muera. Para los clásicos, ellos son nulos por falta de objeto; para los postclásicos también son nulos, mas por inmorales.

En D. 18.4.7, Paulo da el criterio clásico: cuando se vende una herencia, debe haber herencia, porque no se compra al azar, sino una cosa, de modo que si ésta no existe, no se verifica la venta. Justiniano, quien, pese a su clasicismo y a su esfuerzo restaurador de la pureza del derecho antiguo, ofrece a veces rasgos vulgares, fundamenta la nulidad en CI. 2.3.30 así: "Pero a nosotros todos los pactos de esta naturaleza nos parecen odiosos y preñados de tristísimas y muy peligrosas eventualidades" (*Sed nobis omnis huiusmodi pactioes adiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus*), para después declararlos contra las buenas costumbres; de aquí la *ltp.* en D. 39.5.29.2, que también considera a estos actos contra las buenas costumbres y el derecho de gentes.

c) La supeditación y aun el sacrificio de la disciplina jurídica a fines de política pública o prácticos. Un ejemplo de ello es la que después se llamó *insinuatio* en materia de donación, que trastornó completamente el régimen clásico.

Según éste, la donación no era un acto típico, sino una *causa*, que podía ser operada mediante una diversidad de instrumentos, de guisa tal que resulta ser real, si tiene lugar a través de una dación; obligacional, por medio de una promesa; y liberatoria, merced a una remisión de deudas. Constantino introdujo un procedimiento donatorio, cuyo preciso efecto fue transformar a la figura de *causa* en acto típico. Mediante una ley del año 323 (FV. 249; CTh. 8.12.1; CI. 8.53.25; 5.37.21; Cons. 9.13.), en efecto, prescribió que la donación se otorgara por escrito ante un número indeterminado de testigos, se inscribiera el escrito en un registro público y se entregara la cosa al donatario (*corporalis traditio*), también ante testigos; y que la omisión de cualquiera de estas formalidades hiciera nula la donación.

Los motivos de esta reforma fueron prácticos: favorecer una meditación de las partes en torno al alcance de su decisión de donar, separar las deliberaciones previas de la conclusión del acto, asegurar una clara manifestación de voluntad y eliminar las simulaciones. Pero tal vez intervinieron conveniencias tributarias. Esta tipificación de la figura condujo a reducir el amplio régimen clásico a los límites de la donación real, como si la única manera de donar fuera mediante tradición.

d) En fin, la caída de las formas constructivas de las figuras jurídicas, para dejar lugar a las funciones naturales que ellas portan. Tal es el caso de la atribución de un efecto adquisitivo a la compraventa o a la donación⁹, en oposición al régimen clásico, según el cual esos

negocios eran solo causas o títulos adquisitivos, necesitados del complemento de una transferencia posterior, pero no meros de adquirir en sí mismos. En la visión contraria influyó, por cierto, la experiencia cotidiana de las compraventas o donaciones de poca monta, que tienen lugar en forma real y en que la causa tiende a confundirse con la entrega, atendida la simultaneidad de ambas.

5. El vulgarismo se manifestó a través de una doble vertiente: legislativa y literaria, si dejamos a un lado una tercera, que debió de consistir en la práctica forense misma de un derecho romano deprimido, y en la enseñanza de éste. La vertiente legislativa consistió en la emisión de leyes de estilo vulgar. La literaria, en la introducción de este estilo a través de glosemas en los escritos clásicos y en su adopción en las obras nuevas que se compusieron durante la época, bajo cualquiera de los tres tipos que antes hemos examinado: epítomes, extractos y florilegios. Esto no significa, empero, que todo en dichas obras sea vulgar; en muchos casos, especialmente en los florilegios, se conserva el derecho clásico en estado puro, debido a que el texto original no sufrió modificaciones.

X. LAS ESCUELAS DE DERECHO ORIENTALES. De todos modos, el vulgarismo literario fue un fenómeno más extendido en Occidente, como consecuencia del descenso general de la cultura en esa parte del imperio y de las catástrofes producidas ahí por las invasiones bárbaras. Liberado de ellas el Oriente, en unión a su tradicional mayor nivel cultural, el derecho clásico pudo conservarse en mejor estado. A ello contribuyó también el florecimiento de las escuelas de derecho ya en el siglo V d. C., entre las cuales destacaron las de Berito (la actual Beirut, en el Líbano) y de Constantinopla. La formación de sus bibliotecas sirvió de depósito para los libros de la antigua jurisprudencia.

Así como en el Occidente el tipo común de hombre de derecho debió de ser el práctico y el enseñante elemental, en el Oriente aquél estuvo representado por el profesor de derecho (*iuris antecessor, iuris doctor*), junto, naturalmente, al gran abogado de tribunales (*fori togati*). La presencia de aquél imprimió un notable carácter escolástico al método jurídico, caracterizado por el uso de la dialéctica no ya en función problemática, analítica y casuística, como había ocurrido entre los clásicos, sino en función sistemática, sintética y constructiva, al modo de Gayo. Las obras salidas de sus manos no fueron meras abreviaciones de los escritos antiguos y más bien merecen el calificativo de comentarios, en que la doctrina clásica aparece expuesta en seguimiento de un esfuerzo de comprensión, aunque la forma externa de esos comentarios fueran los "escolios" (de *schola* = "escuela", pero con el significado de notas o glosas, es decir breves explicaciones). Un ejemplo de esta literatura son los llamados *Scholía*

⁹ Vid. CTh. 4.5.1; 11.3.2; 12.3.2; Epit. Gai. 2.1.7; PS. 5.2.5; Edict. Teod. 120; Lex Rom. Burg. 35.2.4.

Sinaítica (s. IV-V), que contienen notas de lecciones al comentario *ad Sabinum* de Ulpiano. En otros casos estos profesores reescribían textos antiguos, para exponer de otra manera su doctrina, es decir de acuerdo con un nuevo sistema, dando lugar a los *tractatus*. El respeto que, empero, sentían hacia los viejos jurisconsultos, les impelía a mantenerse como autores anónimos, de guisa que la reexposición continuaba atribuida a su autor original. Muchos de estos *tractatus* fueron recogidos en el Digesto.

De inferior nivel es el escrito denominado *Leges saeculares* o "*Liber syro-romanus*", originalmente en griego (s. V), del cual ahora poseemos versiones en arameo y en árabe provenientes del s. VIII. Es posible que él haya sido redactado en alguno de esos centros de enseñanza que Justiniano ordenó clausurar debido a su mala calidad (const. *Omnem* 7).

La actividad de las escuelas de derecho orientales hizo posible el "*Corpus Iuris Civilis*".

XI. EL "*CORPUS IURIS CIVILIS*". 1. La tendencia postclásica a la compilación fue culminada por Justiniano (emp. 527-565). Su actividad en el campo del derecho quedó insertada en un más vasto plan de restauración del imperio clásico, en todas sus órdenes, incluso el territorial. Ello lo llevó a observar el estado del derecho de su época, del que se formó un juicio muy crítico.

Justiniano dejó constancia de sus críticas en las constituciones preparatorias y promulgatorias de las diversas partes de su gran compilación. Se trata de varios temas recurrentes de censura, que podemos resumir en los que siguen: (i) el enorme volumen o masa de derecho existente y proveniente de la antigüedad, para designar lo cual el emperador emplea términos como "inmensa cantidad, multitud, mole, abundancia" de leyes o de libros (const. *Imp. Maiest.* 2; const. *Deo auct.* 2; const. *Omnem* 1; const. *Tanta* 11; 12; 13; 17; const. *Cordi* 1); (ii) la confusión y dispersión del derecho, que califica de "infinito, inabarcable, confuso, disuelto" (const. *Deo auct.* 1; 5; const. *Omnem* 2; const. *Tanta* 1; 12); (iii) la contradicción interna de este derecho, que se le aparece como "vacilante, ambiguo, controversial" (const. *Deo auct.* 4; const. *Tanta* pr.; 1; 15). Estos temas se transformaron en tópicos de crítica al "*ius commune*" durante la época del humanismo y del juraracionalismo, preparando así el camino para las codificaciones modernas, que, según se decía, habrían de superar los defectos denunciados.

2. La solución al desorden de las *leges* consistía, naturalmente, en su compilación, porque tal era el modelo que se había venido reiterando desde la época de Diocleciano. Justiniano contaba, pues, con el precedente de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Pero, en vez de optar por componer un cuarto código, con solo la legislación posterior al Teodosiano, se decidió por reunir en una única compilación el conjunto de las constituciones ya incluidas en esos tres códigos más las leyes posteriores al último no compiladas, y en ello consistió su (primer) *Codex Iustinianus*, promulgado en el año

529; en consecuencia, el nuevo cuerpo dejó fuera de vigor a los códigos más antiguos, precisamente porque absorbió su contenido.

Mediante una constitución *Haec quae necessario*, de 13 de febrero del 528, emitida poco después de su ascensión al trono imperial, Justiniano dispuso la formación de un *codex legum* sobre las bases antes indicadas, para lo cual designó a una comisión compuesta, según se dice en la misma constitución (párr. 1), por Leoncio y Focas (ambos *magistri militum*), Basilides (*ex praefectus praetorio*), Tomás (*quaestor sacri palatii*), Triboniano (*magister dignitatum*), Constantino (*comes sacrarum largitionum*), Teófilo (*iuris doctor*) y Dioscoro y Presentino (*togati fori*), presidida por Juan (*ex quaestor sacri palatii*). Esta comisión debía discernir entre las leyes vigentes y no vigentes, para sólo compilar las primeras; y quedó facultada para modificar el texto de las compilables, lo mismo que para formar una única constitución con fragmentos de varias (si trataban del mismo tema), uniéndolos en consecuencia, o varias constituciones a partir de una, es decir separándolas en diversos fragmentos (cuando el original trataba de asuntos distintos), todo ello según lo aconsejare la ordenación de los temas. El código debía quedar organizado sobre la base de títulos de materias, en el interior de los cuales las leyes debían ordenarse por orden cronológico. La promulgación tuvo lugar el 7 de abril del 529, mediante la constitución *Summa rei publicae*. En ella se ordenaba la derogación de todas las leyes no incluidas en el nuevo cuerpo, salvo las que otorgaran privilegios a ciertas comunidades; y en especial, la derogación de los antiguos códigos y las novelas posteodosianas. No conocemos el texto de este código, porque, como veremos, él fue sustituido en el 534 por un segundo texto, que es el único transmitido.

Al promulgar su código, Justiniano no tenía dispuesto emprender un trabajo análogo en relación con los *inra*. En efecto, en dicho código fue incluida la "ley de citas", lo que demuestra la ausencia de toda intención de innovar en torno al régimen vigente.

3. En algún momento hasta fines del año 530, Justiniano concibió un segundo proyecto compilador, esta vez concerniente a los *inra*; para ello no contaba con ningún modelo oficial anterior.

Originalmente Teodosio II había pensado en hacer una recopilación de *leges* vigentes extraídas de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y de la propia compilación que él había mandado componer, completada con extractos de *inra* (C.Th. 1.1.5); pero este proyecto no se llevó a cabo. En todo caso, el de Justiniano fue diferente.

a) El 15 de diciembre del 530, Justiniano publicó una constitución *Deo auctore*, por la cual ordenó al ahora *quaestor sacri palatii*, Triboniano, formar una comisión de profesores y abogados encargada de compilar los *inra*. Los comisionados debían leer los libros de los juristas dotados del *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, considerándolos a todos con igual autoridad y sin preferir a ninguno, con clara alusión negativa a la "ley de citas", para extraer de sus obras los textos o fragmentos compilables. El emperador exigió que no hubiera fragmentos repetidos ni semejantes y tampoco contradictorios y que se cuidara la concordancia de sus contenidos con el de las constituciones recogidas en el código; también facultó para intervenir los pasajes escogidos, a fin de eliminar de su texto lo superfluo, prolijo o en desuso y para completar lo faltante, aunque cambiara su sentido original. Los fragmentos seleccionados debían ser distribui-

dos en 50 libros y éstos en títulos, ordenados según el esquema del edicto perpetuo y del código, lo que en la práctica, equivalía a seguir el orden que los antiguos juristas daban a sus obras denominadas *digesta*. Precisamente la compilación recibiría el nombre de *Digesta* o *Pandectae* (en griego). Al parecer, Justiniano no pensaba en conservar para cada texto compilado el título de la obra de que provenía y el nombre de su autor, mas en hacer suyos esos materiales, como emanados de la *imperatoria potestas*.

Triboniano (muerto el 542, al parecer) era un político culto y lector, con una especial predilección por el derecho; poseía una biblioteca jurídica importante. Como vimos, participó en la formación del *Codex Justinianus*, en donde debió de sobresalir y llamar la atención del emperador, quien entonces se decidió por encomendarle la presidencia de la comisión que iría a confeccionar el Digesto. Triboniano participaba plenamente de los ideales del príncipe y ambos llegaron a hacerse congeniales. Aquel ministro designó para integrar la comisión a 16 personas: los profesores de Constantinopla Teófilo y Cratino, los de Berito Doroteo y Anatolio, el *comes sacrarum largitionum* Constantino y los siguientes abogados del foro de la capital: Esteban, Mena, Prosdocio, Eutolmio, Timoteo, Leónidas, Leoncio, Platón, Jacobo, Constantino y Juan, según se dejó memoria en la const. *Tanta* 9.

b) Los *Digesta Justiniani* fueron promulgados, como ley, por la constitución bilingüe *Tanta-Deuloken* de 16 de diciembre del año 529, exactamente tres años después de haberse encomendado la obra por la constitución *Deo auctore*. Dicha ley iba dirigida "al Senado y a todos los pueblos" (*ad Senatam et omnes populos*).

Los comisionados siguieron las instrucciones del emperador contenidas en la última constitución citada, salvo en dos puntos: no se limitaron a compilar fragmentos extraídos de obras cuyos autores habían gozado del *ius publice respondendi* y excedieron largamente la resurrección original; además, encabezando cada fragmento selecto y compilado, se colocó una *inscriptio* que da noticia de su autor y de la obra de proveniencia.

El primer exceso seguramente se debió a la imposibilidad de saber qué autores habían gozado del beneficio inventado por Augusto, que, por lo demás, no tuvo mucho éxito. El segundo posiblemente obedeció a una iniciativa del bibliófilo Triboniano, quien no quiso dejar en el olvido a tantos autores que admiraba. Ambas medidas debieron de contar con la autorización de Justiniano; la segunda, al menos, aparece expresamente tratada en *Tanta* 10 y justificada como una "reverencia a la antigüedad" (*antiquitatis reverentia*).

De esta manera, el Digesto aparece dividido en 50 libros y cada uno de éstos, en títulos rubricados según su materia (excepto los libros 30, 31 y 32, que carecen de aquéllos). En el interior de estos títulos se concatenan fragmentos de obras jurisprudenciales, presididos por una *inscriptio*, según se dijo.

En total, el Digesto contiene cerca de 9.000 fragmentos. De ellos, casi 6.000 pertenecen a obras diversas de los cinco juristas de la "ley de citas", con la preemi-

nencia de Ulpiano; 2.500 fragmentos fueron extraídos de estos 7 juristas: Escévola, Pomponio, Juliano, Marciano, Africano, Javoleno y Marcelo. El resto se reparte entre otros 27 autores. Las obras distribuidas llegan a 1.625, aunque Justiniano exageró su número a 2.000 (const. *Omnes* 1).

La facultad acordada a los comisionados de intervenir los textos escogidos fue ejercida mediante lo que llamamos "interpolaciones"; es decir adiciones o modificaciones al tenor original, y asimismo supresiones, destinadas a cumplir diversos fines: hacer concordar textos discordantes, lo que ocurría muy a menudo en las obras antiguas, atendido el carácter de derecho de juristas, y por ende controversial, ofrecido por el derecho clásico; también modernizar el contenido, cuando el original trataba de instituciones en desuso o derogadas; introducir instituciones postclásicas, que los juristas, en consecuencia, no pudieron estudiar; aclarar un pasaje; también extender la doctrina contenida ahí a otras instituciones, etc.

La idea de Justiniano era que resultara un cuerpo armónico y perfecto, libre de contradicciones o antinomias y de repeticiones o "geminaciones" (const. *Deo auct.* 4; 8; 9; const. *Tanta* 15). De hecho, pese a las numerosas interpolaciones introducidas, tal labor no fue perfecta y subsistieron contradicciones, geminaciones y aun vacíos. Este fenómeno fue un poderoso incentivo para la ciencia jurídica medieval, que cuando empezó a considerar al Digesto como una ley imperial vigente y a mirarla, según Justiniano había dicho, como un todo armonioso, debió esforzar el ingenio dialéctico para superar las antinomias, que miró como aparentes y no reales; para ello aplicó el consejo que el propio emperador dejó dicho en *Tanta* 15: ante determinada contradicción, un examen conducido con "ánimo sutil" (*subtilis animus*) sabrá encontrar razones ocultas demostrativas de que en realidad no se trata de una contradicción sino de una diversidad de situaciones, perfectamente explicable.

c) En la const. *Cordi*, con que, según veremos, Justiniano promulgó la segunda edición de su código, él informa acerca de una especial legislación emitida después de iniciado el examen del antiguo *ius* y durante la confección del Digesto. Un primer grupo de leyes son las que el emperador llama "cincuenta decisiones" (*quingenta decisiones*); un segundo grupo aparece denominado como "constituciones pertinentes a la utilidad de la obra propuesta", que debemos entender como alusión al proyectado Digesto (*constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*), y que Justiniano dice que fueron "muchas" (*plurimas*); agrega que con ellas "se enmendó y comprimió (o compendió) la inmensa articulación de las antiguas leyes", aunque se refería al *ius* (*quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus et coarctatus est*)¹⁰.

Como sabemos, la idea de intervenir en el *ius*, innovando, por ende, el régimen de la "ley de citas", fue posterior a la promulgación del código, el 7 de abril del 529. Al parecer, el asunto pasó por

¹⁰ Vid. const. *Cordi* 1.

etapas, en el sentido de haberse tomado alguna iniciativa, de la que después se desesperó, para retomarla posteriormente.¹¹ No sabemos si la reasunción de la empresa fue bajo el mismo diseño original o si tuvo un plan distinto. Se puede suponer que originalmente el proyecto consistió en compilar los *lura*, pero que pronto se lo abandonó por imposible, adoptándose un parecer menos ambicioso, consistente en decidir legislativamente las controversias y discordancias doctrinales de la antigua jurisprudencia, probablemente limitadas a las que aparecen en los cinco juristas de la "ley de citas". A una legislación así corresponderían las *quinquaginta decisiones*. Ella, por consiguiente, no suponía la idea de compilar los escritos jurisprudenciales en un único cuerpo, mas solo la de eliminar sus contradicciones. Durante la elaboración de estas leyes decisorias o como consecuencia de la experiencia ganada, habría resurgido la idea de coleccionar los *lura*, que se adoptó oficialmente con la const. *Deo auctore*. Durante la confección del Digesto, Justiniano continuó dando constituciones, y éstas serían aquellas *ad commodum propositi operis pertinentes*.

Sea como haya sido, lo cierto es que esta legislación decisoria de controversias y enmendadora del *ius* se constituyó en una importante fuente de interpolaciones. En efecto, su aplicación significaba intervenir literariamente los textos seleccionados para el Digesto, en orden a hacerlos decir lo dispuesto en las constituciones, cuando no concordaban con ellas.

d) La promulgación del Digesto en calidad de ley hizo desde luego decaer el régimen de la "ley de citas", pero, más aun, debía dejar fuera de uso la consulta misma de las obras de todos los juristas; de ahí en adelante, el único libro de jurisprudencia alegable podía ser el Digesto mismo.

Por la fisonomía con que Justiniano concibió el Digesto, su existencia determinó la pérdida de los originales de la literatura clásica; debido a ello se convirtió, además, en la principal y más importante fuente transmisora de la sabiduría jurídica de Roma, sin la cual, y supuesto que se hubieran perdido igualmente los originales, hoy no tendríamos más que un deficiente conocimiento del derecho romano postclásico a través de las escasas fuentes de esa época que se nos conservan por otras vías, y una visión elemental del clásico por medio de las *Institutiones* de Gayo, recién redescubiertas en 1816.

Pero surgía el problema de que se publicaran nuevos libros de jurisprudencia en el futuro, que esta vez tuvieran como materia al Digesto, y que así se renovara el mal que Justiniano había querido eliminar: la proliferación de obras de derecho y la controversia entre los autores. El emperador asumió estas lógicas consecuencias de su

política y prohibió: (i) comparar en juicio los textos recogidos en su compilación con los antiguos originales, sobre todo para evitar que se alegase haber diferencias¹²; (ii) recitar en juicio otros textos distintos a los compilados¹³; y (iii) comentar la recopilación¹⁴. Para el caso de encontrarse algo obscuro o ambiguo en ella, o bien lagunas o vacíos, dispuso que los jueces consultaran al emperador, para que éste interpretase los pasajes pertinentes o colmase la laguna mediante una nueva ley que el juez debía aplicar al caso sometido a su conocimiento, a propósito del cual se presentó la duda¹⁵.

Esta última figura, que, no obstante, tenía precedentes en la legislación del Bajo Imperio (vid. Cl. 1.14.8; Nov. 4 de Marciano; Cl. 6.61.5 pr.; 1.14.11), sirvió de modelo a lo que solemos denominar "referimiento al legislador", que tuvo mucha importancia posterior, si bien más teórica que real, especialmente en la época moderna.

e) El breve tiempo oficial de tres años de que dispusieron los compiladores del Digesto ha creado el problema histórico de saber cómo fue posible que en dicho lapso se hubiera iniciado y terminado una obra tan voluminosa, que supuso la lectura de un enorme caudal de libros antiguos y la selección de 9.000 fragmentos, amén de su ordenación y concatenación.

Si la hipótesis antes recordada, concerniente a las *quinquaginta decisiones*, fuera verdadera, el tiempo habría sido mayor. En efecto, para decidir las controversias jurisprudenciales menester era individualizarlas y esto implicaba la lectura de muchas obras, al menos las principales de los cinco autores de la "ley de citas". En este sentido, los compiladores habrían adelantado trabajo, por así decirlo.

Hoy sabemos que los fragmentos no sólo están concatenados en cada título según el orden más o menos lógico del contenido de uno en relación con el del anterior y el del que le sigue; en cada título, los pasajes recogidos se agrupan, además, según una relación constante, determinada por el tipo de obras de que provinieron. Estas agrupaciones las llamamos "masas", y son tres: "sabiniana", constituida por los comentarios *ad Sabinum* de Ulpiano, Pomponio y Paulo, algunos libros de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano, Paulo y Gayo, y otros más; "edictal", compuesta por los comentarios *ad edictum* de Ulpiano, Paulo y Gayo (salvo sus libros más conectados con el *ius civile*, que forman la masa sabiniana); "papiniana", integrada por los *responsa* y las *quaestiones* de Papiniano, junto a otras obras; a veces existe una cuarta masa, el "apéndice", formada por libros variados. Así, pues, los fragmentos se agrupan según la masa a que pertenecan, aunque el orden de las masas entre sí es variable.

¹² Const. *Tanta/Dedoken* 10 y 19.

¹³ Const. *Summa* 3; *Deo auctore* 5; *Tanta/Dedoken* 19.

¹⁴ Const. *Deo auctore* 12; *Tanta/Dedoken* 21.

¹⁵ Const. *Tanta* 18 y 21.

¹¹ Vid. const. *Deo auct.* 2.

El descubrimiento de esta relación constante entre los fragmentos se debe al romanista alemán Bluhme en 1820; pero había sido intuida por el romanista español del s. XVI, Antonio Agustín.

La existencia de estas masas ha hecho suponer, pues, que la comisión compiladora se dividió en tres subcomisiones, cada cual encargada de leer, extractar y concatenar una masa (en consecuencia, más o menos, un tercio del total de libros usados), salvo la que habría asumido, además, el "apéndice". El plenario se habría limitado a unir las diferentes masas previamente concatenadas.

También se ha pensado en que esta comisión, en realidad, no hizo el trabajo compilatorio que Justiniano le atribuye, mas se limitó a revisar un trabajo ya efectuado. Esta hipótesis tiene dos variantes. Para algunos habría habido ya un "predigesto"; para otros, varios "predigestos" parciales (incluso tres, uno por cada masa). La comisión justiniana, por ende, habría aprovechado estas compilaciones preexistentes, a las que habría introducido las oportunas enmiendas.

Esta hipótesis se basa en que el método de componer libros "en cadena" de fragmentos extraídos de distintos autores no lo inventó, por cierto, Justiniano. El mismo, por lo demás, da noticias de algunas compilaciones usadas para la enseñanza en las escuelas de derecho (const. *Omnem* 1), y además conocemos directamente libros así, como los *Fragmenta Vaticana* o la *Collatio*.

La tesis de un "predigesto" no parece aceptable. Pero no es imposible que los comisionados hayan usado "predigestos" parciales; si bien difícilmente en un número importante. Justiniano no se habría atrevido a alabar el trabajo de la comisión, como lo hizo, si ésta ya hubiera encontrado prácticamente cumplida su labor; en tal caso, además, el tiempo de tres años habría sido excesivo; y la existencia de estos "predigestos" no hubiese hecho tan necesario al Digesto, porque el *ius* no habría sido tan disperso ni inabarcable, como sugieren las críticas de Justiniano.

4. En la época de Justiniano, pero desde hacía mucho tiempo antes, el libro de introducción al derecho exigido a los estudiantes del primer año en las escuelas era el manual que Gayo había editado a mediados del s. II d. C., bajo el nombre de *Institutiones*. Esa distancia temporal, unida a las reformas introducidas por las *quingüaginta decisiones* y las demás leyes reformadoras, hacían obsoleto al viejo manual. De hecho, Justiniano tenía pensado su reemplazo en el momento de mandar componer el Digesto¹⁶. Durante el año 533 se formó una comisión integrada por Triboniano y los profesores de Constantinopla Teófilo y Doroteo, que presidió el primero. Esta co-

¹⁶ Vid. const. *Duo auct.* 11, en donde el emperador prevé que pueda promulgar unas *Institutiones*.

misión elaboró un libro, que fue publicado y promulgado como ley bajo el nombre de *Justiniani Institutiones*, mediante la const. *Imperatoriam maiestatem* de 21 de noviembre del 533, o sea incluso antes que el Digesto, dirigida "a la juventud deseosa de (estudiar) las leyes" (*cupidae legum iuventuti*).

Estas *Institutiones* siguen el sistema expositivo de las homónimas de Gayo y su método dialéctico de presentación de las materias. Están divididas en 4 libros y éstos en títulos rubricados según su materia, en cuyo interior se desenvuelve un texto continuo. Formalmente, pues, la obra no aparece como una compilación en que se puedan distinguir fragmentos separados entre sí, como ocurre en el Digesto; pero materialmente se trata de una compilación, en cuanto el texto, si bien fue formado sobre la base del de Gayo, recibió fragmentos extraídos de las *Res cottidianae* del mismo Gayo, recibió *Institutiones* de Florentino, Marciano, Paulo y Ulpiano; además, le fueron introducidos pasajes de algunas constituciones imperiales, e incluso fragmentos ya incorporados en el Digesto. Todo este material, empero, aparece literariamente fundido y unificado.

El nuevo libro, como se dijo, empezó a valer como ley; pero su finalidad más propia fue sustituir en la enseñanza de primer año en las escuelas de derecho al manual de Gayo.

Mediante una const. *Omnem*, de 16 de noviembre del 533, dirigida a los profesores Teófilo, Doroteo, Teodoro, Isidoro, Anatolio, Taleleo, Cratino y Salaminio, Justiniano reformó el plan de estudios de la carrera de derecho. En el primer año se debían aprender las *Justiniani Institutiones* y la primera parte del Digesto; en los cuatro años siguientes, las demás partes de aquél, más el *Codex Justinianus* en el quinto. Los estudiantes del primer año tradicionalmente eran llamados *dupondii* (o sea personas que valen dos pesos). Justiniano considera ridícula semejante denominación y ordena que se conozca a esos estudiantes como *Justiniani novi* (const. *Omnem* 2).

5. La finalidad buscada con el *Codex Justinianus* del año 529 de encerrar todas las constituciones imperiales en un solo cuerpo, dejó de cumplirse desde que el emperador empezó a legislar en función de la reforma del *ius*, porque entonces esa legislación quedó fuera del código; además, una vez promulgado el Digesto, quedaron fuera producirse discordancias entre éste y las leyes contenidas en dicho código. Por ello¹⁷, en el año 534, Justiniano formó una nueva comisión presidida también por Triboniano e integrada por el profesor Doroteo y los abogados Mena, Constantino y Juan, con el cometido de revisar el código y hacer una segunda edición que integrara la legislación posterior a su entrada en vigor en el cuerpo mismo de la obra y en el lugar que le correspondiera según las materias de cada

¹⁷ Vid. const. *Cordi* 2-3.

ley nueva. La comisión fue autorizada para enmendar las leyes compiladas en función del actual estado del derecho, y, para eliminar leyes superfluas o contradictorias con otras o dejadas sin efecto por ese mismo actual estado. Cumplido el encargo, el emperador pudo, mediante la const. *Cordi* de 17 de noviembre del 534, promulgar esta segunda edición revisada como *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*; con ello, el primer texto quedó derogado y prohibida su citación.

El nuevo cuerpo, que es el conservado hasta nuestros días, consta de 12 libros (a imitación de la vieja ley de las XII Tablas), divididos en títulos rubricados según la materia, en cuyo interior, por orden cronológico, se ordenan las constituciones imperiales; cada una de éstas va precedida de una *praescriptio*, que indica el nombre del emperador autor de la constitución y el destinatario de ésta; y termina con una *subscriptio*, en que figuran el lugar y la fecha de emanación.

La más antigua constitución que aparece en este código pertenece a Adriano (Cl. 6.23.1); las más modernas, por cierto, son las del propio Justiniano. Prevalcen los rescriptos, especialmente de los emperadores Severos y de Diocleciano y Maximiano. Recuérdese que el *Codex Iustinianus* absorbió los códigos de rescriptos de Gregorio y Hermogeniano y el código de leyes generales de Teodosio.

Como consecuencia de la facultad dada a los comisionados para enmendar las leyes compiladas, que usaron, el *Codex Iustinianus*, igual que el Digesto, también contiene "interpolaciones". Por otro lado, en concordancia con la existencia del Digesto, en esta segunda edición no se incluyó la antigua "ley de citas", ya inútil.

6. A fines del año 534, pues, Justiniano vio cumplido su ideal de unificar en sendos cuerpos las dos ramas formales del derecho: las *leges* y los *iura*. Pero él murió en el año 565, de modo que, como tenía que resultar natural, pudo y debió continuar legislando. Al promulgar la segunda edición del código, previendo aquello, dejó anunciado que las leyes que diera en el futuro serían recogidas en "otra compilación" (*alia congregatio*), a la que impuso el nombre de "nuevas constituciones" (*novellae constitutiones*)¹⁸. Su previsión se cumplió, por cierto; pero no su designio de compilar. Se nos conservan 170 novelas de Justiniano, escritas en latín y en griego; la mayor parte fue dictada entre el 535 y el 545. A través de algunas de ellas, el emperador introdujo reformas profundas e importantes en sectores amplios del derecho, como en materia matrimonial y de sucesión intestada.

Las *novellae* suelen ser extensas y tratar de diferentes materias; no siempre su lenguaje es claro. Costan de un prólogo, en que se explican las razones de legislar; y de un epílogo, con las órdenes concernientes a la publicación y al archivo; el texto normativo mismo se divide en capítulos, como las antiguas leyes republicanas.

¹⁸ Const. *Cordi* 4.

Como se dijo, Justiniano nunca vio cumplido su designio de hacer una compilación oficial de sus *novellae constitutiones*; solo hubo colecciones privadas, en algunas de las cuales se incluyeron leyes postjustinianas.

Tenemos así: (i) una colección griega, sin nombre especial, de 168 novelas, 4 de las cuales pertenecen a Justino II (emp. 565-578) y 3 a Tiberio II (emp. 578-582); además incluye 3 constituciones de Justiniano anteriores al 535 y algunos edictos del prefecto del pretorio. Pudo haber sido confeccionada en tiempos de Tiberio II; (ii) el "*Authenticum*", que contiene 134 novelas, traducidas al latín las escritas originalmente en griego. Al parecer, fue elaborado en Italia hacia el s. XI, pero está basado en una colección oriental del s. VI. Como durante algún tiempo se dudó de su autenticidad, que fue, empero, afirmada por los glosadores, de esto último deriva el nombre con que se conoce a la colección; (iii) las restantes compilaciones consisten en epitomes o resúmenes de las novelas, como los compuestos por Teodoro a fines del s. VI y Atanasio, hacia la misma época. El más importante es la "*Epitome Iuliana*", del s. VI y Atanasio, hacia la misma época. El más importante es la "*Epitome Iuliana*", que incluye 124 leyes resumidas de Justiniano (una repetida), en latín; fue elaborado por Juliano, un profesor de Constantinopla, en torno al año 555. Tuvo gran difusión en Italia durante la alta edad media.

En la edad media, las Novelas, junto al Código, el Digesto y las Instituciones, fueron consideradas como parte del conjunto que entonces resultó denominado "*Corpus Iuris Civilis*".

7. El nombre de "*Corpus Iuris*" fue impuesto al conjunto de las compilaciones justinianas por los glosadores en la edad media. Cuando el complejo de compilaciones de derecho canónico elaboradas a lo largo de esa misma época empezó a ser considerado también como un "*Corpus Iuris*", para diferenciar a ambos "*corpora*" apareció como necesario agregar el adjetivo "*civilis*" al primero y "*canonici*" al segundo. Esta especificación tuvo lugar en el tránsito del s. XV al XVI y parece haber sido nada más que un hecho editorial.

8. Las compilaciones justinianas tuvieron, en la mente de su autor, una finalidad práctica: concentrar en dos libros los *iura* (y para eso sirvió el Digesto) y las *leges* (a lo cual proveyó el Código) anteriormente esparcidos y difundidos en muchos libros. Pero también obedecieron a un principio político-jurídico que podemos denominar absolutismo, según el cual sólo al emperador se considera competente la creación e interpretación del derecho (*tam conditor quam interpres legum solus imperator existimabitur*)¹⁹. Este principio se había venido formando durante la época postclásica y recibió con Justiniano su más perfecta formulación y aplicación.

XII. LAS FRACCIONES DEL DERECHO EN OCCIDENTE. El nivel cultural a que había llegado el Occidente no le permitió empresas de la envergadura de aquella cumplida por Justiniano. Pero los nuevos reyes

¹⁹ Cl. 1.14.12.5 del año 529.

bárbaros se vieron conducidos a proyectar fijaciones jurídicas, que llevaron a cabo con los medios técnicos de que disponían: por ello resultaron ser fijaciones de derecho vulgarizado.

1. La primera fue el llamado "*Codex Eurici regis*", promulgado quizá el año 476, en coincidencia con la desaparición del cargo imperial. Eurico, rey de los visigodos instalados en las Galias, asumió el gobierno territorial en sustitución del prefecto de esa región y, en uso del poder magistratual adquirido, promulgó un texto que, en consecuencia, venía a ser un *edictum*. Al parecer, él fue válido para los súbditos bárbaros y romanos.

De este texto no se nos conserva más que una pequeña parte. Estaba dividido en títulos (como todos los edictos), y redactado en estilo imperativo, en breves normas muy lapidarias, concretas y hasta empíricas. En su mayor parte estaba dedicado al derecho penal; pero la porción que se nos conserva incluye casi puramente derecho romano privado vulgarizado.

Como ejemplo, vid. la rúb. 308: "La cosa donada, si se entrega en presencia, no la revoque el donante en modo alguno, a no ser por causas ciertas y probadas" (*Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis*).

2. Existe otro texto, tradicionalmente denominado "*Edictum Theodorici regis*", que durante mucho tiempo fue atribuido al rey ostrogodo Teodorico II el Grande, de modo que habría sido promulgado en Italia, hacia el año 500. Otros dicen que habría sido emitido en época de Teodorico II, rey de los visigodos, en las Galias, hacia el 460.

Sea como haya sido, también se trata de un libro de derecho romano vulgarizado, cuyas fuentes fueron los códigos de Gregorio y Hermógenes y el Teodosiano, lo mismo que las *Pauli sententiae* y las *Institutiones* de Gayo. El texto fue redactado en el mismo estilo que el "Código de Eurico", pero con menos empirismo; no está, sin embargo, dividido en títulos y consiste en una serie de mandatos de diversa extensión.

Un ejemplo tomado de la rúb. 137: "Si alguno tomare una cosa suya en arriendo del poseedor sin saberlo, nada se prejuzga en su contra; pero podrá litigar acerca de la propiedad de la misma" (*Si quisquam rem suam nesciens a possessore conduxerit, nihil sibi praevideat; sed de proprietate ipsius agere poterit*).

3. En torno al año 500, Gundobardo, rey de los burgundios, emitió una llamada "*Lex Romana Burgundionum*" para sus súbditos romanos de la Borgoña. El texto aparece dividido en rúbricas, que posiblemente correspondían a títulos, en cuyo interior se desarrollan las sentencias normativas, a veces redactadas, empero, en un estilo discursivo. Esta pieza de derecho vulgar tuvo por fuentes a las mismas que lo fueron del "Edicto de Teodorico".

Un ejemplo en la rúb. *de vinditionibus*, I: "Acercia de los contratos de vender y comprar este orden debe observarse, que quien vendiere una cosa de su derecho no

tenga después la potestad de recuperarla" (*De vindendis et emendis contractibus hic ordo servandus est, ut quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem*).

4. La más importante y trascendente fuente de la clase en estudio fue la llamada "*Lex Romana Wisigothorum*", y también "*Breviarum Alarici regis*", promulgada por el rey de los visigodos Alarico II, en el año 506, en las Galias, para sus súbditos romanos.

Este cuerpo no es una compilación unitaria y homogénea, sino una reunión de obras jurídicas de distinta naturaleza, cada una de las cuales conserva su entidad. En primer lugar, están las *leges*, representadas por el *Codex Theodosianus* y algunas novelas teodosianas; entre los *iura* se encuentran el *codex Gregorianus* y el *codex Hermogenianus*, considerados así por ser obras privadas; las *Pauli Sententiae*, la "*Epitome Gaii*" y un único fragmento de los *responsa* de Papiniano.

Otras dos particularidades son dignas de destacarse.

Por un lado, los textos no están íntegros, salvo la "*Epitome Gaii*". Del *Codex Theodosianus* los autores de la "*lex*" conservaron la estructura de libros y títulos rubricados, pero en muchas partes, que no interesaban, la vaciaron de las constituciones que originalmente contenía. También el *codex Gregorianus* y el *codex Hermogenianus* aparecen muy reducidos y privados de sus leyes, aunque esta vez no se mantuvo la estructura. De las *Pauli Sententiae* se conservó una parte.

Por otro lado, las obras y textos reunidos aparecen acompañados de una *interpretatio*, que en realidad viene a ser un resumen parafraseado de sus diversas partes. Esto no ocurre, sin embargo, con la "*Epitome Gaii*", porque ella misma es una *interpretatio* de las *Gai Institutiones*, aunque éstas no hayan sido incorporadas en el Breviario. Las *interpretationes* seguramente no fueron elaboradas con ocasión de llevarse a cabo la fijación, de guisa que los autores de ésta las encontraron existir desde antes y disponibles.

La "*Lex Romana Wisigothorum*" se transformó en la más importante fuente de derecho romano de la alta edad media y se expandió por casi todo el continente europeo. En esa época, cuando se habla de *lex romana*, *liber legum*, *liber iuris*, *ius scriptum*, la referencia es al "Breviario". Naturalmente, éste perdió vigor con el redescubrimiento del "*Corpus Iuris Civilis*" en el s. XII.

XIII. LA COSTUMBRE. Históricamente el derecho romano comenzó por constituirse con base en costumbres, que aparecen como "comportamientos de los antepasados" (*mores maiorum*). Una comunidad cuya religión consiste en el culto a los antepasados (*dii Manes*), es natural que encuentre en las conductas de éstos, cuya memoria guarda, una razón para legitimar su perpetua reiteración y para repetirlas de hecho. La ley de las XII Tabas seleccionó en los antiguos *mores* aquellos que fueron considerados como utilizables igualmente por patricios y plebeyos. Desde entonces la costumbre perdió importancia como fuente del derecho.

La razón por la cual ella no ocupó un lugar relevante en la formación del derecho clásico es muy clara. La costumbre es ante todo un fenómeno social y prejurídico: consiste en el hecho de unos comportamientos reiterados y uniformes, cuya virtualidad jurídica depende del tratamiento que les den los órganos llamados a intervenir en los litigios. En una sociedad en donde no exista un proceso eficaz de creación de derecho formal, la costumbre tiende a cumplir una función importante y suple la ausencia de aquél; lo contrario ocurre ahí en donde existan dichos procesos de formalización jurídica. Tal fue la situación en la época clásica. Por un lado estaba el edicto del pretor, cuya extraordinaria flexibilidad y adaptabilidad permitían rápidamente atender a los cambios operados en el mundo facticio de la negocialidad y de las relaciones entre particulares; por otro, la jurisprudencia, con su permanente contacto con ese mismo mundo a través de las consultas que recibían y respondían los juristas. En tales circunstancias no se pudo producir en la época clásica ningún distanciamiento entre el derecho considerado vigente y la realidad, de modo de tener que suplirse deficiencias y eliminar obstáculos por la vía de las costumbres que en el derecho común fueron llamadas "*praeter ius*" (o "*legem*") y "*contra ius*" (o "*legem*").

El papel de la costumbre en la época clásica fue otro: servir de vehículo para la vigencia del derecho de los juristas. Como ya se ha visto, el *ius civile* fue directamente un derecho de creación jurisprudencial, y los juristas poseyeron en gran medida la última palabra en torno al alcance de las demás fuentes en que directamente no intervenían, esto es, el edicto, las leyes y plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales (aparte su intervención en formar algunas de éstas), por la vía de su interpretación manifestada también en *responsa* y en escritos destinados a la circulación. Pero en este punto afectó al derecho clásico un inconveniente que siempre ofrece todo derecho de juristas, derivado del hecho de intervenir en él una multitud de profesionales libres: su tendencia a constituir un derecho de opiniones disidentes (*ius controversum*) que no pueden ser resueltas por una instancia superior decisoria. El derecho republicano y alto-clásico fue un derecho de juristas; como tal, un derecho de controversias. Ahora bien, una discusión jurídica sólo puede ser zanjada cuando las opiniones de los jurisconsultos más autorizados terminan por uniformarse en un sentido determinado, o bien si los jueces terminan por aceptar en sus fallos una de las opiniones en debate, en forma más o menos constante; en ambos casos, las opiniones desfavorecidas por la mayoría de los juristas o de los jueces quedan aisladas, y finalmente dejan de ser sustentadas y defendidas hasta ser olvidadas; y, por el contrario, la opinión favorecida aparece como derecho vigente, por haber entrado en la costumbre; los juristas hablaban entonces de "derecho recibido por las costumbres" (*ius moribus receptum*).

La costumbre, pues, jugó en el derecho clásico el importante papel de confirmar la vigencia práctica del derecho creado por los juristas, pero no tuvo relevancia como fuente creadora de derecho nuevo. Es en este sentido en el que debemos entender las referencias a ella que se encuentran en los escritos retóricos²⁰ (en la medida en que no son más que repetición rutinaria de sus modelos griegos). Y por ello se explica que ella no aparezca en el elenco de fuentes formulado por Gayo²¹ y Papiniano²².

Todavía un jurista tan tardío como Modestino se limita a reconocer a la costumbre una función meramente confirmadora en D. 1.4.40: el derecho o lo creó el consentimiento (se refiere al derecho privado, de creación negocial), o lo constituyó la necesidad (alude a las fuentes potestativas), "o lo afirmó la costumbre" (*aut firmavit consuetudo*). La expresión que suelen usar los juristas para declarar que determinada regla es derecho vigente: "usamos de este derecho" (*hoc iure utimur*), no significa "empleamos este derecho consuetudinario", sino "este derecho es el que ha sido confirmado por el uso". En la última época clásica, los emperadores reconocieron valor interpretativo de la ley a la costumbre (llamada por ello "*usualis*" en el derecho común), como se ve en D. 1.3.38: "Pues nuestro emperador Severo resolvió por rescripto que en las ambigüedades que nacen de las leyes debe tener fuerza de ley la costumbre..." (*Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguetatibus, quae ex lege profisciscuntur, consuetudinem... vim legis obtinere debet*). Esto es natural: se trata de reconocer a posteriori, para decidir alguna controversia, que si de la ley que se invoca ahora como ambigua puede probarse haber sido aplicada antes en un determinado sentido, la ambigüedad debe ser resuelta en favor de ese sentido constante.

La jurisprudencia reconoce a la costumbre una limitada función integradora en los negocios privados y permite por ende recurrir a ella.

Así, en materia de interpretación de cláusulas testamentarias, se puede estar a la *consuetudo* del *pater familias* para determinar el exacto alcance de aquéllas mediante el comportamiento que el testador había observado en torno a la materia de su disposición (FV. 70; D. 7.1.15.5; 7.1.27.1; 32.73.3-4; 32.91.3 y 6; 32.99 pr.; 33.7.18.1; 33.7.25 pr.; 33.8.23.1; 33.10.10; 34.2.19.8; 34.2.33; 34.5.1). Por ejemplo, si se legan alimentos, los mismos que el testador prestaba en vida, ha de atenderse a lo que acostumbraba en esta materia para fijar los que se deberán al legatario. También en tema de arrendamiento los juristas suelen aceptar una costumbre integradora; lo mismo sobre intereses (D. 17.1.10.3; 22.1.37; 26.7.7.10; 27.4.3.1; 30.39.1; 33.1.21 pr.). Fue con base en textos romanos como éstos, que remiten expresamente a la costumbre, que los medievales completaron la clasificación de aquélla con el concepto de costumbre "*secundum ius o legem*".

Los juristas, en fin, conscientes de que en las provincias, antes y después de la *constitutio Antoniniana* del 212 d. C. con que se confirió

²⁰ (Cornific.), *Rhet. ad Herenn.* 2.13.19; Cic., *De inv.* 2.22.65 y 67; 2.53.160; 2.54.162; *Partit. orat.* 37.130. En los derechos griegos y helenísticos la costumbre era fuente de derecho.

²¹ Gai. 1.2.

²² D. 1.1.7 pr. Tampoco la menciona Pomponio en D. 1.2.2.12.

la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio, la costumbre cumplía importantes funciones integradoras y supletorias de derechos deficientes, no tuvieron inconvenientes para reconocer positivamente tales funciones a la *consuetudo* y recomendar a los funcionarios romanos su respeto y aplicación en los procesos provinciales de que debían conocer²³.

Sólo en la época postclásica, cuando el modo de producción del derecho se había convertido en normativista y por ende surgieron la posibilidad y la realidad de un apartamiento del sistema jurídico frente a las necesidades impuestas por los hechos sociales, apareció una doctrina más general de la *consuetudo* y la *desuetudo*. Esta doctrina fue introducida mediante glosas e interpolaciones en los textos clásicos, y encontró sus fundamentos teóricos en la distinción de origen aristotélico²⁴ entre *nomos agraphos* (*lex non scripta*) y *nomos egraphos* (*lex scripta*)²⁵ y en la consideración de que el pueblo puede hacer una ley sea expresamente mediante *suffragium* o en modo tácito, actuando realmente y de hecho en determinado sentido (*rebus ipsis et factis*); por lo cual también puede derogar del mismo modo²⁶. Por lo

²³ D. 1.3.33 de Ulpiano, perteneciente a su obra *de officio proconsulis* (esto es, dedicada a estudiar el cargo de gobernador de provincias senatoriales), en donde se dice: "La costumbre inveterada suele observarse como derecho y ley en aquellos casos que no provienen de derecho escrito" (*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*). También en D. 1.3.34 extraído de la misma obra: "Cuando alguno parece apoyarse en la costumbre de una ciudad o de una provincia, juzgo que ciertamente ha de investigarse primero si alguna vez ha sido también confirmada la costumbre en juicio contradictorio" (*Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradictio aliquando iudicio consuetudo firmata est*). Cfr. D. 1.16.4.5; 1.16.7 pr. Asimismo D. 1.3.37 de Paulo, extraído de sus *questionum libri*, originalmente se refería a la rúbrica *ad municipalem* del edicto, y por ende a un contexto en que podía tener aplicación otro derecho que el propiamente romano; dice así: "Si se tratara de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos: porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes" (*Si de interpretatione legis quaeratur in primis inspicendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo*). Aquí se trata de la interpretación de la *lex municipalis* en conexión con el derecho anterior. Cfr. D. 50.2.11; 50.6.6.1. Vid. también CI. 8.52.1.

²⁴ Arist., *Pol.* 3.16 (1287b); *Rhet.* 1.10 (1368b).

²⁵ D. 1.1.6.1 = Inst. 1.1.3, espurios.

²⁶ D. 1.3.32.1 espurio: "No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y éste es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos o con las mismas cosas y hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso" (*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea,*

demás, la propia cancillería imperial terminó por aceptar la validez de las costumbres como idea general²⁷.

XIV. LAS SENTENCIAS JUDICIALES. Como principio general debe decirse que las sentencias no tuvieron virtualidad formativa en el derecho romano de las épocas republicana y altoclásica. El procedimiento formulario era especialmente inepto para favorecer una contribución semejante. El juez, en efecto, era un particular (*iudex privatus, recuperatores*) designado por el pretor; en consecuencia, variaba de juicio en juicio; además, no se le exigía una especial preparación profesional; finalmente, y esto es quizá lo más decisivo, emitía sus fallos en única instancia. Al no existir, pues, un cuerpo permanente y estable de jueces peritos, jerárquicamente organizado, de modo de poder terminar los juicios en una instancia suprema y uniformadora, fue imposible el desarrollo de un derecho judicial, entre cuyos presupuestos se encuentran unas características exactamente contrarias a las descritas. Es así como en ningún caso puede asignarse al derecho romano el rasgo de haber sido un derecho de jueces, y jamás fue reconocido el principio estructural que rige en un tal sistema y que solemos reconducir a la fórmula del "estar a las cosas decididas" (*"stare decisis"*), o sea, a la *"ratio decidendi"* de fallos anteriores, que es lo que en realidad constituye el precedente vinculante.

Tan sólo puede recordarse un caso excepcional: la formación de la *quæda inofficiari testamenti* a través de la praxis del tribunal de los *centumviri*. Por medio de ella se introdujo en el derecho romano general la noción de herencia forzosa, hasta ese momento extraña y sólo limitada a la sucesión de los libertos. Aunque la acción parece haber tenido sus orígenes en decisiones pretorianas, en realidad su desarrollo cobró fuerza y resultó perfilada en su régimen por obra del mencionado tribunal.

quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret in rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensus omnium per desuetudinem abrogentur). Cfr. la postclásica definición en Tit. Ulp. 1.4: "Los mores son el tácito acuerdo del pueblo prolongado en el tiempo por una larga costumbre" (*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*). Cfr. Inst. 1.2.9.

²⁷ CI. 8.52.2 de Constantino: "No es vil la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, pero no ha de ser válida hasta el punto de que prevalezca o sobre la razón o sobre la ley" (*Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui vultura momento, ut aut rationem vincat aut legem*). CI. 8.52.3 de León (a. 469): "La costumbre aprobada de antiguo y tenazmente observada se asemeja a las mismas leyes y obliga, y mandamos que lo que se sabe establecido en oficinas, curias, ciudades, corporaciones principales o colegios haga las veces de ley perpetua" (*Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet, et quod officis, curiis, civitatibus principis vel collegiis præstitum fuisse cognoscitur, perpetua legis vicem obtinere statimimus*).

Pero ahí justamente ocurría que el tribunal era más permanente en su composición, y siempre el mismo porque era único; y como también fallaba en única instancia, entonces tenía el control de la *iudicatio* en materia sucesoria. Todo ello favoreció la formación de una práctica constante. Y sin embargo lo decisivo fue que los juristas primero, y los emperadores después, asumieron la nueva disciplina, y fue así como quedó definitivamente incorporada en el sistema jurídico.

Es cierto que los *oratores* solían dar importancia a los *exempla* o *iudicata* en sus argumentaciones, y que los autores de retórica los incluían entre las fuentes del derecho²⁸. Pero tal no era el punto de vista de los juristas. En la retórica forense, un recurso a sentencias de que se desprendera un criterio favorable a la causa de la parte que las alegaba, resultaba ser un buen argumento de convicción para el juez; lo cual significa que la parte contraria podía hacer lo propio, allegando sentencias en sentido opuesto que favorecieran su propia causa y debilitaran la argumentación del contrincante; tal era la perspectiva con que los retóricos trataban el asunto; pero ella implicaba entonces un uso puramente instrumental y hasta empírico de los fallos judiciales, de acuerdo con las necesidades de la discusión forense entre partes interesadas, y excluía su incidencia en la formación del derecho objetivo y vinculante; de hecho, los juristas jamás utilizaban fallos para elaborar sus dictámenes (*responsa*) ni como material para sus obras de derecho.

La importancia de las sentencias judiciales fue otra, en parte ya examinada a propósito de la costumbre. En la medida en que los jueces acogieran determinadas opiniones jurisprudenciales y desatendieran otras, en esa misma medida contribuían a hacer entrar en la costumbre de los usuarios y aplicadores del derecho el contenido de tales opiniones. En este sentido, pues, los fallos judiciales poseyeron una función estructural para el sistema; pero ya se ve que esa función venía a ser un complemento, por así decirlo, del derecho de juristas, no una aportación autónoma ni un mecanismo de creación. En todo caso, esa función era cumplida de hecho, pues ciertamente no aparecía regulada ni explicada teóricamente.

La función creadora que adquirieron los *decreta principis* en la época tardoclásica constituiría a primera vista una modificación general del anterior estado de cosas, porque en fin de cuentas aquéllos no eran más que sentencias del emperador, dictadas por ende para un caso concreto, pero usadas después como precedentes. En realidad, si los *decreta* llegaron a adquirir la relevancia que adquirieron, fue no por ser sentencias sino por constituir actos del emperador (*constitutiones principis*). Por otra parte, como ya hemos visto, estos actos carecieron de una intrínseca fuerza normativa, y si finalmente

²⁸ (Cornific.), *Rhet. ad Herenn.* 2.13; Cic., *Top.* 5.28; *De offic.* 2.27.116.

llegaron a ser considerados como fuentes, ello ocurrió porque una vez más la jurisprudencia se allanó a emplearlos en tal función, integrando su contenido de principios nuevos y soluciones en el sistema general del derecho. De este modo, la virtualidad de los decretos imperiales se explica por los cánones normales del derecho de juristas y no por aquellos de un derecho de jueces.

La preferencia del derecho postclásico por la legislación general y su hostilidad hacia la particular de rescriptos y decretos, generó controversias de escuela acerca del valor de estos últimos, que obligaron a Justiniano a pronunciarse, mediante una declaración contenida en Cl. 1.14.12, para conferir positivamente fuerza de ley a los decretos imperiales. Pero ahí queda claro que el fundamento de este valor es la potestad legislativa de que se encuentra investido el príncipe.

Aunque formulado en época postclásica, puede considerarse poseedor de validez para toda la historia del derecho romano, el principio de que "se debe juzgar por las leyes, no por los precedentes" (*non exemplis sed legibus iudicandum est*)²⁹ si reemplazamos ahí *lex* por *ius*.

XV. EL SISTEMA JURÍDICO. 1. La palabra "sistema" no es fácilmente aplicable al derecho romano sin una previa aclaración del sentido en que se la usa. Si por sistema entendemos la interna interdependencia lógica de unas proposiciones y su derivación de ciertas premisas o principios, el derecho romano constituyó no uno sino varios sistemas, pero principalmente dos: el *ius civile* y el *edictum*. Si, en cambio, por sistema entendemos la externa manifestación del derecho en un orden racionalmente construido cuya lógica sea reflejo de la lógica interna que sustenta ese derecho, entonces hay que observar que los juristas se desinteresaron claramente por eso que podemos llamar la exposición sistemática; a menos que por sistema se entienda cualquier esquema de orden, por rudimentario o elemental que sea.

2. El *ius civile* y el *edictum* fueron sistemas en el primer sentido de la palabra, porque ambos derechos estuvieron fundados en principios de variado nivel de generalidad, de que derivaron las respectivas doctrinas. Los juristas no solieron expresar dichos principios ni en teoría ni como fundamentación de sus respuestas, de modo que normalmente éstos no aparecen; pero van supuestos y para nosotros son cognoscibles mediante la recomposición de la multitud de casos examinados por ellos y decididos precisamente con base en tales principios. Ellos tuvieron diversa entidad. En la mayoría de los casos surgieron de un examen de la naturaleza de las cosas o se fundaron en la equidad o en la lógica general; en otros tuvieron carácter estrictamente positivo por derivar de alguna norma o de los datos prejurídicos.

²⁹ Cl. 7.45.13.

cos de la organización social del pueblo romano. Para el desarrollo de estos principios y el establecimiento de sus derivaciones y limitaciones, la jurisprudencia se valió de lo que hoy llamamos lógica y entonces recibía el nombre de dialéctica, usando de sus variados instrumentos (*topoi* o *loci*), como la definición, la partición o distinción de los componentes de un todo, la división o discriminación entre géneros y especies y del razonamiento deductivo.

3. La diferencia radical que, sin embargo, separa a los juristas romanos de nosotros, pese a que todavía empleamos sus mismos métodos lógico-jurídicos, aparte que con ellos dichos juristas estaban creando el derecho, mientras que nosotros lo hemos recibido ya formulado, es ésta: los juristas no se encontraban encerrados en los límites infranqueables de un ordenamiento legal, de modo que la creación de nuevos principios y el desarrollo de los existentes fue tarea precisamente confiada a ellos mismos; y tanto que incluso ahí en donde un ordenamiento aparecía impuesto, como el de las leyes, plebiscitos y senadoconsultos, lo mismo que el del edicto (dejando a un lado la colaboración prestada por los juristas para la confección de este último), la libertad de los juristas encontró un amplísimo margen de interpretación, al punto de poder decirse que todas estas fuentes en verdad resultaban aplicables después de haber sido reprocesadas por la jurisprudencia. Frente a esta realidad, para nosotros el sistema de principios y sus derivaciones viene impuesto por ordenamientos legales muy detallados, de guisa que nuestra tarea es explicarlo, ordenarlo y aplicarlo con un mínimo de reelaboración. Nuestra lógica, en consecuencia, es una lógica aplicada a proposiciones formuladas con una estructura literaria fija y por ende se encuentra dominada por la exégesis; mientras que la de los juristas se aplicaba a principios que carecían de palabras prescritas, y por ello pudo ser constructiva.

4. El instrumento principal de esta construcción entre los juristas romanos fue el caso. Se observa en ellos una suerte de aversión a la formulación de proposiciones generales y amplias o abarcadoras, de donde su tendencia a callar los principios. Ellos prefirieron, pues, exponer el derecho mediante el análisis de situaciones concretas, realmente acaecidas o bien imaginadas, y se limitaron a solucionarlas singularmente con aplicación, también no siempre expresada, del instrumental lógico o dialéctico a que antes se aludió, que entonces aparece usado en función problemática, por así decirlo. Este casuismo instrumental imprime a sus escritos un aspecto caótico y fragmentario. Pero se trata de una apariencia, que esconde la realidad de haber sido el derecho civil y el pretorio un sistema perfectamente trabado y sin el cual los juristas no habrían pasado de ser unos modestos empiristas, por genialmente intuitivos que fueran.

5. El casuismo instrumental de los juristas era incompatible con el empleo de sistemas generales y abstractos de exposición racional

del derecho. Lo cual no significa que hayan carecido de ordenaciones expositivas. Ellas fueron principalmente dos: el orden del edicto y el orden sabiniano o civilístico, que se manifestaba, respectivamente, en los comentarios *ad edictum* y *ad Sabinum*. Ignoramos en qué medida Salvio Juliano innovó fundamentalmente la ordenación del edicto cuando compuso por orden de Adriano el que fue *edictum perpetuum*. De todas maneras este último, aunque presenta un cierto esquema comprensible, deja mucho que desear al gusto moderno, habituado al modo de exposición del derecho que deriva de las racionales construcciones sistemáticas del jusnaturalismo y de la pandectística. El criterio normal que guía al edicto es la atracción de materias, aunque internamente ellas no siempre ofrezcan conexiones derivadas de una estructura jurídica igual o similar. Por cierto, en descargo, hay que recordar que el edicto se fue formando histórica y paulatinamente en el curso de muchos decenios y no fue el producto del solo acto intelectual de una única persona; este carácter aluvional suyo puede ayudar a explicar parcialmente la ausencia de un orden intrínseco en muchas partes.

Así, por ejemplo, el edicto trataba conjuntamente del *receptum arbitrii*, el *receptum nautarum carporum stabulariorum* y el *receptum argentarii*, que de común sólo tienen el nombre. Para nosotros difícilmente sería aceptable que se tratara conjuntamente de la aceptación del arbitraje, de la asunción de responsabilidad por cosas introducidas en la nave, la posada o el establo, y del compromiso de pagar cierta suma de dinero un banquero.

El sistema civilístico nos resulta aun más insatisfactorio. A diferencia del edicto, en el *ius civile* no existía un orden positivo que seguir, y él tuvo que ser inventado por los juristas. Insinuado por Quinto Mucio Escévola, fue fijado definitivamente por Sabino y de ahí en adelante adoptado por todos los escritores con escasas modificaciones. También en general está guiado por el criterio de la atracción de materias. Que este criterio pueda parecer a veces incomprensible, a los juristas los tenía sin cuidado. Para ellos lo importante era que hubiera un orden fijo que todos conocieran y aceptaran, porque así se sabía de antemano en dónde encontrar las materias; lo verdaderamente catastrófico hubiera sido que cada autor cambiase la ordenación de materias según sus particulares preferencias y criterios, lo que habría determinado la ausencia de orden. De esta forma, el sistema de Sabino fue respetado durante cerca de 200 años.

6. Cicerón, imbuido de los ideales científicos del helenismo, uno de cuyos principales artículos era el uso de la dialéctica en función sistemática (*telone*), se atrevió a protestar por la ausencia de sistemas expositivos dialécticamente fundados en el derecho y a sugerir el camino para construirlos; en esto consistía su programa de "reducir ordenadamente el derecho a arte" (*ius in artem redigere*).

Este programa aparece sobre todo expuesto en sus diálogos *De oratore* (1.41 s.) y *Brutus* (41.152 s.). A imitación de lo que había ocurrido en otros sectores del saber, como la música, la geometría, la astronomía, la poética, la gramática o la retórica, cuyos conocimientos, en otro tiempo esparcidos y desordenados, ahora se hallaban sistematizados gracias al uso de la dialéctica, así también en el derecho se deberían distinguir los géneros de las especies, convenientemente explicados mediante definiciones, para lograr un "arte perfecto del derecho civil" (*perfectum artem iuris civilis*).

Cicerón, que no era jurista, se dejaba impresionar por la apariencia externa del derecho de su tiempo, el cual, pese a consistir, como no podía ser menos, en un sistema interno de principios y consecuencias, no se manifestaba externamente en un sistema expositivo de géneros y especies metódicamente dispuestos y explicados con definiciones concernientes, sino en una multitud de casos esparcidos, que daban la sensación de tratarse el derecho de una actividad meramente empírica y nada racional.

Este programa no fue llevado a cabo por Cicerón ni por nadie en Roma; pero sí en alguna provincia helenizada, por un maestro de escuela de retórica, que para uso de sus estudiantes de derecho³⁰, se animó a componer un manual elemental en donde la materia apareciera expuesta según las reglas del *ars*. Se trata de las *Institutiones* de Gayo. Esta obra fue el único caso de un intento por "tecnificar" (en el sentido helenístico) el derecho, y ello explica el éxito que tuvo en la época postclásica, de modo de llegar hasta Justiniano, quien la modernizó y reeditó bajo su propio nombre (*Institutiones Iustiniani*), asegurando su permanencia hasta nuestros días.

La técnica gayana es, en efecto, estrictamente dialéctica en función sistemática, y consiste en partir el todo en sus miembros, en distinguir los géneros y dividirlos en sus especies, todo ello para ordenarlos lógicamente; en su respectiva sede, cada concepto habitualmente es definido. Demos un vistazo general a la obra.

Ella aparece materialmente dividida en cuatro partes, llamadas "comentarios". Comienza el comentario primero con la partición de todo el derecho en derecho de gentes y civil; sigue con una nueva partición del derecho civil romano en leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos y dictámenes de los juristas; y continúa con una tercera partición en derecho pertinente a las personas, a las cosas y a las acciones. Esta última partición determina la sistemática de toda la obra.

El resto del comentario primero, aunque en realidad es casi todo él, porque lo precedente ocupa breves ocho párrafos, está dedicado

³⁰ Así como hoy en diversas facultades no jurídicas (economía, periodismo, etc.) se enseña derecho elemental a los estudiantes, así también en las escuelas de retórica se explicaban elementos de derecho a los futuros *oratores*. Gayo debió de ser el profesor de esta materia en alguna de tales escuelas.

a las personas. La división suma de las personas es en libres y esclavos. Los libres son ingenuos o libertos. Los libertos son ciudadanos romanos, latinos y dediticios; cada categoría es explicada en cuanto a su régimen jurídico. Las personas libres se dividen en capaces (*sui iuris*) e incapaces (*alieni iuris*); los incapaces se dividen en sometidos a potestad paterna, potestad marital o *mancipium*; sigue la explicación del régimen aplicable a cada categoría. Las personas capaces se dividen en sometidas a tutela o curatela o no sometidas a ninguna de ambas. Con esto termina el comentario.

Los comentarios segundo y tercero están dedicados a las cosas. Después de ofrecer varias divisiones de ellas, Gayo dice que las hay corporales, "que pueden ser tocadas", e incorpóreas, "que no pueden ser tocadas y que reciben su consistencia del derecho"; estas últimas son el usufructo, las servidumbres, las obligaciones y el derecho de herencia. Esta clasificación de cosas es muy importante en el sistema de Gayo, porque le permite incluir bajo el concepto de "cosas" (*res*) a los derechos reales, a las obligaciones y a la herencia, es decir, prácticamente a la parte más vasta y más importante del derecho privado. Y, en efecto, tal es el sistema que sigue el autor. De este modo, pues, Gayo expone aquél siguiendo su habitual método de divisiones y definiciones.

El último comentario está dedicado a las acciones, también presentadas de acuerdo con el dicho método. En el tratamiento de la fórmula procesal, en cambio, predomina la técnica de la *partitio*, pues ella viene expuesta mediante el examen de cada una de sus partes: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio*, *exceptio*; en el interior de cada cual vuelve a aparecer la *divisio*.

Las *Institutiones* de Gayo, pues, realizaron tardíamente el ideal ciceroniano del *ius in artem redigere*; las descripciones que hacía Cicerón acerca de aquél, parecieron haber sido seguidas fielmente por Gayo; pero se trata de nada más que de eso: de una apariencia, porque la doctrina del *ars* era un patrimonio cultural común del mundo grecorromano.

Entretanto, los juristas metropolitanos, pese al amplio uso que hicieron de la dialéctica en función problemática, se mantuvieron ajenos a todo intento de reconducir el derecho civil y el pretorio a los esquemas sistemáticos fundados en aquélla durante toda la época clásica; todavía los grandes comentarios de Ulpiano *ad edictum* para el derecho pretorio y *ad Sabinum* para el civil se atuvieron estrictamente a los sistemas tradicionales que habían sido esencialmente diseñados a principios del imperio, según los criterios que examinamos anteriormente.

§ 3. LA TRADICION HISTORICA DEL DERECHO ROMANO

El destino posterior del "*Corpus Iuris Civilis*" en el Oriente pertenece a la historia del derecho bizantino, terminada en el año 1453 con la captura de su ciudad capital, Constantinopla, por los turcos otomanos, que con el nombre de Istanbul (del gr. *eis ten polin* = "a o hacia la ciudad", o sea Constantinopla) la ocupan hasta el día de hoy. Por lo que respecta al Occidente, del que ahora vamos a tratar, buena parte de la historia de su derecho siempre ha tenido como eje las compilaciones de Justiniano.

I. EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MEDIA. 1. Durante la alta edad media, sin embargo, que convencionalmente se hace llegar hasta el s. XII, el "*Corpus Iuris Civilis*" fue muy poco conocido y por lo ordinario sólo a través de epitomes o resúmenes principalmente del *Codex* y de las *Institutiones*. Durante esos siglos, el "derecho romano" del Occidente estuvo representado sustancialmente por el "Breviario de Alarico", presente como texto y como influencia en las costumbres. En esa medida, pues, podemos hablar de un "derecho romano altomedieval".

2. El redescubrimiento del "*Corpus Iuris Civilis*" tuvo lugar en el s. XII, en que comenzó a ser objeto de estudio universitario, primeramente en Bolonia y después en otras ciudades de Italia septentrional y en los diversos países europeos en donde sucesivamente fueron fundadas universidades a imitación del "*Studium Bononiense*". Hasta antes el cultivo del derecho formaba parte de las "*artes*" del "*trivium*" (es decir, como objeto de gramática, retórica y dialéctica); pero la reintroducción del "*Corpus Iuris Civilis*" permitió separar al derecho y considerarlo como objeto de ciencia autónoma, de que la gramática y la dialéctica pasaron ahora a ser instrumentos. Esta revolución fue debida al "*magister in artibus*" Irnerio (cuyos datos nos vienen de entre 1113 y 1118), el primero en estudiar y enseñar sobre todo el Digesto. El magisterio de este personaje hizo escuela con método, objeto y finalidades caracterizadas por la necesidad de comprender la letra de los textos romanos, a cuyos miembros llamamos "glosadores", porque el tipo de literatura en que expresaban sus conocimientos asumió la forma de glosas a las diversas partes del "*Corpus Iuris Civilis*". La ciencia creada por ellos constituye otro capítulo especial de la historia del "derecho romano".

Hacia mediados del s. XIII esta escuela entró en crisis, pero ésta fue superada por la última glosa, debida a Acursio († 1263), cuya autoridad hizo caer en el olvido a las anteriores, de donde que terminara por ser reconocida como "*glossa ordinaria*" ("*glossa magna*").

3. Desde el s. XIV se inicia un nuevo capítulo del "derecho romano", manifestado externamente en otro tipo de literatura, como son el "comentario" y los "dictámenes" ("*concilia*"). También esta ciencia

tuvo por objeto al "*Corpus Iuris Civilis*", entendido a la luz de los resultados exegéticos y de la lectura de la "*glossa*", desde los cuales se remontó a construcciones dogmáticas que dieron un nuevo aspecto al derecho original de los textos antiguos. Sus más célebres cultores fueron Cino da Pistoia (1270-c.1336), Bartolo da Sassoferrato (1314-1357) y Baldo degli Ubaldis (c.1327-1400), sobre todo el segundo. Comoquiera que la tradición de consustancial unidad entre universidad y derecho iniciada por Irnerio fue mantenida y aun acrecentada en estos siglos de fines de la edad media, y que el estudio del derecho en todas las universidades europeas tenía el mismo objeto, es decir, el "*Corpus Iuris Civilis*", y el mismo método del comentario, todos los "*juristae*" o "*legistae*" del continente poseyeron un aparato conceptual y terminológico uniforme, y hasta el mismo derecho romano llegó a ser considerado como "*ius commune*", por sobre la diversidad de "*iura propria*" de cada localidad o reino, cuyo cultivo fue abandonado a la práctica forense.

Aun cuando después de la muerte de Baldo todavía hubo "*doctores*" de renombre, a fines del s. XV la escuela de los comentaristas inició una cierta decadencia. Con todo, la tradición del "*ius commune*" se mantuvo, con varias modificaciones provenientes del aporte posterior, hasta fines del s. XVIII y aun durante el siglo siguiente en varios países, esto es, hasta la época de las codificaciones, como veremos más adelante.

II. EL DERECHO ROMANO EN LA ÉPOCA MODERNA. El s. XVI generó dos nuevos momentos romanísticos.

1. En ese siglo desarrollóse una distinta manera de estudiar el "*Corpus Iuris Civilis*" que llamamos "humanismo" (jurídico). Consistió en considerarlo como lo que es, a saber: un monumento de la última época del derecho antiguo, que en consecuencia puede servir de fuente de conocimiento histórico para la reconstrucción del derecho anterior de la época republicana y del alto imperio, mediante su sometimiento a métodos de crítica filológica e histórica y su comparación con otras fuentes jurídicas y literarias conservadas de la antigüedad. Esta orientación abrió un filón de estudios que podemos denominar crítico-erudito, para diferenciarlo de otro, igualmente humanístico, pero más dogmático, que se interesó sobre todo por los aspectos sistemático-jurídicos, para seguir el programa ciceroniano de reducir el derecho a sistema ("*ius in artem religere*"). También esta nueva metodología, iniciada en Italia con Andrés Alciato († 1550), en donde, empero, no tuvo éxito, dio origen a una escuela que se desarrolló principalmente en Francia, en donde brillaron muchos juristas del nuevo estilo (al punto de llegar a conocerse como "*mos gallicus*", en oposición al "*mos italicus*", es decir, al estilo de los comentaristas o "bartolistas"). Entre ellos los más descollantes fueron

Jacobo Cuiacius (Cuyaz 1522-1590) en el método crítico y Hugo Donnellus (Doneau † 1590) en el método sistemático.

Hacia fines del siglo y especialmente durante el s. XVII, la metodología humanística cambió de patria, la que entonces fue Holanda al principio y Europa Central en general después; por el estilo, método y objeto de trabajos a que daba lugar se la conoció con el nombre de "jurisprudencia elegante"; todavía se encontraba en flor en el siglo siguiente y su más afamado representante fue el alemán Johannes Heinecius (1681-1741).

2. Paralelamente al humanismo, esta vez en España, se desarrolló otro movimiento romanístico que conocemos como "segunda escolástica" o "neoescolástica". Su fundador fue Francisco de Vitoria († 1546). El impulso estuvo dado por un hecho nuevo con que España se enfrentó y que no afectó a otros reinos: el descubrimiento y la conquista de territorios habitados por infieles que sin embargo vivían política y civilmente organizados en ciudades e imperios, de donde la necesidad de encontrar una justificación ético-jurídica para su anexión. Originalmente los juristas españoles pretendieron argumentar con fundamento en el "*ius commune*", pero Vitoria negó esa posibilidad, porque aquél no era oponible a los indígenas, y entonces acudió a la vieja noción aristotélico-estoica del *ius naturale*, que en la edad media había sido recibida y sistematizada por Tomás de Aquino en sus tratados "*De iustitia et iure*" y "*De legibus*" incluidos en la *Summa Theologiae*. El derecho natural, en efecto, era por definición oponible a todos los hombres, creyentes o no. El magisterio de Vitoria hizo escuela, y aunque en una vertiente que podemos llamar "indianista" ella siguió apegada al problema práctico de la conquista y civilización de las Indias Occidentales (o América), otra se desentendió de ese problema y se dedicó al estudio de las condiciones bajo las cuales un derecho positivo obliga en el fuero de la conciencia, esto es, a la elaboración de un derecho natural. Predominó en los escolásticos, pues, el problema del "*forum conscientiae*" o "*internum*", es decir, la consideración del derecho desde un punto de vista ético; pero la necesidad de descender desde el estudio de los principios generales sobre la materia (nivel en el que había permanecido Tomás de Aquino) a sus aplicaciones más particulares, condujo insensiblemente a los neoescolásticos al examen de toda la materia jurídica, incluso la más técnica; necesariamente ello los llevó a adoptar el viejo arsenal de conceptos e instrumentos del "*Corpus Iuris Civilis*" según la lectura de la "*glossa*" y la interpretación de los comentaristas; de modo que tal perspectiva dio lugar a un nuevo "derecho romano" que se expresó en un género literario de obras jurídicas normalmente tituladas "*de iustitia et iure*" o "*de legibus*". Su característica externa más saliente fue presentar el derecho romano anterior bajo una forma sistemática nueva, y con un cierto grado de racionalización y abstracción, acorde con el interés ético de sus cultivadores, necesariamente generalizan-

te, y con su formación y mentalidad filosóficas, que les hacía rehuir el casuismo de los juristas. Entre sus cultivadores más destacados hay que mencionar a Domingo de Soto (1496-1560), Luis de Molina (1535-1600) y Francisco Suárez (1548-1617).

3. La influencia de la escolástica fue europea, porque desde mediados del s. XVI el problema que habían enfrentado los castellanos en su contacto con las civilizaciones infieles de América comenzó a presentarse en el resto del continente, y consistió en la necesidad de organizar la convivencia en el interior de pueblos que, como consecuencia de la reforma protestante, habían perdido la unidad de la fe y ya no creían en los mismos principios ético-jurídico-políticos. A ese problema, aunque en otro contexto por cierto, los escolásticos españoles habían dado una respuesta fundada en el derecho natural. Un holandés, profundamente conocedor de sus obras, que era abogado formado según los cánones del "*ius commune*" y personalmente cultivador del derecho romano al modo humanístico, Hugo Grocio (1538-1645), fue el primero en aplicar el método escolástico a la materia jurídico-romanística desde la perspectiva del derecho natural, pero sin preocupaciones éticas, que había sido la característica de sus antecesores. Su libro *De iure belli ac pacis* (1625) produjo una profunda impresión en los intelectuales europeos y nuevamente hizo escuela. A partir de esa obra se inauguró un nuevo momento del "derecho romano" que podemos llamar "jusnaturalista", el cual normalmente se expresó en obras tituladas "*de iure naturae*" ("*et gentium*") o en que aparecían estas expresiones aplicadas a cualquier tema jurídico, por técnico que fuera. Esta escuela dominó en el s. XVII y en el XVIII. Sus representantes más conspicuos, aparte de Grocio, el fundador, fueron Samuel Pufendorf (1632-1694), Cristián Thomasius (1655-1728) y Christian Wolff (1679-1754); también Immanuel Kant (1724-1804), en cuanto tratadista de temas ético-jurídicos.

4. Tanto el humanismo como la escolástica, lo mismo que el jusnaturalismo, fueron movimientos intelectuales que no podían incidir directamente en el derecho vigente de la época moderna, todavía representado por el "*ius commune*". Las doctrinas elaboradas por sus cultores solían ser demasiado abstractas o eruditas como para servir a las necesidades de la práctica, y la manera directa en que hubieran podido convertirse en derecho vigente, esto es, por medio de la legislación, no estuvo disponible, atendido que el "*ius commune*" era sustancialmente un derecho de juristas y no de leyes. En consecuencia, la única vía que estas doctrinas tuvieron para influir fue la de introducirse en el pensamiento de los juristas prácticos para así sumarse al torrente de sus opiniones y pareceres, que determinaban la mudanza y el progreso del derecho usual. Este fenómeno se produjo en todos los países europeos en el curso del s. XVII y en el siguiente, y podemos denominarlo "*usus modernus pandectarum*". Esta modernización de las Pandectas (o Digesto) consistió en el empleo de la ciencia

humanista y escolástica, pero sobre todo jusnaturalista para la elaboración de derecho práctico. En otras palabras, poco a poco los cultivadores de aquéllas empezaron a ser citados como autoridades por los tratadistas y por los tribunales en el mismo pie que los viejos autores del derecho común, e incluso a sustituirlos, de manera que éste adquirió un nuevo aspecto dogmático y sistemático. Si bien el "*usus modernus pandectarum*" se adaptaba a las necesidades de la nación de que se tratara, de modo que cada una tenía su "*usus modernus*", la inserción de estas particulares dogmáticas en el más vasto ámbito del "*ius commune*" todavía permitió que la literatura concerniente circulara por todos los países, ya que, en fin de cuentas, aun mostraba una fundamental unidad de conceptos y terminología. El más importante e influyente jurista adaptado a este método fue el francés Roberto José Pothier (1699-1772).

III. EL DERECHO ROMANO Y LA CODIFICACION. 1. La preocupación teórica y práctica por el sistema se había iniciado con el humanismo, y en ello éste fue seguido por el jusnaturalismo, en tanto resultó del todo ajena a la metodología del "*ius commune*", siempre apegada a los sistemas expositivos del derecho que aparecían en el "*Corpus Iuris Civilis*" (llamados "*ordo legalis*"). Este interés concordó bien con el espíritu reformista que se desarrolló en Europa durante el s. XVIII, que a la reclamación de modificaciones en el orden económico, social y político unió la aspiración a reformar el derecho vigente, esto es, el "*ius commune*". Esta petición se hizo en nombre del derecho natural de la razón con el cual se miraba contrastar aquél. Desde un punto de vista formal, la exigencia fue organizar el derecho como un sistema racional y articulado de proposiciones, en contraste con el caos del derecho común, según se decía; desde un punto de vista sustancial, se reclamó la abolición de las restricciones a la libertad de contratación, de adquisición y circulación de bienes y sucesorias, que eran tan características del derecho del antiguo régimen por influencias del derecho feudal y de las ordenanzas legales. A mediados del s. XVIII este movimiento de reforma empezó a interesar a los gobernantes ("despotismo ilustrado"), y en lo jurídico ello se manifestó en la promulgación de códigos de forma sistemática y de contenido romanístico procesado a la manera jusnaturalista. En 1756 fue promulgado un *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* para Baviera; en 1794 un "Derecho Territorial General para los Reales Estados Prusianos" (*Allgemeines Landrecht für die königlich-preussischen Staaten*); en 1804 un *Code Civil des Français* y en 1811 un "Código Civil General" (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) para Austria. Desde entonces la mayoría de los estados del continente europeo, salvo los alemanes que antiguamente habían pertenecido al *Reich* ("sacro imperio"), con las dos excepciones antes citadas, se dieron sucesivamente códigos civiles, por lo general bajo la influencia del código francés.

Al estudiar la historia de la palabra *codex* en la antigüedad, se habrá observado que durante la época clásica lo único que denotaba esa palabra era un libro (*liber*) de forma determinada y que para nada aludía a un libro de contenido jurídico. Por ello cuando en Oriente se hablaba de *codex Gregorianus* o de *codex Hermogenianus* para indicar las recopilaciones de rescriptos aparecidas a fines del s. III, de que en su momento se hizo mención, tales denominaciones (seguramente nacidas de la práctica) sólo significaban "libro Gregoriano" y "libro Hermogeniano", porque fueron publicados bajo la forma editorial *codex*, que ya era la prevaleciente para toda clase de libros. El empleo de este término asociado al contenido jurídico proviene de que la recopilación de *leges* promulgada por Teodosio II el 438 y programada el 429, fue oficialmente intitulada *Codex Theodosianus* (CTh. 1.1.5; 1.1.6); ese empleo fue reforzado por Justiniano cuando denominó, también oficialmente, como *Codex Justinianus* a su recopilación de leyes imperiales del 528, de modo que durante toda la edad media el término quedó reservado exclusivamente para esta última obra, como el código por antonomasia. Aunque en el s. XIII se promulgaron varias compilaciones legales que siguieron la planta del código justiniano (por ejemplo, las *Decretales* del papa Gregorio IX en 1234 o el *Libro de las Leyes*, después *7 Partidas*, de Alfonso X el Sabio en 1288), ninguno llevó la palabra *codex* en su título, bajo el concepto de que publicar un *codex* era algo propio y exclusivo del emperador romano-germánico. Todavía durante la primera época moderna, ningún monarca se atrevió a dar ese título a las muchas compilaciones de leyes que siguieron el mismo modelo (así la *Recopilación de leyes de los reynos de Castilla* en 1567 por Felipe II, o la *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias* en 1682 por Carlos II), pese a que hubo una multitud de obras privadas, siempre jurídicas, cuyos autores emplearon el término *codex* en sus denominaciones. Sólo hacia la época de la ilustración, en el interior del movimiento por la codificación del derecho, entendida como una legislación destinada a sustituir al viejo "*Corpus Iuris*", la palabra, ora en latín, ora en vulgar (cast. *código*, fr. *code*, ital. *codice*, alem. *Kodex*), empezó a ser recibida en los gabinetes reales. De 1748 es el *Codex Fridericianus Marchicus* de Federico II el Grande, que recopilaba leyes procesales. Maximiliano José III de Baviera promulgó en 1751, 1753 y 1756 un *Codex Iuris Bavarici Criminalis*, un *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* y un *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* respectivamente. El proyecto que inició el proceso codificador en Austria fue el *Codex Theresianus* (1766) compuesto bajo el gobierno de la emperatriz María Teresa. Pero en el área germánica, la codificación terminó por adoptar un nombre vernáculo que traducía, empero, una antigua expresión latino-medieval: *Gesetzbuch* = *liber legum* = "libro de las leyes". Así el ya citado *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811 y, poco menos de un siglo después, el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1900. La vieja palabra triunfó, en cambio, en el área latina con el también nombrado *Code Civil des Français* de 1804, al cual asimismo se debe la expansión del adjetivo "civil" (esta vez sí adoptado por los códigos germánicos, bajo la traducción *bürgerlich*). La voz *codification* es un neologismo inventado por el inglés Jeremías Bentham (1748-1832).

2. Puesto que los códigos civiles de fines del s. XVIII y principios del siguiente fueron elaborados con materiales extraídos del "*ius commune*" y bajo la influencia de los cánones del jusnaturalismo, eso aseguró doblemente su carácter romanístico. Pero fue exigencia del movimiento por la codificación que el derecho hasta entonces vigente, esto es, el "*Corpus Iuris Civilis*", fuera derogado y con él abandonada la ciencia del "*ius commune*" que lo rodeaba. Esta exigencia derivó de la necesidad de establecer la unidad del derecho. Sin embargo, para la adecuada comprensión y aplicación de los nuevos códigos fue imposible prescindir de la sabiduría jurídica acumulada durante tan-

tos siglos. Los primeros comentaristas de cada código, que habían sido educados en las universidades del *Ancien Régime*, necesariamente tuvieron que leerlos y exponerlos de acuerdo con lo que sabían, y esto significaba el "*ius commune*". Pronto se comprendió que este resultado práctico y de hecho podía ser fundado teóricamente, de donde derivó la consciente decisión de continuar estudiando el derecho romano en las facultades universitarias, pese a que ya no estaba más en vigencia. Desde entonces hasta nuestros días, por "derecho romano" también entendemos una disciplina académica.

IV. LA PANDECTÍSTICA. Los países alemanes que hasta 1806 habían integrado el *Reich*, año en que fue disuelto por Napoleón, por diversas causas no se sumaron a la corriente de la codificación, salvo Prusia y Baviera. Durante todo el s. XIX; pues, el "*ius commune*" (en su versión del "*usus modernus pandectarum*") se mantuvo como derecho vigente en esos países. Pero a comienzos del mismo, y como reacción inmediata a la vieja metodología del romanismo jusnaturalista, se inició allí una nueva tendencia de estudio de las fuentes romanas, cuyas premisas fueron halladas en el historicismo (en oposición al viejo racionalismo del derecho natural). Se trata de la que llamamos "escuela histórica", fundada por Federico von Savigny (1779-1861). Pese a tales bases, una de las vertientes de esta escuela, que llamamos "pandectística", terminó por adquirir un marcado carácter dogmático, ya presente en el propio Savigny (y que era una herencia del jusnaturalismo), de modo que durante todo el siglo Alemania produjo una vasta legión de juristas que sobre la base del derecho de las Pandectas crearon una ciencia romanística de nuevo cuño, la cual permitió al país proporcionarse un código propio que no fuera imitación del francés, sino el resultado de una madura ciencia jurídica nacional. En 1900, en efecto, entró en vigencia un "Código Civil" (*Bürgerliches Gesetzbuch*) en todo el nuevo *Reich* de la Alemania ya unificada en 1871. A partir de entonces, el derecho romano vino a adquirir también allí la situación exclusivamente académica que había alcanzado en los demás países que mucho antes se habían dado códigos civiles.

V. EL DERECHO ROMANO EN AMÉRICA. 1. Cuando, a partir de 1492, los diversos territorios de las Indias Occidentales (América) empezaron a ser incorporados a la corona de Castilla, en ésta, como en toda Europa continental, regía en su plenitud el "*ius commune*". Pero en Castilla había una singularidad: en el s. XIII habían sido elaborados unos códigos de derecho romano según la versión de los glosadores, lo que no ocurrió en ningún otro país del continente; se trata principalmente de las *Siete Partidas* y también del *Fuero Real*, cuyo autor político fue el rey Alfonso X, llamado el Sabio. Estos códigos, inicial-

mente resistidos, adquirieron vigencia definitiva en 1348 con la promulgación del Ordenamiento de Alcalá de Henares. En 1555, el jurista castellano Gregorio López había modernizado las *Partidas*, por así decirlo, haciéndolas objeto de una glosa, que por la autoridad que consiguió fue considerada como ordinaria; la modernización consistió en interpretar los preceptos del código según los cánones de la ciencia de los comentaristas. Aunque las *Partidas* oficialmente sólo tenían valor subsidiario en Castilla, como en ellas se trataba de todo el derecho privado en forma completa, de hecho rigieron como derecho principal en este ámbito, ya que no existía otra legislación privativista que pudiera anteponerse. Como, por otro lado, ese código contenía derecho romano y su romanismo fue reforzado por la glosa gregoriana, su interpretación y aplicación forenses necesariamente tuvieron que hacerse de acuerdo con los cánones del "*ius commune*".

2. La incorporación de las Indias a la corona de Castilla significó la extensión automática de su derecho a los nuevos territorios, en virtud del principio de la accesoriedad. De esta manera, las *Partidas*, y con ellas el "*ius commune*", vinieron trasladados a los reinos y provincias americanos, en donde se conaturalizaron a medida que la complicación del tráfico y de las relaciones jurídicas exigieron un derecho elaborado. Tal fue la primera vía por la que el derecho romano fue recibido en estos territorios.

La segunda consistió en su enseñanza universitaria. En 1538 fue fundada la primera universidad de América, en Santo Domingo. A partir de entonces y durante los tres siglos que llamamos "época indiana o hispánica", sucedieron las fundaciones universitarias, por iniciativa regia o pontificia. En Chile ello ocurrió en 1622 con universidades conventuales, hasta que en 1738 fue erigida la Real Universidad de San Felipe. Estas instituciones docentes americanas generalmente siguieron el modelo de la Universidad de Salamanca, y ello, a su vez, significó que su organización y régimen se adaptaron a las líneas generales de la universidad medieval que había empezado en Bolonia. Por lo que a la "facultad de cánones y leyes" respecta, tal adaptación implicaba la enseñanza exclusiva del derecho romano (y del canónico), esto es, principalmente del Digesto ("viejo", "inforciado" y "nuevo", como se traducían las correspondientes expresiones latinas que designaban las tres partes en que se dividió ese cuerpo en el medievo) y de las *Institutiones* (llamadas "Institutas" en la tradición castellana). El estudio del derecho patrio, es decir, el de las *Siete Partidas* y las recopilaciones de leyes castellanas, quedaba entregado a la práctica y más tarde a organismos especiales llamados "academias de leyes y práctica forense".

La tercera vía a través de la cual se recibió el derecho romano en América fue la literatura jurídica romanística en sus distintas versiones: glosadores, comentaristas, humanistas, neoescolásticos y "*usus modernus pandectarum*", especialmente castellano este último, con la

sola excepción de las obras del jusnaturalismo, miradas con desconfianza por su carácter laico. Toda esta literatura circuló profusamente en la América española, como se demuestra con su actual conservación en las bibliotecas y repositorios públicos y privados, y con el examen de los inventarios de librerías confeccionados al morir sus dueños que eran juristas, para efectos sucesorios y que conservamos en abundancia.

3. La formación de estados nacionales y soberanos, como sucesores de la monarquía hispano-indiana, que tuvo lugar desde principios del s. XIX en tierras americanas, no alteró al comienzo el derecho tradicional; pero, por la época en que ocurrieron los movimientos de independencia, pronto se suscitó ahí también el interés por la reforma de ese derecho, que entonces significaba su reemplazo por nuevos códigos. Fue inevitable que en un primer momento los nacientes estados pensarán en imitar, sobre todo al prestigioso código napoleónico; hasta que en 1852 el Perú fue capaz de darse un código que, si bien todavía influido por aquél, ya mostraba ciertos rasgos originales. El paso definitivo lo dio Chile en 1855, con un "Código Civil" que pronto fue reconocido como un monumento legislativo de primera categoría, no sólo por el equilibrio de su forma o sistema externo y del volumen y extensión de las materias tratadas, bajo ambos respectos muy superiores al francés, sino también por su técnica y el carácter de la ciencia jurídica recogida, y especialmente por la belleza, elegancia y precisión de su lenguaje. Su autor fue Andrés Bello, un venezolano que hizo de Chile su nueva patria. Con todo, lo decisivo fue que el código de Bello tendió a recoger, bajo forma y técnica codificadoras modernas, el viejo derecho que había regido en Chile y las Indias durante los tres siglos precedentes. Eso fue suficiente para que buena parte del resto de los nuevos estados independientes renunciaran al ideal de componer códigos propios y se decidieran bien a adoptar el código chileno, bien a componer uno bajo su cercana inspiración, porque se vio que entonces la codificación no habría de significar una ruptura con la tradición. Todavía hoy ese código es derecho vigente en Ecuador y en Colombia. De este influjo escaparon Argentina, que en 1869 se dio un código también original, y México, que en 1871 prefirió seguir al proyecto español de García Goyena (1852); cada uno, además, tuvo influencia en su respectiva área: Centroamérica este último (en concurrencia con el código chileno), y la cuenca del río de la Plata el primero.

La codificación en América produjo con respecto al derecho romano el mismo fenómeno que en Europa: mientras, por un lado, ese derecho daba su sustancia a los códigos, en sí mismo quedaba fuera de vigor positivo. La consecuencia también consistió en su transformación a disciplina académica en las facultades de derecho, como se mantiene hasta hoy en toda universidad digna de este nombre.

VI. LA CIENCIA ROMANÍSTICA. En la nueva posición alcanzada por el "derecho romano" como efecto directo de la codificación, le fue muy difícil en un primer momento perder continuidad histórica con la tradición de cultivo precedente. Durante muchos decenios la disciplina universitaria de "derecho romano" fue estudiada y enseñada con un método dogmático, pero con una dogmática proveniente del "ius commune", de modo que los términos técnicos que se encuentran en el "Corpus Iuris Civilis" fueron entendidos como los habían entendido los viejos juristas de la edad media y de la época moderna; junto a ellos, se utilizó una multitud de términos y conceptos que no se encuentran en las fuentes y que habían sido creación de esos tiempos, si bien siempre bajo inspiración romana. A la tradición se agregaron, además, las nuevas concepciones de la pandectística alemana.

En el último tercio del s. XIX, empero, comenzó a diseñarse una ciencia romanística autónoma. En parte, sin embargo, ella entroncó con la antigua tradición del humanismo jurídico, que había visto en el "Corpus Iuris Civilis" una fuente de conocimiento histórico y no tanto una de conocimiento dogmático, y que había expandido el interés hacia otras fuentes jurídicas y hacia la literatura clásica no jurídica. Esta nueva romanística quedó fundada en el método crítico de las fuentes.

En una primera etapa, la crítica se centró en el discernimiento de las "interpolaciones" existentes en los textos recogidos por el Digesto (los "emblemata Tribonianum" del humanismo), para así separar el auténtico derecho clásico del justiniano. En un momento posterior las perspectivas fueron enriquecidas con el reconocimiento de que la alteración de los textos clásicos pudo provenir no exclusivamente de interpolaciones practicadas por los comisarios del emperador, sino también merced a glosas escritas a esos textos en la época postclásica y en algún momento introducidas en su cuerpo mismo hasta fundirse con ellos. Por otro lado, las fuentes jurídicas conservadas fuera del "Corpus Iuris Civilis" asimismo terminaron por ser objeto de crítica, porque, pese a habérsenos conservado como redactadas por juristas clásicos, en muchos casos también sufrieron procesos de reelaboración en la época del bajo imperio. Y la metodología se extendió incluso a las *Institutiones* de Gayo, única obra de algún autor de la época clásica que se nos conserva íntegramente y sin haber pasado por las manos de Justiniano, que desde su descubrimiento en 1816 había venido siendo considerada como fiel exponente de puro derecho clásico.

Este método, con todo, fue practicado hasta la exageración, y llegó a convertirse en una "hipercrítica". En los momentos de su mayor auge, en torno a los años 30 del presente siglo, prácticamente había venido a reducir el voluminoso Digesto a un esquelético cuaderno, ya que de hecho ningún texto de los conservados en aquél lograba salvarse de una denuncia de contener glosas o interpolacio-

nes; lo propio ocurrió con el Código de Justiniano y aun con las *Institutiones* de Gayo. Lo peor, sin embargo, fue que cada autor tendió a fabricarse su propio "derecho clásico", porque las denuncias de inautenticidad en los textos no solieron ser, no ya unánimes, mas ni siquiera mayoritariamente compartidas y aceptadas, de modo que lo declarado espurio por unos era considerado legítimo por otros; en muchos casos, la crítica resultaba artificial, porque no estaba más que puesta al servicio de ideas preconcebidas en torno a cómo tenía que haber sido el derecho clásico.

Estas exageraciones han conducido paulatinamente a la moderación en el uso del método. Si bien es cierto que no será posible más prescindir de la crítica, porque la existencia de interpolaciones y de glosas en los textos clásicos, lo mismo que de otra clase de alteraciones (como errores de edición), es un hecho histórico que en muchos casos se puede comprobar positivamente, también lo es que ellas existen en menor medida de lo que en otro tiempo se supuso, y que no siempre modifican radicalmente el sentido de las soluciones clásicas, pues en muchos casos sólo las desarrollan o las explican, aunque a veces los desarrollos y las explicaciones puedan resultar torpes.

Hoy tendemos a poner la atención en un fenómeno que antaño era conocido, pero no siempre con consecuencias metodológicas para la romanística, a saber: que el derecho clásico fue una creación de individualidades, los juristas, que pertenecieron a épocas distintas, que tuvieron orígenes sociales y aun nacionales en ciertos casos diferentes, que pese a las notables uniformidades de estilo, método y lenguaje, poseyeron cada cual su cultura y mentalidad, etc.; y que como derecho de juristas que fue el romano, la diversidad de pareceres, la disensión y la controversia fueron algo connatural en él. Por lo tanto, hoy no miramos al derecho clásico como un bloque monolítico, sino como un sistema que tuvo su evolución, sus singularidades y sus anomalías. Con una perspectiva así, muchos textos, que bajo la concepción idealista de un derecho clásico único e inmutable resultaban criticables, ahora aparecen sin reproche.

La aplicación moderada de crítica, pues, sigue siendo un presupuesto indispensable para el estudio de las fuentes disponibles. En ese sentido, la romanística es una ciencia histórica. Sobre esa base, es decir, una vez fijadas críticamente las fuentes, el método romanístico es dogmático, sentido en el cual aquélla se trata de una ciencia jurídica. Sólo que esta dogmática no es la del jurista moderno, sino la de los propios juristas romanos. Como, empero, nosotros no somos tales juristas, dicho método, en realidad, consiste en acercarse lo más posible a la dogmática de estos últimos, sentido en el cual, pues, se trata de una ciencia jurídica histórica, porque su objeto principal es reconstruir por medio de las fuentes lo más auténticamente posible la dogmática de los mencionados juristas. El paso ulterior, consis-

te en desarrollar esa dogmática y obtener consecuencias que no se encuentran positivamente declaradas en las fuentes, ya no pertenece a la ciencia romanística, pero constituye un uso legítimo de esas fuentes, que todavía puede prestar inmensos servicios al jurista moderno en su trabajo frente al derecho vigente.

§ 4. CONCEPTOS JURIDICOS GENERALES

I. *Ius*. 1. Lo que nosotros decimos con "derecho" los romanos lo expresaron con el término *ius*. Su etimología es desconocida.

El verbo correspondiente al sustantivo *ius* es *iurare*, aunque en algún momento los significados del verbo y del sustantivo se hayan diversificado; pero la relación ha permitido pensar en un común origen en *Iovis* (*Juppiter*), el dios que castiga el perjurio. También suele relacionarse la palabra con una raíz indoeuropea supuesta, **ieu*, que significa "pureza". *Ius* nada tiene que ver con *iubere* = "mandar" (en el sentido de "autorizar") ni con *iungere* = "unir, ligar". En todo caso, originalmente *ius* no era un sustantivo sino un adjetivo (lo mismo que "derecho"), como en la expresión *ius est* (*esto*), para atribuir a algo la calidad de "ajustado". En un momento muy antiguo se dice ser *ius* o no serlo, de un acto de violencia privada sobre cosas o personas, en cuanto ajustado a formas solemnes y rituales (*vindicatio* o *mancipatio*) o desprovisto de ellas. La forma arcaica es *iour*. Derivados: *iniustus-a-um* (*iniustum-a-um*); y de éste, *iniustitia* (*iniustitia*). También *iniustitium* (con el verbo *stare* = "estar firme de pie"), que designa la detención o suspensión del *ius*, en el sentido de su administración ("feriado judicial"). También *index* (*qui ius dicit*) y de allí *iudicare* y *iudicium*. Asimismo *iurisdictio* (*iur-dicere*). *Iniuria* es lo que contraviene al *ius*.

2. Los romanos no utilizaron la palabra *ius* para denotar la noción que nosotros conocemos bajo el apelativo de "derecho subjetivo", y aunque a veces *ius* pueda ser interpretado como alusivo a una situación o posición subjetivas, no significa una facultad sino siempre un régimen objetivo.

En el análisis que hace Paulo de la palabra *ius* (D. 1.1.11) no figura la acepción de facultad. Al parecer la primera definición del derecho subjetivo fue dada por Luis de Molina (*De iustitia et iure tractatus* II, disputatio 1), y reza: "La facultad de hacer u obtener alguna cosa o de estar en ella o de algún modo tenerla, que si se contraviene sin causa legítima, se iufiere una injuria al investido con dicha facultad" (*Facultas aliquid faciendi sive obtinendi aut in eo insistendi vel aliquo modo habendi, cui ei sine legitima causa contraveniatur, iniuria fit eam habenti*). Por influencia de Molina este concepto (que tampoco aparece en Tomás de Aquino) se difundió en la escolástica posterior y en los autores de derecho natural, comenzando por Grocio. Sus raíces, sin embargo, remontan a Guillermo de Ockham (ca. 1298-ca. 1349).

Así, por ejemplo, se ve en las fórmulas de las *vindicaciones* concernientes a *iura*, cuando el pretor ordena investigar al juez: "*si paret Aulo Agerio ius esse eo fundo qua de agitur uti frui*", que se traduce como "si resulta ser derecho para Aulo Agerio usar y disfrutar en ese fundo del cual se trata", aunque aquí se suponga la reclamación de un usufructo, al que nosotros consideramos como un derecho subjetivo

real. Pero el sentido objetivo que ofrece siempre la palabra *ius* no alude a lo que nosotros llamamos "derecho objetivo" y que identificamos con la norma; porque ordinariamente el *ius* no es reconducible a norma alguna. La objetividad de que se trata mejor se expresa como estatuto o régimen jurídicos.

Cfr. Gai. 4.3: *in rem actio est cum... intendimus... ius aliquod nobis competere, veluti... utendi fruendi...*, que debemos traducir así: "una acción es *in rem* (real) cuando pretendemos que nos compete algún derecho, por ejemplo, del usar (y) disfrutar". Lo reclamado con la acción real es el estatuto jurídico objetivo del uso y disfrute de cosas, no una facultad subjetiva de usar y disfrutar. D. 50.17.54: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, es decir: "nadie puede transferir a otro más derecho que él mismo tuviera", no alude a las facultades subjetivas del que transfiere, sino a su estatuto jurídico objetivo. Este es el sentido que Tomás de Aquino captó certeramente en las fuentes romanas y que definió como "la cosa justa misma" (*ipsa res iusta*), y que identificó con "lo justo" (*ius sive iustum*).

3. La palabra *derectum*, de que deriva "derecho", aunque en sí misma es antigua, sólo en la baja latinidad empezó a ser usada paralelamente a *ius*, hasta que la desplazó. Ella es reflejo de una concepción normativista de lo jurídico, cuyas raíces intelectuales estoicas, por un lado, y judeo-cristianas, por otro, encontraron un ambiente favorable en la realidad del modo postclásico de generación del derecho, que estuvo predominantemente fundado en la *lex*. La idea que trasunta *derectum* es moral, y radica en atribuir al derecho la función de señalar el camino de rectitud de las conductas humanas.

El término "derecho" mejor deriva de **derectum* (del verbo *derigere*) que de *directum* (del verbo *dirigere*), aunque ambos adjetivos (como sus verbos derivantes) terminaron por significar lo mismo: "dirigir", al ser compuestos del verbo básico *regere* = "dirigir en línea recta" (que es el significado de la raíz **reg-*), de donde "regir". El término **derectum* significa, pues, "rectamente dirigido", en oposición a *ortum* = "torcido" (cfr. "entuerto"). Las lenguas romances derivaron de él su principal término jurídico: "cast. *derecho*, fr. *droit*, it. *diritto*, port. *direito*, rum. *drept*"; el alein. "*Recht*" y el ingl. "*right*" tienen la misma raíz que el lat. *rectum*, pero que en algún momento hayan empezado a ser usados para designar lo jurídico, ello quizá fue como imitación de lo ocurrido en las lenguas romances. En estas, por lo demás, *ius* no se conservó más que en derivados o compuestos, como "jurídico, jurista, jurisperito, jurisprudencia".

II. *IUS CIVILE*. I. El *ius* suele ser calificado de *civile*. En el derecho arcaico se usó decir *ius Quiritium*.

Significa literalmente "derecho de los quirites"; pero el sentido de este último término es oscuro; quizá provenga de *co-uirium*, alusivo a la comunidad de los varones, es decir, de los ciudadanos. En la época clásica *Quirites* equivale a *cives*. La expresión *ex iure Quiritium* = "según el derecho de los quirites" (= "según el derecho civil") se emplea por rutina arcaista en las fórmulas de las *vindicationes*.

La expresión *ius civile*, empero, denota diversos conceptos que mejor se entienden en el contexto de expresiones opuestas.

2. *Ius civile* designa, en primer lugar, al derecho fijado en la ley de las XII Tablas y a la doctrina interpretativa de los juristas³¹, real o idealmente, más esto que aquello, basada en sus disposiciones. En este sentido, el derecho civil es un derecho de juristas o jurisprudencial, porque su creación y desarrollo (dentro de los escasos límites impuestos por la ley) quedaron por entero entregados a la iniciativa de esos profesionales del derecho. En la época republicana, ocasionalmente las *leges publicae* o *leges populi Romani* y los *plebiscita* actuaron como fuentes directas de *ius civile*. En la época tardoclásica, también hicieron lo propio los tipos de *constitutiones principum* (denominados *rescripta* y *decreta*, pero no directamente, sino merced a la incorporación de los principios y de las decisiones contenidos en ellos por la jurisprudencia en el sistema del *ius civile*.

Esta expresión, así entendida, se opone al derecho del *edictum praetoris urbani* (y del *edictum aedilium*), que no es fuente de *ius*, aunque las acciones derivadas de éste resulten recibidas por el edicto, el cual, en el resto, constituye un ordenamiento paralelo concerniente a hechos que el *ius* no considera. Sólo hacia la época clásica tardía, la jurisprudencia se allanó a hablar de *ius praetorium*³² o *ius honorarium*³³. Su fuente principal, por cierto, es el edicto del pretor (o del edil). Pero, en la época republicana, a veces el pretor encuentra un estímulo para establecer derecho edictal en las *leges publicae* o en los *plebiscita*, y en el período clásico alto, además en los *senatusconsulta*, e incluso en las *constitutiones principum*.

3. El derecho, en cuanto rige exclusivamente para los *cives Romani*, también recibe el nombre de *ius civile*; pero él entonces comprende al *ius civile* emanado de las XII Tablas y de la doctrina jurisprudencial, esto es, a aquél en el sentido explicado precedentemente, y asimismo comprende al *edictum*³⁴, tanto en cuanto ambos son propios de los ciudadanos romanos; también se integra en este concepto a las *leges publicae*, los *plebiscita*, *senatusconsulta* y *constitutiones principum*, si se los mira en sí mismos e independientemente de que estas fuentes queden integradas en el *ius civile* o en el *edictum*. En este sentido, la expresión *ius civile* se opone bien a cualquier derecho extranjero (que entonces es civil del pueblo extranjero de que se trate), bien, y sobre todo, al *ius gentium*. Por otra parte esta última expresión aparece entendida en más de un sentido. Pero el que ahora interesa es el de derecho creado en Roma, mas accesible a ciudadanos y extranjeros (*peregrini*). En esta acepción, pues, el *ius*

³¹ D. 1.2.2.5; 1.2.2.6; 1.2.2.12.

³² Gai. 4.84; D. 1.1.7.1; 22.5.14; 29.4.18 pr.; 50.17.27.

³³ D. 1.1.7.1; 1.1.8; 1.2.2.10 y 12; 44.7.52.6; Inst. 1.2.7.

³⁴ D. 1.1.11.

gentium es *ius civile* en el primer sentido o derecho del edicto, sólo que utilizable por no ciudadanos.

Así, por ejemplo, el tipo de fianza denominado *fidepromissio* se dice ser del *ius gentium* y por ende accesible a los extranjeros, aun cuando en realidad es una creación romana (Gai. 3.92-93).

4. La expresión *ius civile*, en fin, también aparece en oposición a *ius naturale*, y entonces significa otra cosa, aproximadamente lo que para nosotros significa "derecho positivo", y así entendida implica al derecho civil emanado de la ley de las XII Tablas y la doctrina jurisprudencial, al edicto (y a las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales considerados en sí), al *ius gentium* y a los derechos civiles de cada uno de los demás pueblos que no son el romano, porque, como es claro, este *ius naturale* alude a una categoría supracultural.

III. *IUS GENTIUM*. 1. Ya hemos indicado una de las acepciones en que esta expresión aparece entendida: (i) derecho establecido en Roma pero aplicable a ciudadanos y extranjeros. Mas también se la emplea en otras acepciones. A veces ella figura designando (ii) las instituciones jurídicas que se encuentran utilizadas en todos los pueblos; este concepto resulta como por comparación de derechos, pues entonces la observación, desde el punto de vista romano, muestra que ciertas instituciones sancionadas en el derecho de Roma también son sancionadas por los derechos de otros pueblos; así sucede con el dominio o con la compraventa³⁵. Una tercera acepción (iii) confunde el *ius gentium* con el *ius naturale*.

2. Estas tres acepciones no carecen de una cierta comunicación entre sí, aunque no sea total. Algunas instituciones del *ius gentium*, entendida la expresión en el primer sentido, pertenecen al mismo considerado en el segundo y aun en el tercero. Así, por ejemplo, ocurre con la ocupación de cosas que carecen de dueño (*occupatio*): ella aparece regulada por el *ius civile* (romano), si bien es accesible a los peregrinos (primera acepción); pero la ocupación es practicada por todos los pueblos (segunda acepción), y es una institución que proviene de la *natura* (tercera acepción).

La identificación entre *ius gentium* y *ius naturale* parece provenir de esta doble consideración: si una institución resulta usada por todos los pueblos, ello se debe a que es natural; si una institución es natural, entonces se explica que aparezca usada por todos los pueblos. En efecto, la naturaleza es común a todos los hombres y no propia de alguna agrupación humana en especial.

³⁵ D. 1.1.5.

3. Pero, como dijimos, esta comunicación no es total.

a) Hay instituciones del *ius gentium* en el segundo sentido (y eventualmente en el tercero) que, sin embargo, reciben una regulación romana que las hace exclusivas del *ius civile*, esto es, accesibles sólo a los ciudadanos, sin perjuicio de que se reconozca la misma institución en cuanto paralelamente regulada por otros derechos civiles. Tal es el caso del matrimonio, que en sí mismo es una figura del *ius gentium*, pero que entre los romanos sólo produce efecto bajo la forma de *iustae nuptiae*, para las cuales, entre otros requisitos, necesario es ser ciudadano romano. Por cierto, un matrimonio entre peregrinos es reconocido en Roma, pero se lo sujeta al derecho civil del pueblo del cual son originarios los cónyuges. En este caso, pues, se presenta una suerte de independencia entre *ius civile* y *ius gentium*.

b) En otros casos, la independencia se produce entre el *ius gentium* y el *ius naturale*. El ejemplo lo proporciona esta vez la esclavitud. Institución practicada por todos los pueblos, entre los romanos no es aceptable que se la considere pertenecer al *ius naturale*, porque la naturaleza hace libres a todos los hombres y sólo una convención artificial introdujo alguna vez la práctica de esta institución. En consecuencia, ella queda incluida en el *ius gentium* pero no en el *ius naturale*³⁶.

4. Para los juristas, sólo reviste importancia dogmática el primer concepto de *ius gentium*. Decir que determinada figura pertenece a él, en efecto, significa la importante consecuencia de que un extranjero pueda celebrar el respectivo acto jurídico de que se trate con un ciudadano romano o con otro extranjero, y que recibirá tutela jurisdiccional en Roma merced a la intervención de los órganos ordinarios por los medios ordinarios. Que una institución reconocida en el derecho romano sea practicada por todos los pueblos o no, o que sea natural o no, carece de otra importancia que no sea académica o teórica.

IV. *IUS NATURALE*. Si ahora nosotros ponemos el acento en la expresión *ius naturale*, entonces resulta que ella siempre se opone a *ius civile*, pero que a veces se confunde con *ius gentium* y a veces se separa de él; todo esto, sin embargo, ya ha sido explicado.

1. La noción de *ius naturale* fue recibida del pensamiento griego por los romanos. Su máximo expositor entre ellos fue Cicerón. En los juristas no se encuentran conceptos generales sobre la materia, salvo en algunas obras didácticas, en donde hallamos los siguientes conceptos:

³⁶ D. 1.1.4; 1.5.4.1; 12.6.64; 40.11.2; 48.2.12.4; 50.17.32.

a) Para Gayo el derecho natural corresponde a aquel que la *ratio naturalis* ha establecido entre todos los hombres, sólo que él lo denomina *ius gentium*, atendida la consecuencia de ser usado por todos los pueblos (por ser natural).

Gai. 1.1 = D. 1.1.9 = Inst. 1.2.1: "...pero lo que la razón natural constituye entre todos los hombres, es observado por igual entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes..." (...quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium...). Este pasaje es un reflejo de la doctrina estoica de la *ratio = natura* que gobierna el cosmos. Gayo dice que es en fuerza de la *ratio naturalis* que adquirimos por tradición y ocupación (Gai. 2.66), nos hacemos dueños de lo cogido a los enemigos (Gai. 2.69; D. 41.1.5.7), de lo que accede a lo nuestro por aluvión (Gai. 2.70; D. 41.1.7.1) y de lo especificado (Gai. 2.79). Que en Gayo derecho de gentes y derecho natural sean lo mismo se demuestra porque dice una vez que la tradición es por *ius naturale* (Gai. 2.65) y otra que es por *ius gentium* (D. 41.1.9.3), después de haber dicho que su fundamento es la *ratio naturalis* (Gai. 2.66).

b) Según Ulpiano, el *ius naturale* es común a hombres y animales y de él procede la conjunción entre macho y hembra, la procreación de los hijos, la educación. Frente a él se encuentra el *ius gentium*, que es el usado por todos los pueblos humanos, de modo que se diferencia del primero en esto: en ser algo exclusivo de los hombres entre sí.

D. 1.1.1.3-4 (cfr. Inst. 1.2 pr.): "Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar y también a las aves. De aquí procede la conjunción del macho y de la hembra, que nosotros llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, parecen tener conocimiento de este derecho./ Derecho de gentes es aquel de que usan todos los pueblos humanos; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél a sólo los hombres entre sí" (*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mare nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, foras etiam istius iuris peritia censerit./ Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recederi facile intelligere licet; quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*). La idea de que ciertos comportamientos comunes a hombres y animales son algo natural estaba muy difundida en las escuelas filosóficas de la época helenística, en especial entre los estoicos, como un aspecto de su general doctrina de la *ratio (= natura)* rectora del cosmos: vid. Cic., *De fin.* 3.19.62; *De offic.* 1.4.1; 1.4.11. Pero esto no significaba que pudiera haber relaciones de derecho entre los hombres y las bestias, y que éstos pudieran cometer injusticia o padecerla, lo que también fue especialmente subrayado por los estoicos en contra de Empédocles y Pitágoras que habían afirmado lo contrario: vid. Diog. Laert. 7.1.129 sobre Zenón; Plut., *Scip. mor. (De solert. anim.)* 4.2. También lo afirma Cicerón, *De fin.* 3.20.67 (*hominum nihil iuris esse cum bestiis*); *De rep.* 3.11.19. Cfr. D. 9.1.1.3 de Ulpiano, quien explica por qué se da la especial *actio de pauperie* (daño causado sin culpa): "porque no puede un animal haberlo hecho con injuria pues carece de razón" (*nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*).

Para Ulpiano, la libertad es de derecho natural.

En efecto, todos los animales nacen libres; entre los irracionales algunos permanecen en su libertad, aunque pueden llegar al dominio de alguien por su ocupación y por domesticación; y entre los racionales también algunos se hacen del dominio de alguien por la esclavitud; pero esta apropiación sólo es de derecho de gentes. En D. 1.1.4 Ulpiano explica tal proceso en relación con la esclavitud.

2. Un concepto específicamente romano de *ius naturale* aparece en Paulo, quien lo define como aquel que "es [siempre] equitativo y bueno" (*quod [semper] aequum ac bonum est*).

Esta idea aparece en el comentario que hace Paulo a la *in iure cessio* para explicar las diferentes acepciones de la palabra *ius* que figura en el nombre de ese modo de adquirir (D. 1.1.11). La expresión *aequum ac bonum* era técnica de algunas fórmulas procesales, en que se ordenaba al juez fallar según "lo equo y bueno" (por ejemplo en la *actio rei uxoriae*), y estaba destinada dicha cláusula a dar una amplia latitud de apreciación y valoración al juez, por lo cual resultaba equivalente a la cláusula *ex bona fide* de las acciones homónimas (compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato, depósito, gestión de negocios, tutela). Paulo, pues, se valió de esta expresión técnica para definir el *ius* en cuanto *ius naturale*; pero el adverbio *semper*, que no quiere decir "inmutable", sino "constantemente", en el sentido de que el derecho natural constantemente es aquel que se adapta a las exigencias de la equidad, aunque ésta pueda variar en el caso concreto, parece ser una interpolación.

3. Fuera de estos conceptos generales, que no suelen ofrecer una incidencia dogmática mayor, en esta materia los juristas son más propensos a hablar de *natura* (o *ius naturale*) para contraponer un régimen jurídico civil a la consistencia de una situación o relación tal cual se presenta al observador antes de ser objeto de las reglas del derecho y que ofrece una estructura independiente de ellas. Así, por ejemplo, para explicar la diferencia entre el parentesco por agnación, derivado del matrimonio legítimo, de la *patria potestas* o de la potestad de marido o *manus*, y aquel establecido por la mera procreación (parentesco de sangre) con o sin matrimonio, Modestino dice que el primero es por derecho civil (*cognatio iure civili*) y el segundo por derecho natural (*cognatio iure naturali*).

D. 38.10.4.2: el parentesco, por ende, puede ser por derecho civil y natural, como entre el padre y el hijo legítimos; por derecho civil sin derecho natural, como entre el padre y el hijo adoptivos; y por sólo derecho natural, como entre la madre y el hijo ilegítimos. En el mismo sentido Gai. 1.156; 1.158.

También hay una *possessio naturalis*, que es el mero hecho de tener una cosa, frente a una *possessio civilis*, que es tenerla con un título dominical; una *obligatio civilis*, consistente en la relación creadora de un *debitum* que permite accionar para exigirlo, y una *obligatio naturalis* o relación creadora de un *debitum* que no es cobrable.

En este sentido, la idea de *natura* o de *ius naturale* significa lo que modernamente queremos decir cuando hablamos de la "naturaleza de las cosas" para indicar aquellos datos prejurídicos cuya estructura

se impone al jurista y al legislador y que el derecho, al acogerlos, no los crea por ende, sino sólo los reconoce; frente a aquellos datos que consisten en una cierta artificialidad o convencionalidad y cuya organización interna y externa depende de una formulación o tipificación jurídicas, como son, por ejemplo, las formalidades de un acto.

Una de las características más salientes del pensamiento jurídico romano estriba precisamente en su constante adaptación a la naturaleza de las cosas.

En ello radica una de las claves de la perdurabilidad del derecho romano. Los juristas de la época moderna percibieron claramente este rasgo esencial suyo cuando terminaron por considerarlo en su mayor parte como la expresión misma del derecho natural, de modo que su trabajo consistiera en depurarlo de todo aquello de convencional o artificial (civil) que ofreciera. Por ello los tratados de "iustitia et iure" o "de legibus" de los escolásticos, o los tratados "de iure naturae" de los jusracionalistas, cuyo punto de partida era el derecho natural, terminaron invariablemente por ser obras de derecho romano, y la pretensión de que los códigos civiles fueran una manifestación del derecho de la naturaleza se convirtió en la elaboración de unas leyes continentales de derecho romano abstraído, racionalizado y generalizado. En Francia, desde la edad media, el derecho romano era denominado "ratio scripta" ("raison écrite"); pero entonces sólo significaba "ius scriptum" ("droit écrit"); desde el S. XVII esa expresión fue reinterpretada en el sentido de "derecho natural de la razón". Todavía en 1804, cuando se discutía el problema de la relación que habría de tener el *Code Civil* con el antiguo derecho y mientras unos proponían que este no fuera derogado frente a quienes deseaban su abrogación, Bigot-Préameneu, uno de los autores del proyecto de nuevo código, partidario de esta segunda postura, dijo, no obstante, que el derecho romano, aunque fuera derogado en cuanto derecho positivo actualmente vigente, habría de conservar para siempre su valor de "ratio scripta".

V. *IUS HONORARIUM (PRAETORIUM)*. Por lo que respecta al *ius civile* en sentido estricto, el aporte externo más original de los romanos estuvo en concebirlo como un derecho de juristas o jurisprudencial, porque, como ya se ha visto, el desarrollo de ese derecho quedó encargado a un estamento de profesionales laicos; en ello radica una de las claves de la superioridad técnico-científica del derecho romano por sobre cualquier otro derecho de la antigüedad. Pero todavía existió en la época clásica una fuente tan importante como la anterior, como fue el *edictum* de los magistrados jurisdiccionales (principalmente del pretor, pero también del edil), cuya configuración no tiene parangón en toda la historia del derecho.

Formalmente el *edictum* era un "bando" que se escribía en tablas de madera pintadas de blanco, de donde también su nombre de *album*, y que se exponía en un lugar público, normalmente el *forum*. Su autor oficial era el magistrado jurisdiccional de que se trataba; pero en realidad él era redactado con la asesoría y la colaboración de los juristas, en un modo que vimos en otro lugar.

El edicto no era una "norma", ya que no contenía preceptos dirigidos a los ciudadanos, sino, al revés, un catálogo y la descripción de los específicos recursos jurisdiccionales (*actiones, exceptiones*) y pa-

jurisdiccionales (*interdicta, stipulationes praetoriae, missiones in possessionem y restitutiones in integrum*) que cada nuevo pretor (que duraba un año en su magistratura) manifestaba estar dispuesto a conceder a quien se los pidiera en determinadas circunstancias. Es equivocado pensar, empero, que el edicto fuera una suerte de código de procedimiento civil en sentido moderno, porque tampoco atañía él a la ritualidad y marcha del proceso. Propiamente el edicto era un instrumento de derecho sustancial o material, sólo que tipificado desde la perspectiva de los antes aludidos recursos jurisdiccionales y parajurisdiccionales.

La importancia del edicto radicó en esto: en que si bien él anunciaba los dichos recursos en cuanto amparados en el *ius civile*, también los contenía sin previo apoyo en ese derecho, de modo de resultar ser creación exclusivamente magistratual, o a lo más insinuados por leyes y plebiscitos y, en el período altoclásico, por los senadosconsultos. En tal sentido, los sucesivos edictos anuales fueron constituyendo un ordenamiento paralelo al *ius civile*, que como encontraba su base inmediata nada más que en la potestad del magistrado, no recibió la consideración de *ius*. Como antes vimos, sólo en el período tardoclásico los juristas se decidieron a calificarlo de tal, y a hablar de *ius honorarium* (ya que la palabra *honor* se empleaba para designar a las magistraturas) y de *ius praetorium*.

Si bien el opuesto directo de *ius honorarium (praetorium)* es *ius civile*, en cuanto aquél es en principio aplicable sólo a los ciudadanos, él forma parte del *ius civile* entendido en el segundo sentido antes estudiado³⁷. Por otro lado, en alguna medida las acciones que contiene el edicto sancionan negocios provenientes del *ius gentium*, y en esa misma medida entonces puede decirse que el ordenamiento honorario forma parte de este último concepto.

VI. *IUS PRIVATUM Y IUS PUBLICUM*. 1. El adjetivo *publicus* designa lo que concierne al *populus*, entendido como la colectividad o corporación de los ciudadanos. El adjetivo *privatus*, antónimo del anterior, señala lo que atañe a las personas consideradas individualmente, es decir, a los particulares.

La palabra más antigua es *poplicus* y quizá *publicus* haya nacido de una contaminación de aquél con *pubes* (= "púber"), ya que sólo los púberes eran ciudadanos propiamente tales. En todo caso, *publicus* viene a ser el adjetivo del sustantivo *populus*. *Privatus* deriva de *privus* = "algo considerado aisladamente, singular, particular"; pero la etimología de este último puede ser **prei-u-os* = "aquel que está adelante" (de los demás) y, por ende, "aquel que está aislado" (de los otros).

³⁷ D. 1.1.11.

Así, por ejemplo, se habla de *via publica*, *ager publicus* o *sacra publica* para designar las calles y carreteras, la tierra o los cultivos del *populus Romanus*; la *res publica* es el *populus* mismo en cuanto ente político; las *res publicae* son las cosas pertenecientes al *populus*; una *lex publica* es la formulada con intervención del *populus* en oposición a la estatuida por particulares entre sí.

Las *leges publicae*, en consecuencia, son las leyes comiciales propiamente tales y los *plebiscita*, que tienen el mismo valor que las anteriores. La "ley privada" es cualquier regulación jurídica de intereses particulares establecida entre particulares, es decir, los contratos (*lex contractus*), los testamentos (*lex testamenti*), las declaraciones vinculantes formuladas en una *mancipatio* y otros negocios formales (*lex dicta*). Pero la expresión *lex privata*, que sería la más genérica, sólo aparece en D. 8.4.13 pr. de Ulpiano.

2. Aplicado este adjetivo a *ius* no tiene un sentido diverso, por lo que primordialmente cualifica a un *ius* que ha sido establecido por el *populus*. Así, en su sentido más auténtico, *ius publicum* es aquel que emanó de una *lex publica* (incluyendo a los *plebiscita*). En el período altoclásico, a aquélla se agregaron los senadoconsultos y las constituciones imperiales como fuentes de derecho público. Originalmente el edicto no recibe este calificativo por la razón de que ni siquiera es considerado como *ius*; pero en el período tardío aparece como público³⁸.

Por lo mismo, *ius privatum* significa un *ius* privada y autónomamente establecido entre partes y para ellas, destinado a regular sus intereses; en otras palabras, aquel que emana de una *lex privata*.

Se observará, pues, que originalmente la distinción *ius publicum-ius privatum* no se refiere a dos clases de derechos cada uno especificado por recaer sobre una materia diversa: la organización, gestión y actuación político-administrativa y las relaciones entre los particulares y la administración ("derecho público"), por un lado; y las relaciones patrimoniales (y familiares) entre los particulares ("derecho privado"), por otro. En efecto, la materia del *ius publicum* y del *ius privatum* es la misma: el *ius* (sustancialmente entendido como derecho patrimonial entre particulares, y en este sentido identificado con nuestro "derecho privado"); y es sólo el modo de ser de la fuente reguladora u ordenadora la que hace público o privado a un derecho; es decir, según se trate de una fuente pública o privada. En consecuencia, todo el ámbito de la organización y gestión político-administrativa queda fuera de la distinción, porque ni siquiera forma parte del *ius*.

³⁸ La ley de las XII Tablas aparece como *ius publicum* en D. 26.7.5.7; 35.2.1 pr. y 39.2.18.1. En D. 35.2.15.1 se trata de la *lex Falcidia*; en D. 27.8.1.9, de un senadoconsulto; en D. 11.7.20 pr.; 26.1.8; 38.1.42 la referencia es al edicto. D. 26.2.20; 27.1.30.3; 27.1.36.1; 35.1.77.3 i.f. y 36.3.12 aluden a las constituciones imperiales.

Lo anterior significa que dicha distinción no consiste en una división de alcance sistemático general ni es abarcadora. Sólo en la medida en que se encuentre una norma pública que estatuya sobre el *ius* se puede hablar de *ius publicum*; y nada más que la negociabilidad jurídico-privada recibe la calificación de *ius privatum*. Fuera de ese ámbito la distinción cesa de tener virtualidad; y así, por ejemplo, ese ámbito la distinción cesa de tener virtualidad; y así, por ejemplo, carecería de sentido o al menos difícilmente sería correcto decir que los juristas escribían obras sobre *ius privatum*, no sólo porque aquéllas no recaían sobre cómo celebrar negocios jurídico, sino, específicamente, porque el *ius privatum* no es escrito por los estudiosos del derecho, sino que se crea en cada caso por los particulares cuando celebran dichos actos. A lo más podría decirse que un jurista solía asesorar a las personas acerca de cómo celebrar un contrato, esto es, de cómo establecer su *ius privatum*; o que solía ser convocado para interpretar un *ius privatum* concreto (las cláusulas de un contrato, por ejemplo). Pero sí es correcto decir que el objeto de estudio de los juristas y el contenido de sus obras era el *ius* (y el edicto). El *ius publicum*, en cambio, tiene un carácter más estático, porque aparece formulado en ciertas fuentes permanentes y generales, como son las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos y las constituciones imperiales. Acerca de esto sí es posible escribir y cabe, desde luego, su interpretación; más aún, a partir de la última etapa clásica, es objeto constante de tramamiento por los juristas.

Si bien todo *ius publicum* desciende de las mencionadas fuentes, lo inverso no es verdad: que todo lo establecido en esas fuentes sea *ius publicum*; en efecto, en ellas suele estatuirse sobre asuntos que exceden la esfera del *ius*, y, por ende, no cabe aplicarles el calificativo de *ius publicum*. Por lo demás, en la época republicana puede decirse que normalmente las leyes y los plebiscitos, y siempre los senadoconsultos, se abstienen de tratar materias jurídicas, porque más bien conciernen a temas políticos, administrativos, financieros, internacionales, etc.

Conectado con el concepto clásico de *ius publicum* se encuentra el *ius legitimum*. Normalmente significa "derecho contenido en una *lex*"³⁹, ya que *legitimus* es adjetivo derivado de aquella palabra.

3. Entendida la noción de *ius publicum* como la regulación de origen público recayente sobre las relaciones privadas, se entiende el principio, diversamente formulado en las fuentes, de que "el derecho público no puede ser mudado por los pactos de los particulares" (*publicum ius privatorum pactis mutari non potest*)⁴⁰. El significa, pues, que si en una materia jurídica que los particulares pueden regular

³⁹ Por ejemplo en Gai. 2.148-149; 3.36-37, con alusión a la sucesión intestada de las XII Tablas. También D. 29.4.1.9; 36.1.6.1; 37.1.6.1; Inst. 2.23.10.

⁴⁰ D. 2.14.38; 11.7.20 pr.; 26.7.5.7; 27.8.1.9; 35.2.15.1; 38.1.42; 50.17.27; 50.17.45.1. Cfr. 2.14.7.14; 2.14.42; 23.4.5 pr.; 39.1.1.10; 47.22.4.

libremente mediante sus acuerdos, incide alguna norma pública que establece un ordenamiento determinado, ésta debe ser respetada en dichos acuerdos; y no puede ser cambiada; de este modo el derecho público crea un límite a la autonomía en que consiste el derecho privado.

4. En las fuentes se insinúa una diferente versión de la distinción, que ya es más cercana a la nuestra (porque en realidad deriva de aquélla). Dicha versión aparece en un celeberrimo pasaje del Digesto atribuido a Ulpiano, en donde se dice que el estudio del derecho tiene dos *posiciones: publicum et privatum*; y que es *ius publicum* "el que mira al estado de la cosa (pública) romana", mientras que privado "el que (mira) a la utilidad de los particulares" (*publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat privatum, quod ad singulorum utilitatem*). El primero, a su vez, aparece como el concerniente a los *sacra (publica)*, a los sacerdotes y a los magistrados; y el segundo, como integrado por preceptos de derecho natural, de gentes y civil ⁴¹.

La autenticidad ulpiana de este pasaje ha sido muy discutida. Independientemente de ello, este texto constituye la fuente de nuestra distinción entre derecho público, entendido como el derecho de la organización y gestión de los entes político-administrativos, y derecho privado, como aquel de las relaciones disponibles entre particulares. Nuestro actual concepto de "normas de orden público", en cambio, se acerca un tanto al concepto clásico de *ius publicum*.

VII. *IUS COMMUNE. IUS PROPRIMUM*. 1. La expresión *ius commune* no tiene un alcance general en el lenguaje técnico-dogmático de la jurisprudencia y no se emplea, pues, para designar ningún completo estrato del derecho romano civil (en sentido amplio); pero es usada instrumentalmente en situaciones concretas, cuando aparece un determinado derecho de aplicación general a todos los ciudadanos, en oposición a un derecho, bien especial, bien privilegiado o singular, que en consecuencia es aplicado excepcionalmente. Este último no es llamado *ius proprium*, que sería el término exactamente opuesto.

La expresión *ius commune* parece haber empezado como técnica para designar el derecho ordinario del testamento frente al derecho singular del mismo válido para los militares. Un ciudadano cualquiera testa, pues, "por derecho común", pero un militar puede testar "por derecho militar o de la milicia" (*iure militari o iure militiae*). Vid. D. 28.3.7; 28.6.13; 29.1.3; 29.1.11 pr.; 29.1.20 pr.; 29.1.25; 29.1.34.1; 29.1.36.3; 29.1.36.4; 29.1.38.1; 29.7.8.4; 49.17.17.1. Mas terminó por ser empleada fuera de este ámbito, en forma difusa, perdiendo su sentido técnico original, para situaciones análogas, aunque siempre específicas, consistentes en regímenes de excepción enfrentados con uno general: vid. D. 2.14.7.16; 4.4.12; 17.1.56 pr.; 17.59.4; 35.1.78 pr.; 38.4.11; 46.1.51.4; 47.10.6; 49.14.37. Un derecho puede ser excepcional él mismo, pero ser calificable de común si frente a otro resulta más excepcional aún. Así, por ejemplo, en D. 4.4.12, en donde el *ius commune* está representado por el derecho de

⁴¹ D. 1.1.1.2 = Inst. 1.1.4.

la *restitutio in integrum* en favor de los menores de 25 años (que ya es excepcional) frente al derecho de la *actio restitutoria* que se da al acreedor vencido por la *exceptio senatusconsulti Vallensium* (que es un régimen excepcionalísimo). Como consecuencia de todo lo anterior, no se puede hablar a priori "del" derecho común, sino decir que, en tal caso, determinado régimen concreto resulta ser común en relación con otro. Sólo Gayo una vez denomina, técnicamente, *ius proprium* al derecho testamentario privilegiado de los militares (D. 29.1.2); y si bien la expresión, en el mismo contexto de relación, vuelve a aparecer en PS. 3.4a.3, es alif de hechura postclásica.

2. Fuera del ámbito precedentemente descrito, por influencia de la filosofía griega, Gayo y Ulpiano, con una cierta pretensión técnica, emplean la dicotomía *ius commune-ius proprium* para distinguir a los derechos suprapositivos (natural o de gentes) del *ius civile* (en sentido amplio).

a) Gayo se fijó en el hecho de que cada pueblo se rige en parte por un derecho elaborado por él mismo, y en parte por un derecho común a todos los hombres. El primero es el civil de cada pueblo, que entonces resulta ser "propio" de él; y el segundo es el que la razón natural enseña a todos los hombres, que entonces resulta ser "común" a todos los pueblos ⁴².

D. 1.1.9 (vid. Gai. 1.1; Inst. 1.2.1): "Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres, usan un derecho en parte suyo propio y en parte común a todos los hombres. Pues lo que cada pueblo por sí mismo se constituye como derecho, es propio de la misma ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio de la misma ciudad; lo que, en cambio, la razón natural constituye entre todos los hombres, es observado por igual entre todos y se llama derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes" (*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure gentes utuntur*). Cfr. D. 41.1.1 pr. El texto transcrito jugó un papel de primera importancia en la doctrina política de la edad media: sirvió para fundar la tesis de que las ciudades (después los reinos) podían darse un derecho para sí mismas (*iura propria*) frente al derecho del imperio (es decir, al romano: "*ius commune*").

b) También Ulpiano emplea la distinción *commune-proprium* en este ámbito cuasifilosófico. Para este jurista el derecho natural y el de gentes son *iura communia*: el primero, en efecto, es común a todos los animales ⁴³; el segundo lo es a todos los hombres ⁴⁴.

Aunque podría decirse que uno es más común que el otro; lo cual Ulpiano expresa de esta manera: el derecho natural "no es propio del género humano sino de

⁴² De este modo, la *patria potestas* es una institución propia de los romanos (Gai. 1.55; D. 1.6.3); también la potestad de la *manus* (Gai. 1.108), la *mancipatio* (Gai. 1.119), la *in iure cessio* y la *usucapio* (Gai. 2.65), la *sponsio* (Gai. 3.93).

⁴³ D. 1.1.1.3-4.

⁴⁴ D. 1.1.1.4.

todos los animales" (*non humani generis proprium est, sed omnium animalium*: D. 1.1.1.3); y agrega: el derecho de gentes "es común sólo entre los hombres" (*solis hominibus inter se commune est*: D. 1.1.1.4).

El derecho civil, en cambio, es estrictamente *ius proprium*, porque se forma añadiendo o detrayendo algo a los derechos comunes (natural o de gentes) 45.

El origen de esta terminología común-propio aplicada a lo jurídico se remonta a Aristóteles, quien había distinguido entre la "ley propia" (*idios nomos*) y la "ley común" (*koinos nomos*), entendiéndolo por la primera a la que rige los asuntos de cada ciudad y que éstas se constituyen para sí mismas; y por la segunda, a la que permanece siempre y en todo lugar y que es admitida por todos los hombres (Arist., *Rhet.* 1.10-1368b; 1.13-1373b; 1.15-1375a). De este filósofo pasó al pensamiento ordinario de las escuelas de la época helenística e imperial: vid. Diog. Laert., *Zeno* 7.88; 10.152; Plut., *De Alex. fort. et virt.* 1.6; Corn. Nepos, *Themist.* 7.4; Quint., *Inst. orat.* 12.2.3; Marc. Aurel., *Solit.* 4.4.

VIII. *IUS SINGULARE. PRIVILEGIUM*. 1. Según la definición de Paulo, es derecho singular (*ius singulare*) aquel "que ha sido introducido por autoridad del constituyente en contra del tenor de una razón (entiéndase: del derecho regular) en mérito de alguna utilidad" (*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*) 46. La expresión no designa, sin embargo, una categoría o estrato del íntegro derecho, sino que es usada para calificar regímenes concretos. El rasgo característico de un *ius singulare* estriba no en carecer de una *ratio*, sino en que la suya contradiga las *rationes* del derecho regular.

El concepto es, pues, relativo y aparece de comparar una determinada disciplina con otra, de cuya comparación resulta ser esta última regular y singular la primera. Se supone que el derecho calificado de regular consiste en un sistema de principios, premisas y criterios coherentes, con los cuales el régimen que aparece como singular está en contradicción bajo algún respecto, aunque se justifique por una razón de utilidad. Un ejemplo característico de derecho singular expresamente calificado así está dado por el régimen sucesorio de los militares, en especial por el concerniente a la manera de hacer sus testamentos (D. 29.1.2), ya que los soldados pueden otorgarlos como quieran, sin sujeción a las formas del derecho civil o pretorio, que vienen a constituir el derecho regular. También el derecho de los codicilos es calificado de singular (D. 29.7.2.2), lo mismo que el *ius postliminii* (D. 41.2.23.1). Vid. asimismo: Gai. 3.114 (ciertas singularidades de la *adstipulatio*); D.12.1.15 (en el *munus*); D. 40.5.23.3 (en la libertad fideicomisaria); D. 41.2.44.1 (en el *peculio*); D. 41.3.44.3 (en la usucapción). Distinto del singular es un derecho especial, cuyo opuesto de referencia sería un derecho general. La diferencia está en que aquél no contradice la lógica interna de éste, ya que se limita a considerar hipótesis aceptadas por el derecho general que se regulan de manera diferente pero congruente con el sistema. Así, por

45 D. 1.1.1.4.

46 D. 1.3.16.

ejemplo, entre los delitos se pueden distinguir los generales, que comete cualquier ciudadano, de los especiales, sólo perpetrables por los militares (como la desertión). A este respecto vid. D. 49.16.2 pr., en donde la distinción general-especial, sin embargo, viene expresada atécnicamente como *communis proprium*.

La importancia teórica que ofrece el concepto está en las limitaciones a que se encuentra sometido el *ius singulare*. En primer lugar, a una materia regida por un derecho así nunca es posible aplicarle las reglas del derecho regular.

D. 1.3.15: "En aquellas cosas que han sido constituidas en contra de la razón del derecho, no podemos seguir una regla del derecho" (*In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*). Originalmente este texto de Juliano trataba de la sucesión pretoria de acuerdo con el testamento de los militares; y éste constituía un régimen singular, en que las reglas ordinarias del derecho civil quedaban derogadas. Este estatuto de los militares aparece como una disciplina establecida "en contra de la razón del derecho", se entiende que civil y pretorio; y la conclusión de Juliano era que en lo así establecido no podían aplicarse las reglas del derecho, también se entiende que civil y pretorio. De hecho, el derecho sucesorio singular de los militares fue construido por la jurisprudencia sobre la base de no aplicar las reglas ordinarias a la sucesión de los militares, tomando como punto de partida unas sencillas normas positivas establecidas por constituciones imperiales, que se limitaban a permitir que los militares hicieran testamento como quisieran (D. 29.1.1 pr.). Aunque no aparezca dicho en las fuentes expresamente, a una materia regida por un derecho especial, en cambio, sí es posible aplicarle las reglas del general, en todo lo no regulado por el especial.

En segundo lugar, un *ius singulare* no permite argumentar por analogía o asimilación fuera del ámbito de su vigencia, es decir, para aquel en que rige el derecho regular.

D. 1.3.14 = 50.17.141 pr.: "Pero lo que ha sido recibido en contra de una razón del derecho no debe producir consecuencias" (*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*). Al parecer este texto estaría relacionado con D. 41.2.1.16, en que Paulo recordaba una *regula* de los antiguos juristas (*veteres*) a propósito de la cual se discutía si "deba alargarse" (*longius producenda sit*), es decir, extenderse a otros casos. Cfr. D. 50.17.162: "Las cosas que han sido recibidas por una necesidad no deben ser esgrimidas como argumento" (*Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*). Cfr. D. 9.2.51.2: "Mas puede ser probado con innumerables casos, que muchas cosas hay en el derecho civil que han sido recibidas en contra de la razón de disputar, en pro de una común utilidad" (*Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest*). En todo caso, no es que del derecho singular no se pueda argumentar por analogía absolutamente, porque los casos singulares comprendidos por la *ratio* singular quedan también regidos por la regla singular que esa *ratio* justifica, aunque no estén comprendidos expresamente en dicha regla; lo que se impide es extender por analogía una norma singular a una hipótesis no singular. Así, por ejemplo, la jurisprudencia razona por analogía en materia de testamentos militares, pero nunca aplica por analogía una regla testamentaria de los militares al testamento de un no militar.

2. Una especie de *ius singulare* es el *privilegium*, entendido como regla o norma dada para una persona particular.

La palabra es un compuesto de *privus* y *lex*. La ley de las XII Tablas (9.1) prohibía dar privilegios (*privilegia ne invogant*; Cic., *De leg.* 3.4.11); pero entonces la palabra significaba "la ley en contra de un particular" (*in privatos homines*; Cic., *De leg.* 3.19.44-45). En época clásica, por *privilegium* se entiende cualquier régimen de excepción concerniente a una categoría de personas (por ejemplo, el privilegio testamentario de los militares (D. 29.1.20.1), o al fisco (D. 50.1.10)). Como siempre se trata de un régimen favorable, atendida la vieja prohibición deconvirnal de emitirlos en contra, la palabra terminó por adquirir el sentido de estatuto ventajoso que todavía tiene hoy entre nosotros. Un significado especialmente técnico adquirió bajo la forma de *privilegium exigendi*, es decir, la preferencia que tienen ciertos acreedores para pagarse de sus créditos en la masa concursada del deudor, antes que otros.

3. Los juristas a veces emplean la palabra *beneficium* para designar algún régimen del edicto, las leyes o las constituciones imperiales favorable a ciertas personas, aunque la palabra no tenga significado técnico.

Así, por ejemplo, Gayo habla del *beneficium legis Corneliae* para describir la disposición de esta ley que prohibió a una misma persona salir como fiadora de un mismo deudor respecto de un mismo acreedor por más de 20.000 sesteracios en el curso de un año (Gai. 3.124). También habla de *beneficium legis Falcidiae* con relación a la norma de esa ley que impedía destinar a legados más de tres cuartos de la herencia, de modo de reservar un cuarto al menos para el heredero (D. 29.4.18.1; 34.9.23; 35.2.77; 36.1.65.11). El *beneficium aetatis* es el recurso pretorio de la *restitutio in integrum* en favor de los menores de 25 años (D. 4.4.7.5; 4.4.29.2; 4.4.42), etc.

IX. *IUSTITIA, IURISPRUDENTIA*. 1. La *iustitia* es considerada por Ulpiano como una virtud de carácter volitivo, ya que la define como "una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho" (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)⁴⁷. Esta noción fue recogida de modelos griegos y adaptada a las exigencias del derecho (*ius suum tribuendi*).

En el pensamiento griego generalmente se habla de atribución de la *axia* - *dignitas*, entendida como todo aquello que conviene a alguien (aquello de lo cual es digno), de donde que Cicerón (*De inv.* 2.53.160; cfr. *De offic.* 1.14.42) define la justicia como "hábito del alma... que atribuye a cada cual su dignidad" (*habitus animi... suam cuique tribuens dignitatem*). Lo específicamente romano en la definición de Ulpiano radica en haber sustituido *dignitas* por *ius*.

La justicia es virtud en cuanto consiste en una voluntad o hábito permanente en el tiempo (perpetua) y respecto de todos (constante), de modo que no es justo el que da su dignidad o derecho a unos y no a otros, o en un solo caso, etc. Pero como virtud volitiva que es, la justicia no es capaz de enseñar qué es lo dable a cada cual; esto es, enseñar o indicar el *ius* que deba ser atribuido, y antes bien supone que éste ya exista y que sea cognoscible para poder atribuirlo en ejercicio de la justicia. Por lo cual no puede decirse que el funda-

⁴⁷ D. 1.1.10 pr. = *Iust.* 1.1 pr.

mento ni la finalidad del *ius* sea la justicia. En rigor, ésta pertenece al orden moral, no al jurídico.

2. La determinación de qué o cuál sea el *ius* pertenece al orden estrictamente intelectual, y constituye por ende una ciencia, que recibe el nombre de *iurisprudentia*. También es Ulpiano quien la define con estas palabras: "ciencia de lo justo e injusto" (*iusti ac iniusti scientia*)⁴⁸.

La palabra *scientia* deriva del verbo *scire* = "saber, conocer". Lo justo y lo injusto es el objeto específico de la jurisprudencia; pero, según Ulpiano, ella tiene como presupuesto "una información general de las cosas divinas y humanas" (*divinarum atque humanarum rerum notitia*; D. 1.1.10.2). Esta última idea también es griega y corresponde al ideal de educación general (humanística diríamos hoy día) que cualquier especialista debe poseer, además de dominar la ciencia específica de que se trate.

Esta *iuris civilis scientia*⁴⁹ tiene también una dimensión agible o técnica, pues consiste además en una pericia de cómo operar en el ámbito de las relaciones en que el derecho incide, esto es, en saber cómo hacer las cosas para que resulten adecuadas al *ius*; de donde que Celso haya definido a éste (no como fenómeno en sí sino como conocimiento) cual "un arte de lo bueno y equitativo (en realidad: *ecuo*)" (*ars boni et aequi*)⁵⁰.

La palabra *ars* - "arte" traduce al término griego *techné* = "técnica", y aquí significa destreza operativa. En Cicerón, como vimos, *ars* asumió otro sentido que ya tenía también en el lenguaje griego especializado. La definición de Celso vuelve a emplear la fórmula *aequum bonum* del vocabulario jurídico romano. En cuanto *ars*, el derecho encuentra su presupuesto moral en la virtud de la *prudentia* (*phronesis*) o conocimiento de las cosas que se deben hacer y de las que no se deben hacer o evitar; y de ahí la palabra *iurisprudentia*.

X. *AEQUUS Y AEQUITAS*. 1. Los juristas romanos dispusieron de otra palabra para indicar al "derecho"; se trata del adjetivo *aequus* ("ecuo") que a veces emplearon bajo la forma adverbial *aeque* ("ecualmente"). En la antes mencionada definición del derecho como "arte de lo bueno y ecuo" (*ius est ars boni et aequi*) aparecen combinadas ambas palabras, pues mientras *ius* designa ahí al "derecho" como un saber (técnico), *aequus* lo designa como objeto de ese saber.

La palabra *aequus-a-um* significa propiamente "lo igual", en el sentido del atributo de aquello que no presenta u ofrece desniveles; significa, pues, "plano", tanto en el sentido real, según ocurre en un terreno plano, como figurado, que se da al comparar dos masas de peso igual, que determinan el estado "plano", o sea horizontal, de los

⁴⁸ D. 1.1.10.2.

⁴⁹ D. 1.2.2.35; 1.2.2.40; 45.1.91.3.

⁵⁰ D. 1.1.1 pr.

plattos de la balanza que sirve de instrumento para la comparación. A partir de estos dos sentidos, todavía materiales o físicos, la palabra adquirió el sentido moral de igualdad de atribución o retribución; y con ello terminó por significar lo mismo que *ius*.

Sin embargo, había un pequeño matiz de diferencia que es posible apreciar en el lenguaje de los juristas. Si bien *ius* y *aequus* sustancialmente significan lo mismo, aquéllos empleaban la última palabra (o *aeque*) para designar "lo igual" aún no formalizado, como si dijéramos, en lenguaje moderno, todavía no "positivizado". Algo era *ius* para un jurista, pues, si le resultaba posible apoyar su dictamen en alguna fuente vigente; en caso contrario, sólo era *aequus*. Pero en ambos casos la sustancia de la decisión obedecía a criterios objetivos derivados de la igualdad o proporcionalidad de la atribución o retribución de cosas exteriores. La diferencia, en consecuencia, provenía de la preexistencia o no de una suerte de descripción en fuentes socialmente aceptables.

Examinemos un ejemplo tomado de D. 3.5.20 pr. que nos transmite el siguiente *responsum* de Servio: tres ciudadanos romanos fueron hechos prisioneros, y celebraron entre sí y con sus captores el siguiente convenio: que uno de ellos sería dejado en libertad para que fuese por el dinero exigido como rescate por los tres, y que si no retornase, los otros dos pagarían el rescate incluyendo la parte del tercero dejado en libertad. Ocurrió que este último no volvió y los otros dos pagaron el rescate por todos. Servio había respondido ser *ecuo* que el pretor diese una acción en contra del tercero por quien los otros dos pagaron su rescate, se entiende que para el reembolso de la cuota que a él le hubiera correspondido pagar y que fue pagada por los otros dos. El problema de fondo era el siguiente: que cuando los prisioneros acordaron lo que se ha relatado, habían sufrido *capitis deminutio* por haber sido capturados por el enemigo; en consecuencia, su convenio carecía de valor ante el *ius civile*. Pero el hecho fue que el tercero dejado en libertad se vio beneficiado por el pago de los dos rehenes restantes; cuando todos volvieron a Roma recobraron su anterior estado de ciudadanos libres, pero como el *ius postliminii*, aunque operaba con efecto retroactivo, no validaba lo actuado durante el estado de cautividad, no había posibilidades de invocar el convenio, quizá como mandato, para obtener el reembolso por haber sido celebrado entre esclavos. El texto de D. 3.5.20 pr. originalmente figuraba en la parte del comentario al edicto de Paulo en donde éste trataba de la *negotiorum gestio* y, sin entrar ahora en mayores detalles técnicos, parece que podemos aceptar que el dictamen de Servio había consistido en reducir la figura precisamente a una gestión de negocios de los dos rehenes en favor del tercero liberado y en conferir, por ser *ecuo*, la *actio negotiorum gestorum* en favor de aquéllos y en contra del tercero, para por tal vía obtener el reembolso. En este texto, lo *ecuo* de la decisión radica en que si el convenio hubiera sido celebrado entre personas dotadas de libertad y ciudadanía, y en conformidad con las reglas del derecho civil, habría producido plenamente los efectos de un mandato de dos de los intervinientes al tercero y de una obligación solidaria de aquéllos frente a los captores; de guisa que el incumplimiento del mandato habría obligado al mandatario al reembolso en favor de sus mandantes. La operación, por las circunstancias indicadas, no podía producir tales efectos sin embargo. Mas, una vez eliminadas las categorías artificiales del derecho, todavía permanecía una relación puramente natural, digámoslo así, a causa de la cual uno de los sujetos había resultado beneficiado por el acto de los otros; y ello conducía a un restablecimiento de la igualdad, con el recurso a la acción de gestión de negocios ajenos.

Los juristas decían de algo ser *ecuo* (*aequus*) o de serlo *ecualmente* (*aeque*), pues, cuando se trataba de fundar una decisión no en el *ius* establecido, sino en un criterio sustancial de igualdad conmutativa que era sin embargo el mismo que inspiraba al *ius* en medio de sus elementos puramente accidentales, como, por ejemplo, las formalidades. Así entendido este concepto, él se nos aparece como una fuente creadora mediata de *ius*. En efecto, la doctrina de los juristas (su fuente inmediata) podía ser aceptada por el pretor, o bien por los demás juristas, o incluso por el juez, y entonces entraba en la corriente general del proceso de formación de nuevo derecho en Roma. En consecuencia, sustancialmente no había diferencia entre lo *aequum* y lo *iustum*.

2. Desde la época de Cicerón, y tal vez por influencia suya, se extendió en el vocabulario latino el uso de la palabra *aequitas*, derivada de *aequus*, por lo que esencialmente ella significa "igualdad". No fue, empero, muy usada por los juristas, quizá por haber tempranamente adquirido un cierto sabor retórico. De su autenticidad original, en efecto, las más de las veces hay que dudar cuando aparece en las fuentes.

Sin embargo, Cicerón dio dos descripciones de la *aequitas* en un modo que hubiera sido aprobado por los juristas, porque lo hizo ciñéndose a la idea que ellos tenían introducida en el vocablo originario (*aequus*). La primera reza así: "El derecho civil es una equidad constituida para aquellos que pertenecen a una misma ciudad, dirigida a que cada cual obtenga lo que le corresponde; si el conocimiento de su equidad es útil para ellos, útil les es, por lo tanto, el conocimiento de la ciencia del derecho civil" (*Ius civile est aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas optinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia*)⁵¹. Aquí el *ius* no aparece como algo sustancialmente distinto de la *aequitas*, y la diferencia es meramente formal, representada por la "constitución" de aquélla; o, como diríamos en términos nuestros, por su positivización (*aequitas constituta*). Fuera de ello, la equidad también está encaminada, pero objetivamente, no en el sentido de la virtud volitiva de la justicia, a que cada cual obtenga lo suyo (*ad res suas optinendas*); finalmente, del conocimiento de la equidad como algo útil, Cicerón deduce también como útil el conocimiento de la ciencia del derecho civil, que entonces aparece como un reflejo de aquélla.

La segunda descripción ciceroniana que nos interesa figura a propósito de la explicación del tópico argumentativo denominado *ex comparatione*: "Valen todos los argumentos obtenidos de una comparación, como son los siguientes: 'lo que vale en una cosa mayor, valga

⁵¹ Cic., Top. 9.

en la menor'... También al contrario: 'lo que vale en lo menor, valga en lo mayor'... También: 'lo que vale en una cosa par (igual), valga en aquella que es par'... Valga la equidad, que en las causas pares pide un derecho par" (*Ex comparatione autem omnia valent, quae pares huius modi: quod in re maiore valet, valet in minore... Item, contra: quod in minore valet, valet in maiore... Item quod in re pari valet, valet in hac, quae par est... Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*)⁵². El mencionado tópico, en consecuencia, resulta descompuesto en tres argumentos: *a minore*, *a maiore* y *a pari*; pero al final Cicerón se eleva a lo que considera la fuente última del argumento: la equidad, que postula unos derechos pares (*paria iura* = derechos iguales) en los casos iguales (*paribus in causis*). De este modo, en efecto, la equidad aparece como fuente de derecho, en el sentido en que la vemos funcionar entre los juristas.

XI. LA INTERPRETACIÓN. 1. La expresión *interpretatio iuris* significa la labor jurisprudencial consistente en la creación de nuevo derecho civil⁵³, y en este sentido es totalmente ajena a nuestra palabra "interpretación", al menos en su significación ordinaria. La palabra *interpretatio*, en cambio, con referencia a la ley, los Senadoconsultos u oraciones y constituciones imperiales y al edicto (*interpretatio legis, senatusconsulti, orationis, constitutionis, edicti*), designa algo más cercano a lo que nosotros entendemos bajo la misma, esto es, la operación dirigida a establecer el sentido y alcance de una disposición normativa.

Los juristas no formularon una teoría general y abstracta sobre la interpretación, y se limitaron a practicarla, callando sobre los fundamentos de su método, los cuales, sin embargo, son perfectamente discernibles. Fue por ello y con base en la experiencia interpretativa que aparece abundantemente en el Digesto, que los juristas medievales construyeron propiamente la moderna doctrina de la hermenéutica legal.

Esta experiencia se refleja, como de costumbre, en la casuística, porque los juristas no interpretaban en abstracto las leyes, sino enfrentándolas con una multitud de situaciones reales o imaginarias, para determinar así en concreto su ámbito de acción. Normalmente, después de terminada la operación la ley aparecía como reformulada por la jurisprudencia e irreconocible para sus autores; la técnica principal era la ampliación y la restricción. Aquí sólo podemos exponer los aspectos más generales del método de los juristas.

2. Para los efectos hermenéuticos, la ley (y lo propio vale para las demás fuentes oficiales) no es entendida unitariamente, sino que

⁵² Cic., *Top.* 23.

⁵³ Gai. 3.15; D. 50.16.246.1.

aparece descompuesta en tres elementos: su *sententia* o *mens*, que podemos vertir como "sentido"; su *littera* o *scriptura*, equivalente a su "tenor literal"; y en tercer lugar su *ratio* (que nosotros llamamos "espíritu")⁵⁴ o sustitativamente su *voluntas*. De todos estos elementos, el principal es la *ratio*, que podemos definir como la finalidad objetiva de la regulación legal; y, sin embargo, él tiene un carácter instrumental, porque sirve para la determinación de la *sententia*, que es el verdadero objetivo de la interpretación. En efecto, la ley, en esta materia, no es un tenor literal, sino su sentido, el cual puede ser congruente con la letra, pero también incongruente por exceso o por defecto. Ahora bien, esta incongruencia sólo es posible determinarla mediante la finalidad o razón. El proceso hermenéutico, en consecuencia, consiste en conocer las razones de la ley para así delimitar el exacto alcance de sus hipótesis de aplicación; estas hipótesis no necesariamente coinciden con las que describen sus palabras⁵⁵; y de ahí la necesidad de hacer recurso a una *sententia*, que por ende designa las que son verdaderas hipótesis de aplicación.

3. Como, empero, el fenómeno inmediato con que se enfrenta el intérprete es un texto con determinado sentido, cabe colocarse en el supuesto de que la *sententia* de la ley sea aquella que se desprende inmediatamente de sus palabras o tenor literal; ello se demuestra ser verdadero cuando ningún caso para el que vale su razón queda fuera del alcance de dicho tenor, ni ningún caso para el que la razón no vale queda dentro del mismo. Esto significa, así, que las hipótesis prescriptivas que eran funcionales a la finalidad de la ley, fueron perfecta y congruentemente descritas con las palabras empleadas, y entonces el sentido de la ley se confunde con el sentido de sus palabras; en tales circunstancias no cabe más que aplicar el texto, porque al mismo tiempo se está aplicando su sentido y se está satisfaciendo a su razón. Nosotros (en realidad los comentaristas medievales) llamamos "interpretación declarativa" a este resultado hermenéutico.

Un ejemplo en D.11.7.2.1 de Ulpiano: "El que sepultó un muerto en un lugar ajeno o cuidó de enterrarlo, quedará obligado por la acción *in factum*. Por <la expresi-

⁵⁴ Es la denominación introducida por Jean Domat, de la que usa profusamente en el *Traité des lois* (1689) y en *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689). Quizá le haya sido inspirada por la contraposición que hace San Pablo entre "letra" (*gramma-littera*) y "espíritu" (*pneuma-spiritus*) en el célebre pasaje de II Cor. 3.6: "la letra mata, mas el espíritu vivifica" (*littera enim occidit, spiritus autem vivificat*).

⁵⁵ D. 50.16.6.1: "La expresión 'en virtud de las leyes' ha de ser entendida así: tanto en virtud del sentido como de las palabras de la ley" (*Verbum 'ex legibus' sic accipiendum est: tum ex legum sententia quam ex verbis*). D. 1.3.17: "Saber leyes no es retener sus palabras, sino la fuerza o potestad" (*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*); el giro *vis ac potestas* alude aquí al sentido o poder semántico.

sión> 'en el lugar de otro' debemos entender ya sea en un campo, ya en un edificio. Pero esta expresión confiere la acción al dueño, no al poseedor de buena fe, porque cuando dice 'en el lugar de otro' parece sentir al dueño, es decir, a aquel de quien es el lugar'. (*Qui mortuum in locum alienum intulit vel inferri curavit, tenebitur in factum actione. In locum alienum accipere debemus sive in agro sive in aedificio. Sed hic sermo dominum sentire, id est eo cuius locus est*). Ulpiano interpreta aquí la rúbrica edictal sobre enterramiento en lugares ajenos, en que se promete una acción contra el ilícito inhumador. Pero ¿en favor de quién? La respuesta la encuentra Ulpiano en la expresión "en el lugar de otro" usada en la rúbrica edictal, y la interpreta como significante de "en el lugar perteneciente al dominio de otro", con lo cual queda excluido el poseedor de buena fe como legitimado activo para la acción, porque no es dueño. Ahora bien, esta interpretación sólo se entiende bajo el supuesto de que la finalidad del edicto fuera evitar no el enterramiento en un lugar cualquiera (caso en el cual la fórmula hubiera sido muy amplia, y habría incluido los enterramientos en lugares destinados a la inhumación), sino en un lugar perteneciente a otro (lo cual necesariamente implica no estar destinado a la inhumación el lugar); pero si tal fue la finalidad, las palabras empleadas por el edicto fueron congruentes con aquélla.

Supuesto el conocimiento de la *ratio*, puede ocurrir que un caso quede comprendido en el sentido arrojado por las palabras legales, y que, sin embargo, la razón o finalidad no valga para él; en tal evento se dice que el caso está fuera de la *sententia* y la ley no se le aplica; la operación conduce entonces a una restricción del texto (y decimos "interpretación restrictiva").

Un ejemplo en D. 37.14.6.2 de Paulo: "Aunque en la ley no esté exceptuada ninguna persona, se ha de entender, sin embargo, que la ley sintió a los que pueden tener hijos; y así, si alguno hubiere obligado con juramento a un liberto castrado, debe decirse que el patrono no es castigado por esta ley" (*Quamvis nulla persona lege excipitur, tamen intellegendum est de his legem sentire, qui liberos tollere possunt. Itaque si castratum libertum iuraverit, dicendum est non puniri patronum hac lege*). El jurista se refiere aquí a la *lex Aelia Sentia*, que, entre otras cosas, prohibió, bajo ciertas penas, que el patrono obligara a su liberto a prometerle no casarse o no tener hijos. Tal promesa interesaba a un patrono, porque, a falta de herederos intestados *sui* (entre los cuales se cuenta principalmente a los hijos), la herencia del liberto era deferida al patrono; la ley quiso evitar el abuso derivado de este interés, consistente en exigir la dudada promesa. Paulo se propone el caso de un liberto castrado que hace la promesa prohibida a su patrono. Verifica en primer lugar que la ley no hace excepciones, y que, en consecuencia, ese patrono en principio tendría que caer bajo sus efectos; pero añade, acto seguido, que, como la ley se entiende haber sentido (*sentire*) de los que pueden tener hijos, cual no es el caso del liberto castrado en examen, no se debe penar al patrono. Para el jurista, pues, la verdadera *sententia* consistía en prohibir la exigencia de jurar no tener hijos a quien estuviese en condiciones de poder tenerlos.

Al revés, puede suceder que un caso no quede comprendido en el sentido que arroja el tenor literal legal, no obstante que su razón conocida valga para él en cuanto también debería afectarle el mandamiento o la prohibición; esta situación implica que dicho caso está dentro de la *sententia* aunque fuera de su *littera*, por lo cual la ley se le aplica, de manera que ahora el resultado es una ampliación del texto ("interpretación extensiva").

Un ejemplo en D. 2.1.7.2: "Mas si alguno lo hubiese deteriorado mientras se proponía, o antes de proponerlo, ciertamente cesan las palabras del edicto; pero Pomponio dice que la *sententia* del edicto debe extenderse a estos casos" (*Quod si proponitur vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendum esse ad haec*). Ulpiano comentaba aquí la cláusula de *albo corrupto* del edicto pretorio, en la cual se amenazaba con ciertas acciones a quien deteriorare lo que hubiere sido propuesto en el texto edictal mismo (*album*). La cláusula se refería al edicto ya "propuesto" (fijado en un lugar público), y Ulpiano verifica que si alguien deteriorase el texto antes de ser propuesto o mientras es propuesto: "cesan las palabras del edicto", es decir, no se hace aplicable a tales casos la cláusula de *albo corrupto*, pero a la vez recuerda que Pomponio había dictaminado que la *sententia* del edicto debía extenderse a los mismos. De ello se deduce que la *sententia* del edicto debía extenderse a los mismos. De ello se deduce que los juristas pensaban que la verdadera norma era sancionar al que deteriorare el edicto en cualquier momento del proceso de su formación física, aunque esto no fue bien dicho por las palabras.

Una situación especial ofrece el "fraude a la ley" (*fraus legi*), que consiste en crear artificialmente un caso de modo que se adapte a sus palabras para evitar el mandamiento o la prohibición, en circunstancias de que la realidad de lo que ocurre o va a ocurrir aun queda bajo el alcance de la razón. Los juristas dicen que en tal hipótesis se cumple con las palabras pero se transgrede la *sententia*, y aplican igualmente la ley⁵⁶.

Un ejemplo en D. 29.4.27.2: "Contra el que no fue instituido heredero en el testamento, por la *sententia* del pretor se dará la acción de los legados si, poseyendo el solo la herencia, ha participado con propósito de fraude con los herederos instituidos" (*In eum, qui testamento scriptus heres non fuit, si fraudis consilio cum heredibus scriptis participato legitimam hereditatem solus possideat, actio legatorum ex sententia praetoris dabitur*). Podía ocurrir que alguien fuese instituido heredero en el testamento y gravado con el pago de ciertos legados; y que ese individuo, de no haber sido instituido, igualmente hubiera sido heredero intestado del fallecido (por ejemplo, un hijo); sólo que, como tal heredero, no estaría obligado al pago de ningún legado, ya que la ley no los establece. Si, pues, fuese instituido con la carga de legados, claramente le convenía repudiar la herencia, caso en el cual, abierta la sucesión intestada, de todas formas la recibiría, pero sin la dicha carga. Para evitar esta operación, el pretor declaró en su edicto que obligaría a pagar los legados en caso de repudio, cuando la herencia de todos modos correspondiera por derecho intestado al que repudió. Hay que suponer que esta cláusula fue formada ante casos concretos de fraude (al testa-

⁵⁶ Vid. las definiciones en D. 1.3.29: "Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido" (*Contra legem facit, quid id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*). D. 1.3.30: "Se comete, pues, fraude contra la ley cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara; y lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que se hace en contra de la ley" (*Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit, et quod distat rethou apo dianoiis (dictum a sententia), hoc dicitur fraus ab eo, quod contra legem fit*). CI. 1.14.5 Pr.: "No hay duda que viola la ley aquel que, atendido a las palabras de la ley, se esfuerza en contra de la voluntad de la ley..." (*Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem...*).

mento). El caso propuesto por Papiniano es un nuevo fraude, pero no al testamento sino al edicto: el testador instituyó a alguien con la carga de pagar ciertos legados; y con dicha institución automáticamente excluyó a otro que, de no haber habido testamento, lo hubiera sucedido. El instituido, para evitar pagar los legados, se pone de acuerdo con el excluido en estos términos: el primero repudiará la herencia de modo que vaya al segundo, para que, una vez recibida, le haga partícipe de su emolumento mediante las oportunas cesiones; en el entendido de que no habrá que pagar los legados, porque de una herencia intestada se habrá tratado. Este caso no está previsto en la letra del edicto, porque el repudiante no va a ser heredero intestado después de la repudiación. Pero como, en virtud del acuerdo que celebró con el que resultará heredero con su repudiación, habrá de recibir una parte de la sustancia hereditaria, igual que si hubiera sido heredero intestado, el jurista decide que el edicto le es aplicable. Es claro que, según él, su *ratio* era impedir la burla a los legatarios; de acuerdo con ello, su *sententia* (la del pretor dice el texto) cubre el caso; de manera que, aunque formalmente no se transgredan sus palabras (no repudió el que había de ser heredero intestado), sí se transgrede su sentido (repudiar en función de burlar a los legatarios).

4. La determinación de la *ratio* supone una investigación sobre la finalidad de la ley; ello, a su vez, implica a un legislador racional, que manda o prohíbe en función de finalidades; pero a veces pueden presentarse casos que muy precisamente caen en los mandatos y prohibiciones de la ley, pero no en su razón, sin que se pueda encontrar una razón contraria eximente, y entonces no queda más que aplicar la ley. Los juristas hablan de *voluntas* o de que la ley "quiere" (*velle*) en sustitución de la razón. Porque cuando la ley dice algo que contraría a su razón conocida, sin contrarrazón también conocida, una de dos: o se desaplica la ley, y en tal caso el jurista ya no la interpreta sino que la transgrede abiertamente; o se la aplica, pero a costa de sacrificar lo que la razón aparente señala. Lo primero implica una rebelión, que traspasa el asunto del plano jurídico al plano político, y entonces se deja de ser propiamente jurista para transformarse en legislador; y lo segundo implica sumisión a un acto potestativo, para exigir la cual el legislador está legitimado.

Este tema nada tiene que ver con el de las leyes justas o injustas. La ley puede ser justa y no presentar razón aparente de modo de consistir en puro mandato o prohibición, o injusta y ofrecer muchas razones declaradas. De donde se sigue que la cuestión de la justicia o injusticia de una ley se resuelve en el de la justicia o injusticia de sus razones, lo que no es ninguna novedad, atendido que, en el parecer de los juristas, lo decisivo es siempre la razón. El tema de la voluntad sólo alude al problema técnico de existir una norma tan precisa que sin razón aparente contrarie su razón general, lo cual en el fondo sólo significa que el jurista no encuentra razones para ampliar o restringir el tenor literal de la ley. El recurso a la *voluntas*, pues, es tan sólo una metáfora para indicar que no hay forma de excluir tal caso de la ley o de incluirlo en ella, sin contravenir sus palabras aduciendo una razón que autorice la inclusión o la exclusión. Un ejemplo en D. 40.9.12 pr.1: la *lex Julia* sobre adulterios prohibía al acusado del delito la manumisión de sus esclavos dentro de los 60 días siguientes a la acusación. Ulpiano dice que la finalidad de esta norma era evitar que con la manumisión el acusado sustrajera del interrogatorio con tormento a tan calificados testigos de las costumbres privadas de su amo, burlando así la investigación. Pero ¿qué si se trata de esclavos que vivían en el campo o en otra provincia, y que,

por tanto, no pudieron ser testigos del adulterio? Ulpiano insinuaba claramente que entonces resta la razón de la prohibición establecida por la ley; y sin embargo declara que ésta debe ser aplicada "porque así está escrita" aunque "esto sea muy duro" (*quod perquam durum est, sed ita lex scripta est*). Aparentemente el jurista actúa aquí con un respeto puntilloso del texto. Pero se trata de un problema de *ratio*. El fin de la ley era evitar la sustracción de los esclavos al interrogatorio con tormento. Si se aceptara que la regla de no manumitirlos dentro de un plazo no valiera para los esclavos que vivían en el campo o en otra provincia, entonces el riesgo de fraude resultaba certísimo: bastaba al acusado fingir que sus esclavos de servicio personal, que habían sido testigos de su delito, vivían en otro lugar y manumitirlos, para que el fin de la ley quedara entonces frustrado. En consecuencia, la prohibición debía aplicarse incluso con respecto a estos esclavos que residen lejos. Todo esto era lo que estaba en la base del razonamiento de Ulpiano. Pero, como era costumbre en los juristas, él omite dejar constancia de su razonamiento y prefiere apoyar su opinión en la letra de la ley, sin privarse, empero, de reconocer la dureza del resultado. Aquello significa, pues, atenerse a la voluntad de la ley, aunque, como se ve, ésta no carece de razón.

Lo que nosotros llamamos "analogía" corresponde a la interpretación extensiva⁵⁷. Consiste, así, en aplicar el dispositivo de la ley a un caso no incluido en el tenor literal de su hipótesis, siempre que la razón conocida de aquélla valga en dicho caso, lo que entonces determina que él quede comprendido en su *sententia*. El resultado es, pues, la extensión del tenor literal⁵⁸.

⁵⁷ No hay fundamento para distinguir entre analogía e interpretación extensiva, como algunos autores hacen.

⁵⁸ D. 1.3.12: "No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinados todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder a la asimilación, y de este modo declarar el derecho" (*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendí; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, qui iurisdictioni praest, ad similita procedere atque ita ius dicere debet*). D. 1.3.13: "Pues, como dice Pedio, siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la interpretación o ciertamente por la jurisdicción se suplan las demás que tienden a la misma utilidad" (*Num, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*).