

BEATRIZ BERNAL
JOSÉ DE JESÚS LEDESMA

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO Y DE LOS DERECHOS NEORROMANISTAS

(Desde los orígenes hasta la alta edad media)

DECIMOQUINTA EDICIÓN

Cuarta reimpresión



Editorial **Porrúa.**

Derecho Romano Preclásico (Desde la Ley de las Doce Tablas hasta el fin de la República)

60. Las instituciones políticas; los magistrados

En el capítulo anterior habíamos dejado a Roma en los inicios de su sistema republicano con los cónsules, el dictador, los tribunos de la plebe, los pontífices, el senado y los comicios. Durante estos cuatro siglos que estamos estudiando, Roma como ya hemos visto, crece en poder, en territorio y en intensidad de vida, razón por la cual los dos cónsules resultan insuficientes para gobernar el país, atender las necesidades administrativas y judiciales y realizar además, con éxito, las empresas de tipo militar. Como consecuencia de esto se produce un nuevo orden institucional que, aunque asentado en los elementos básicos del periodo anterior (rey-cónsules, senado y pueblo) evolucionó hacia un desmembramiento del consulado, creándose la llamada "carrera de los honores",⁶⁵ integrada por los magistrados

de Amerino contra un liberto de Sila, entonces en el poder. A su regreso de Atenas y después de haber sido cuestor en Sicilia acusó a Verres, expropretor de esta provincia y logró que se le condenara, a pesar de las riquezas que aquel puso en juego para frustrar el castigo que se había merecido. En 63 a. C. deshizo la célebre conjura de Catilina. A pesar de haberse declarado contra Antonio y a favor de Octavio, a raíz de la muerte de César, fue mandado matar cuando se formó el segundo triunvirato. Como orador no tiene rival entre los romanos; su filosofía es como ya se dijo de cuño griego, y para nosotros tiene el especial interés de referirse en muchos aspectos al derecho y a su técnica. Es indudable que Cicerón fue un valioso vehículo de transmisión entre la filosofía griega y el derecho romano de las postrimerías de la República. Sus oraciones y epístolas son de obligada lectura para quien se precie de poseer una buena cultura humanista.

⁶⁴ Hay que decir que el inicio de la literatura latina data del 244 a. C. con la traducción que hace Livio Andrónico al latín de la Odisea, esto denota que ya en la época de las luchas contra Cartago había llegado a Roma la literatura griega.

⁶⁵ El llamado *Cursus honorum*, era la carrera que seguían los magistrados; la trayectoria política que debían seguir antes de alcanzar los más altos designios. Antiguamente, sin recibir remuneración económica, de aquí su nombre; ya a fines de la República se hicieron remuneradas las magistraturas, y como ya sabemos, anuales. Ver de Mommsen su *Historia de Roma*, ya citada.

que sustituirían a los cónsules en gran parte de sus funciones. Es conveniente destacar también la importancia que en la nueva creación de cargos públicos tuvo la conocida lucha entre patricios y plebeyos, pues a través de este fenómeno intentó prolongar su predominio la clase privilegiada.

El análisis de las magistraturas romanas tiene una importancia innegable, pues fue uno de los pilares de la constitución republicana. De su estudio, se podrá obtener un conocimiento cabal del desarrollo de las instituciones jurídicas de esta época. Sin embargo, antes de entrar en detalles sobre cada una de las magistraturas en particular, debemos determinar sus características y poderes de tipo general.

Dentro de las características nos encontramos: 1. la electividad; 2. la anualidad; 3. la colegialidad; 4. el principio de no reelección inmediata; 5. la gratuidad; y 6. el orden jerárquico.

En cuanto a los poderes de los magistrados republicanos, eran de diversa índole, pero todos pueden ser resumidos en dos conceptos fundamentales; uno de carácter genérico, la *potestas* y otro de carácter específico, el *imperium*.

La principal característica de toda magistratura romana fue la electividad. Para representar al pueblo, conducirlo y defenderlo, era indispensable un acto de elección que emanaba de la autoridad superior (el principio de que el magistrado crea al magistrado) o en ciertos casos del pueblo mismo reunido en los comicios.⁶⁶

Otra de las características fue la anualidad, que tenía la ventaja de facilitar el acceso a un mayor número de ciudadanos, así como de frenar el abuso de poder que se deriva siempre de la perpetuación en el cargo.⁶⁷

También tenían como característica la colegialidad, dado que las magistraturas se ejercían conjuntamente por dos o más titulares. Sin embargo, esta colegialidad no estaba determinada por un organismo corporativo en el sentido moderno de la palabra, puesto que la autoridad no estaba dada al conjunto de los magistrados, sino que cada uno de ellos detentaba independientemente la suma total de los poderes. De esta forma, la decisión de un magistrado tenía que complementarse siempre con la aprobación de su colega y en caso de disenso, prevalecía siempre la opinión del opositor. Esta oposición, que llevó el nombre de *intercessio*, se manifestó en todo momento como un acto negativo y fue la característica más sobresaliente de la colegialidad política.⁶⁸

⁶⁶ Ver la obra ya referida de Fustel de Coulanges.

⁶⁷ Véase *supra*, cap. IV, sección 37.

⁶⁸ La colegialidad sin embargo no acompañaba a todo magistrado, sino solamente a los de rango superior, y fue desapareciendo en cierta medida conforme se afirmó el principio del personalismo que ya hemos estudiado.

Los magistrados romanos no podían ocupar varias magistraturas al mismo tiempo, ni tampoco, a partir de la promulgación de la *lex Villia de annalis* del 180 a. C., podían ocupar otra magistratura superior, hasta haber transcurrido dos años del cese en sus anteriores funciones. Por la promulgación de un plebiscito atribuido al tribuno L. Genuncius, alrededor del año 339 a. C., no podían ser reelegidos en el cargo de cónsules antes del transcurso de diez años. Esto tuvo como finalidad evitar que el poder se perpetuase en manos de quienes lo detentaban y constituyó el fundamento del principio de no reelección inmediata de que hablamos anteriormente.

Por último, se crearon una serie de requisitos y un orden jerárquico que consagró la famosa carrera de los honores. La *lex Villia* dictó las primeras normas al respecto, estableciendo requisitos de edad y la *lex Cornelia de magistratibus*, dictada por Sila en el 81 a. C., estableció en forma definitiva el *ordo magistratum*.

La carrera de los honores comenzaba con el ejercicio del tribunado militar, comandante o jefe de las legiones que partían a las guerras de conquista. Después de cumplido este deber y habiendo alcanzado la edad de 27 años, el ciudadano podía ocupar el cargo de cuestor. Posteriormente, a los cuarenta años, podía ocupar la pretura y a los 43 el consulado, que era la magistratura con que culminaba la carrera de los honores. En ese intervalo podía ejercer la edilidad curul, dignidad que era incluida regularmente entre la cuestura y la pretura. Para ocupar la censura o la dictadura era necesario haber obtenido previamente la dignidad consular. Además de los requisitos de edad, era necesario, para seguir la carrera política, carecer de tachas de indignidad y haber cumplido con las obligaciones fiscales y de servicio militar.

Todo lo anteriormente mencionado demuestra el interés de los romanos de jerarquizar la función pública, con el fin de dotarla de ciudadanos, que a través de su carrera, hubiesen adquirido una verdadera experiencia en el ejercicio de sus funciones, aunque la realidad demostrara que monopolizaron la carrera de los honores aquellas familias que se destacaron por sus méritos militares o por su encumbrada posición social y económica.⁶⁹

Para mayor claridad, transcribimos un cuadro sinóptico al final del capítulo en donde aparecen las magistraturas, tanto por su orden de importancia como por su aparición cronológica en el ámbito político republicano.

Una de las materias menos claramente explicadas por los tratadistas es

⁶⁹ Véase sobre este aspecto de las magistraturas el *Compendio del derecho público romano*, de T. Mommsen, y *Costituzione romana* de De Martino, ya citados.

la relativa al *imperium* y la *potestas* de los magistrados y su relación con otras nociones políticas que aluden también a sus atribuciones. *Imperium* es el poder que corresponde a los *maiores magistratus*, tales como cónsules, tribunos, dictadores, procónsules, pretores y propetores, quizás también al pontífice máximo; en cambio, a los magistrados inferiores corresponde sólo la *potestas*, así por ejemplo, a los ediles, cuestores y censores. El *imperium* es el poder de mandar y ser obedecido, aunque esta última posibilidad se refiere más bien al poder de ejecutar, que se llamaba *coercitio*; por ello, los cónsules que tenían el *imperium maior* se hacían preceder de 12 lictores que llevaban un hacha, siguiendo quizás una costumbre proveniente de Etruria. La *potestas* de los funcionarios inferiores era solamente un poder de mando, desprovisto de *coercitio*. Los magistrados que tenían el *imperium* se encontraban supraordinados a los que solamente estaban provistos de *potestas*, y por eso se habla de las relaciones que se daban entre ellos como de: *maior*, *minor*, y *par potestas*, según los casos. También se distinguen entre *imperium maius* y *imperium minus*.

Era antigua regla que cuando los cónsules se encontraban a la vez en Roma, ejercitaban el *imperium* por turno cada mes, comenzando por el más viejo. Al caer la Re-

⁷⁰ Ver Salustio, *Cat.* 6.

pública, se atribuyen al príncipe muchos de los poderes que originalmente pertenecían al *imperium maior consularis* y los cónsules quedaron reducidos a meros presidentes del senado.

En un paso del Digesto (D. 2.1.3.), de dudosa autenticidad, se distingue entre *imperium merum* e *imperium mixtum*; el primero encerraba solamente la facultad de juzgar las materias relacionadas con las causas criminales; en la época del imperio, el príncipe la delegaba a los gobernadores de provincia, llamando específicamente a esta facultad; *ius gladii*, como simple *potestas*, por eso en el proceso de Cristo fue preciso recabar la autorización de Pilatos para ejecutar la sentencia de muerte. Por otra parte, el *imperium mixtum* abrazaba, además del *ius gladii*, la *iurisdictio*, para las contiendas de tipo civil.

Otras facultades menos importantes del *imperium*, pero dignas de ser conocidas, eran el derecho de celebrar auspicios, el derecho de citar y llevar ante sí a cualquier ciudadano *-vocatio-* y en su caso reducirlo a prisión *-prensio*. Estas facultades eran una consecuencia de la *coercitio* y tenían gran importancia cuando hacía uso de ellas el pretor, para obligar a alguno a presentarse a juicio, y por último el derecho de redactar y publicar edictos, llamado *ius edicendi*.⁷¹

61. Clasificación de las magistraturas

En dos grandes grupos podemos clasificar las magistraturas romanas: las patricias (*magistratus populi romani*) esto es, las del pueblo romano, y las plebeyas (*magistratus plebis*) privativas de esta clase, que tuvieron fines de defensa contra el patriciado dominador y absorbente. Dentro de estas últimas nos encontramos: el tribunado de la plebe, estudiado ya en el capítulo anterior y la edilidad plebeya (*aedilio plebis*) cuyos titulares se desempeñaban como auxiliares de los tribunos, siendo designados por la asamblea de los plebeyos (*concilia plebis*) presididos por el tribuno. Los ediles plebeyos eran los jefes internos del municipio plebeyo y su principal función consistía en la custodia de los documentos vinculados con los derechos de la plebe, así como la protección de ésta contra los abusos de los patricios en las prestaciones de trabajos públicos. Esta magistratura perdió importancia cuando los plebeyos fueron admitidos a la edilidad curul y cuando finaliza la lucha entre ambas clases sociales ya estudiada.

Las magistraturas patricias o del pueblo se dividían a su vez en dos ti-

⁷¹Sobre este tema ver la obra del romanista argentino, Cornél Zoltán Méhész; *El Pretor y la jurisprudencia pretoriana*, Córdoba, Argentina, 1967.

pos: *ordinarias*, las que estaban en constante y permanente ejercicio, y *extraordinarias*, que se implantaban respondiendo a circunstancias especiales por las cuales atravesaba el pueblo romano en un momento dado. Dentro de estas últimas nos encontramos principalmente la dictadura, ya estudiada, y otras que aparecieron en diferentes épocas de la vida republicana, con carácter transitorio, y entre las cuales destacaremos: el *interregno*, la prefectura urbana, el tribunado militar con potestad consular y el decenvirato legislativo.

El *interregno*, supuestamente nacido en la época monárquica, adquiere el carácter de magistratura extraordinaria con el advenimiento de la República, funcionando en el supuesto caso de que se produjese una vacante en el consulado; era ejercitada por uno de los miembros del senado, elegido por suerte durante un periodo de cinco días hasta la elección de los nuevos cónsules.

La prefectura urbana (*praefectura urbi*), tuvo su origen también en la época de la monarquía y posteriormente fué utilizada por los cónsules cuando se ausentaban de Roma, generalmente encabezando las legiones en las guerras de conquista. El titular de dicha magistratura (prefecto de la ciudad) suplía la autoridad de los cónsules en la custodia de la ciudad a fin de evitar que ésta quedase sin un jefe inmediato, asegurando así su tranquilidad; también en la administración de justicia, función que desaparece con la creación de la pretura.

El tribunado militar con potestad consular se origina en la época republicana, con la finalidad de contrarrestar las demandas de la clase plebeya por obtener el consulado. La aristocracia, para conformar dichas demandas, creó esta magistratura especial accesible a los plebeyos que solamente funcionaba en casos excepcionales y que otorgaba a los tribunos militares el poder de los cónsules, cuando los reemplazaban en el mando de los ejércitos. Está de más aclarar que esta magistratura pierde importancia cuando la clase plebeya obtiene el acceso al consulado.

62. Explicación de las magistraturas patricias ordinarias

Dentro de éstas estudiaremos en especial: el consulado, la pretura, la cuestura, la edilidad curul y la censura. La dictadura y demás magistraturas extraordinarias, así como las dignidades plebeyas, han sido estudiadas en secciones anteriores.

a) *El consulado*. Como habíamos visto en el capítulo anterior, a la caída de la monarquía surgieron los cónsules, que detentaron la totalidad del *imperium* que antiguamente correspondiera al rey, exceptuando las de

carácter religioso, viniendo a ser los titulares de las funciones inherentes a la potestad regia, con excepción de las relativas al culto. En un inicio recibieron el nombre de *praetores*, dado el carácter que tenían de guías o jefes de la comunidad y también de *iudices*, porque heredaron la facultad de administrar justicia. Se seguían, con respecto al consulado, los principios ya conocidos y válidos para todas las magistraturas: anualidad, colegialidad, electividad, gratuidad, no reelección inmediata y orden jerárquico, ocupando la cima dentro del mismo.

Como primera magistratura republicana, el consulado tenía competencia ilimitada, sobre ellos se concentraba, como dijimos anteriormente, todo el *imperium* de paz y guerra, sin limitación de objeto ni de territorio. Por consiguiente, estaban facultados a convocar y presidir los comicios y el senado para funciones de tipo legislativo, a ejercer la dirección de la administración pública y los poderes de policía en la ciudad, a desempeñarse como jefes supremos del ejército, pudiendo celebrar tratados de paz con países extranjeros, mediante aprobación del senado y administrar la justicia, civil y criminal. En un inicio fue una magistratura privativa de los patricios, pero a partir del 367 a. C., y a través de la *lex Licinia de consulatu* se otorgó también a los plebeyos.

Con el andar del tiempo, fueron restringiéndose los poderes de los cónsules, debido principalmente a la extensión del territorio por las guerras de conquista y muchas de sus funciones originales se atribuyeron a nuevas magistraturas ordinarias creadas para el caso; fenómeno que muy acertadamente denomina Margadant como proceso de desmembramiento del consulado.⁷² De este proceso surgieron las magistraturas que estudiaremos a continuación.

b) *La pretura*. Aparece la figura del pretor en el 367 a. C., al mismo tiempo que los plebeyos adquirían el consulado. Surgen en un inicio como colegas menores de los cónsules, pero cuando fue necesario separar los poderes militares de los jurisdiccionales, a la nascente magistratura se le otorgaron los últimos y con ello adquirió su independencia. La primera en aparecer fue la pretura urbana, que tenía como función la administración de la justicia entre los ciudadanos romanos,⁷³ pero más tarde, en el 242 a. C., se vio la necesidad de crear otro pretor para atender los litigios entre

⁷² Ver en relación con las magistraturas el tomo I del *Derecho romano* de Peña Guzmán y Argüello, y de Guillermo F. Margadant su *Derecho privado romano*, ya citados.

⁷³ Era natural, ya que en ese tiempo el derecho era exclusivamente nacionalista y todavía estaba cerrada al derecho de gentes y al derecho natural.

los extranjeros; el pretor peregrino.⁷⁴ Sustituyeron a los cónsules en la administración de la justicia, y a través de la misma, debido a la libertad de que gozaron, fueron creadores de normas jurídicas que, bajo la influencia del *ius gentium*, mitigaron el rigorismo del derecho civil, llenaron sus lagunas y contribuyeron a la formación de un nuevo derecho, el *ius honorarium*, que marcó una nueva etapa en la vida jurídica de Roma. Es esta la razón por la cual ocupa esta magistratura el lugar más importante dentro del estudio del derecho romano.⁷⁵

c) *La cuestura*. Surgió esta magistratura conjuntamente con el consulado, aunque sus titulares fueron en un inicio simples auxiliares de los cónsules. Seguían los principios de anualidad y electividad antes mencionados y aunque nace como magistratura patricia, los plebeyos logran el acceso a la misma en el 422 a. C. Fue tomando importancia con el acrecentamiento de los negocios públicos, hasta que adquirió el rango de magistratura independiente dentro del orden institucional. Las funciones de los cuestores en épocas de César se elevaron hasta 40; tuvieron dos aspectos: uno de carácter financiero, pues estaban encargados de la administración del tesoro público y otro de carácter jurisdiccional, pues tenían a su cargo la administración de la justicia en los procesos capitales, que conllevaban como sanción la pena de muerte.

d) *La edilidad curul*. Fue creada conjuntamente con la pretura, como magistratura reservada a los patricios, aunque los plebeyos fueron admitidos a ella tres años más tarde. Ocupaba un rango intermedio entre la pretura y la cuestura y sus titulares eran elegidos por los comicios por tribus.

Tuvieron a su cargo diversas funciones de inspección y policía que consistían en: la *cura urbis* (el cuidado de la ciudad), esto es, lo concerniente al ornato, conservación y habitabilidad de los edificios, servicios de incendio, vigilancia nocturna, etcétera; la *cura annonae*, que se desarrollaba en los mercados y a través de la cual se controlaban los precios de las mercancías para evitar toda especulación, así como el estado mismo de las mercancías, principalmente animales y esclavos. Administraban justicia en los mercados y esta labor fue de gran importancia desde un punto de vista jurídico, pues al igual que los pretores, crearon derechos y desarrollaron contratos de tanta trascendencia como la compra venta, y la *cura ludorum*

⁷⁴ Esto denota que el derecho se estaba abriendo hacia otras corrientes culturales, especialmente hacia el derecho de gentes.

⁷⁵ Para tener más elementos sobre esta importante figura del pretor, ver la voz *praetor* en el *Novissimo Digesto Italiano*; además, de Zoltán Mészáros, *El pretor y la jurisprudencia pretoriana*, ya citada.

que se refería a la organización y control de los espectáculos públicos.⁷⁶

e) *La censura.* Desde la reforma serviana, supuestamente llevada a cabo en épocas de la monarquía, nos encontramos con las funciones relativas a las operaciones censales con fines militares, políticos y fiscales. Estas funciones fueron llevadas a cabo por los cónsules en los inicios de la República, hasta que se vió la necesidad de crear en el 443 a. C., una magistratura ordinaria no permanente; la censura, para la realización de las mismas. Fue desempeñada por dos censores (colegialidad), elegidas por los comicios centuriados a propuesta de los cónsules (electividad), por un plazo de cinco años (censo lustral), debiéndose ejercer solo por este lapso de tiempo en un inicio. Posteriormente, por la promulgación de la *lex Aemilia*, se limitó a 18 meses, tiempo suficiente para la realización del censo, convirtiéndose así en magistratura no permanente. Debió ser inicialmente una magistratura menor, aunque pronto alcanzó un elevadísimo rango cuando se le otorgaron al censor funciones que lo convirtieron en el custodio del honor y dignidad de los ciudadanos. Su misión, que comenzó siendo la de fijar la situación personal y patrimonial de los individuos, se acrecentó hasta llegar a ser el que decidía sobre sus derechos políticos y honoríficos, pudiendo por indignidad dejar a los ciudadanos privados del *ius honorum* (derecho a ser elegido para las magistraturas romanas y para las funciones religiosas), del *ius sufragii* (derecho a votar en los comicios) y excluidos de las centurias y del grado que les correspondía en el ejército; llegando a su momento culminante con la promulgación de la *lex Ovunia* (312 a. C), que los autorizó a confeccionar la lista de los ciudadanos capaces para ocupar la senaduría. No obstante la enorme importancia que llegó a tener, razón por la cual solo podían llegar a ella los ciudadanos que habían obtenido anteriormente la dignidad consular, careció siempre de las funciones políticas que otras detentaban, pues los censores no podían convocar al pueblo ni al senado y no contaban con las facultades derivadas del imperio militar. Sin embargo, la *cura morum* (cuidado de las costumbres) ponía en sus manos un arma poderosa, desde un punto de vista político, sin más freno que la oposición del otro censor y de la opinión pública. Tuvieron también funciones administrativas de gran importancia, como dar en arrendamiento los impuestos públicos (sistema frecuentemente utilizado en Roma para el cobro de dichos ingresos), la administración de los inmuebles del Estado y la adjudicación de las obras públicas.

⁷⁶Esta magistratura cobró gran importancia cuando los espectáculos del circo se desarrollaron, especialmente a principios de la época imperial.

63. El senado republicano⁷⁷

Habíamos dejado al senado, en los inicios de la República, con una estructuración que difería muy poco de la constitución regia. Su importancia era ya grande, pero su labor se limitaba al asesoramiento y consejo de los reyes y de los primeros cónsules. Hacia la mitad del siglo IV a. C., cuando los plebeyos tuvieron acceso a la mayoría de las magistraturas y al senado mismo, se produce una verdadera transformación en este organismo, llegando a adquirir una influencia política extraordinaria hasta convertirse en virtual gobernante.

La composición del senado varió, tanto en el número de sus componentes como en los requisitos para formar parte de él. De trescientos miembros que lo integraban originalmente aumentó a mil doscientos en épocas de Julio César, correspondiendo su elección en un inicio a los cónsules, posteriormente a los magistrados con dignidad consular y por último a los censores como habíamos visto anteriormente. El senado era convocado y presidido por el cónsul, el dictador o el *interrex*, según el caso; luego de iniciada la sesión con las ceremonias religiosas pertinentes, el magistrado presidente exponía los puntos que serían objeto de deliberación, y previa consulta a los senadores para que emitieran su parecer, se procedía a la votación, decidiéndose el problema por mayoría de votos.

Las decisiones del senado llevaron el nombre de senadoconsultos y aunque no adquirieron el valor de fuente formal del derecho hasta épocas posteriores, reflejaron en todo momento la competencia de este importante organismo, razón por la cual fueron siempre observadas.

Alrededor del siglo III a. C., el senado llegó a adquirir un control casi total desde un punto de vista político, quedando los magistrados reducidos a meros ejecutores de las resoluciones de la asamblea senatorial. Esto fue debido principalmente a la incompetencia de las masas populares que integraban el cuerpo comicial, unido al creciente poderío romano obtenido por la conquista, lo que hizo necesario que la orientación de la política, tanto interna como externa del Estado, se concentrara en manos de ciudadanos expertos que ya habían hecho práctica de gobierno en su calidad de

⁷⁷Para ahondar en el estudio sobre el senado romano, puede verse de Edoardo Volterra la explicación que proporciona en esta materia en el *Novissimo Digesto Italiano*. El citado profesor ha venido trabajando desde hace varios años en el estudio pormenorizando de esta importante fuente del derecho de Roma que es el senadoconsulto. Es importante no omitir en este tema la serie de datos que nos transmite Aulo Gelio en sus *Noches Aticas* sobre los sistemas de votación. Remitimos en todo lo demás a las otras obras de historia de Roma a las que ya nos hemos referido.

exmagistrados, como eran los senadores. Sin embargo, en el siglo final de la República y debido a todas las crisis que en él se suscitaron, la autoridad del senado comenzó a tambalearse, haciéndose más acuciada la situación en épocas de Julio César, a quien como ya sabemos, le costó la vida la actitud de enfrentamiento al *ordo senatorial*. Esta autoridad se vería posteriormente restaurada con la hábil política de Augusto de instauración de la "diarquía".⁷⁸

Fueron amplias las funciones que en sus momentos de gloria correspondieron al senado republicano. Era de su competencia el ordenamiento del culto y la vigilancia del derecho sacro, la administración de la hacienda pública, las relaciones exteriores, así como funciones de tipo militar. Por otra parte, tuvo siempre el carácter de organismo colegislador a través del ejercicio de la *auctoritas patrum*, avalando las resoluciones comiciales, y aun después de desaparecida esa potestad, mantuvo el carácter de fiscalizador de la actividad legislativa mediante el derecho que se arrogó de interpretar las leyes, anularlas por vicios de forma y dispensar a ciertos particulares de su observancia.

64. Los comicios republicanos

Habíamos explicado anteriormente como se llevaba a cabo la reunión del pueblo a través de los comicios y la clasificación de los mismos en las diferentes etapas históricas. Los comicios curiados, que respondían a un criterio de tipo gentilicio, quedaron supeditados a un plano secundario con la creación de los comicios centuriados que atendían a una razón económica. Estos últimos detentaron el poder legislativo durante gran parte de la era republicana. Sin embargo, las pretensiones de la plebe, cuyo poder había crecido en esta época no quedaron satisfechas con las reformas habidas, razón por la cual pugnó por imponer una nueva organización comicial con el fin de que participara toda la ciudadanía, sin privilegios de nacimiento ni de fortuna. Esto lo consiguió recurriendo a un tipo de reunión tribal, existente ya desde la reforma serviana, aunque con competencia limitada, en la cual los ciudadanos participaban por el hecho de la mera pertenencia en una de las tribus, siguiendo, como hemos visto, un criterio de tipo territorial o geográfico.

El origen de estos comicios por tribus es confuso, por lo cual es difícil determinar en qué momento alcanzaron el carácter de institución política probablemente fueron una derivación de la *concilia plebis*, aunque poste-

⁷⁸ Ver *infra*, cap. VI.

riormente convivieron con ella y también con los comicios centuriados llegando quizás a prevalecer sobre estos últimos en sus funciones legislativas, electorales y judiciales.

Otro tipo de asamblea popular que subsistió hasta finales de la República fue la *concilia plebis*, reunión de los plebeyos, que probablemente constituyó el antecedente de los comicios por tribus. Las decisiones que emanaban de esta asamblea convocada por el tribuno de la plebe, solamente tuvieron en un inicio fuerza obligatoria para los plebeyos, correspondiendo a la misma la facultad de elegir a los magistrados plebeyos. Con el transcurso del tiempo llegó a convertirse en órgano regular del Estado con facultad legislativa, cuando los plebiscitos adquirieron obligatoriedad para todos los ciudadanos sin excepción.⁷⁹

65. Las fuentes del derecho: la ley comicial

La costumbre continuó siendo fuente formal del derecho, aunque su campo de acción fue estrechándose cada vez más a medida que aumentaba la actividad legislativa y normativa de otros órganos.

Ateniéndonos a la célebre definición gayana, la ley es lo que el pueblo manda y establece (*Gayo I.3.*). Estos lineamientos fueron seguidos en las *Instituciones* de Justiniano, que prescribe que ley es lo que el pueblo romano, interrogado por un magistrado senatorial, como el cónsul, constituía (*Inst. I.2.4.*). Analizando ambas fuentes podemos darnos cuenta que se destaca el sentido político de la norma, dado que se definen atendiendo a la forma en que eran sancionadas y al órgano competente para su sancionamiento, los comicios. De ello podemos deducir, sin entrar al análisis de su contenido, sino sólo a su continente, que la ley en sentido estricto era la norma jurídica sancionada por el pueblo romano reunido en los comicios. Sin embargo, en un sentido más amplio, aunque también desde un punto de vista formal, el órgano legislativo estaba determinado por la colaboración de los magistrados, los comicios y el senado.

El proyecto de ley presentado por los cónsules era aprobado por los comicios y ratificado posteriormente por los miembros del senado.⁸⁰ Los trámites para la votación de una ley rogada eran los siguientes:

1. El proyecto de ley -*rogatio*- se presentaba ante la asamblea correspondiente, a iniciativa de los magistrados superiores (cónsules, pretores, el dictador y otros) que contaban con el *ius agendi cum populo* (derecho de

⁷⁹ Ver *supra*, cap. IV, sección 39.

⁸⁰ Ver *Manuale di diritto pubblico romano*, de Alberto Burdese, Torino, 1966.

convocar las asambleas del pueblo).

2. Dicho proyecto debía ser dado a conocer al pueblo a través de la *promulgatio*,⁸¹ exponiéndose en tablas de bronce o madera en un lugar público, donde debía constar además la fecha de votación de los comicios fijada por el magistrado proponente. El lapso de tiempo entre la publicación y la votación no debía ser menor de 24 días.

3. Durante este periodo el pueblo solía discutir el proyecto, oyendo las opiniones a favor y en contra del mismo, pudiendo cualquier magistrado de igual o superior categoría que el proponente y los tribunos de la plebe, paralizar la ley a través de la *intercessio*. El proyecto no podía ser modificado y tampoco podía abarcar cuestiones diversas.⁸² Sin embargo, el proponente podía retirarlo por completo si así lo estimase conveniente antes del momento de la votación.

4. Llegada la fecha señalada, si los auspicios eran favorables, se reunía la asamblea y el presidente preguntaba al pueblo si aprobaba el proyecto. Se procedía entonces a la votación (por curias, centurias o tribus, según el caso), en las primeras épocas de viva voz y posteriormente en forma secreta y a través de tabletas de cera escritas que decían *uti rogas* (como propuestas) o *antiquo* (según el antiguo derecho), depositando el votante una de las dos en la urna según estuviese o no de acuerdo con el proyecto.

5. El magistrado comunicaba el resultado de la votación y si era favorable se convertía en ley inmediatamente.

6. Posteriormente tenía que ser ratificada por el senado mediante la *auctoritas patrum*. Ya en épocas republicanas dicha ratificación debía ser llevada a cabo antes de la votación de los comicios.

La ley rogada constaba de tres partes: 1. la *praescriptio* (preámbulo), que era el encabezamiento de la misma y en la cual se hacía mención al magistrado proponente, a la asamblea a la cual había sido presentado el proyecto, la fecha y el lugar de votación y el nombre de la primera curia o centuria que votó. 2. la *rogatio* (el texto) el contenido dispositivo de la norma y por último, 3. la *sanctio*, que debió ser la sanción que la ley traía aparejada para el caso de incumplimiento de la misma.⁸³ Dentro de la ter-

⁸¹Publicación o exposición al pueblo, con anterioridad a la votación en los comicios, de los proyectos de ley que ante ellos se presentaban.

⁸²La *lex Caecilia Didia* prohibía que en un mismo proyecto de ley se involucraran varias materias, para impedir que su aprobación o rechazo perjudicara al pueblo en virtud de la indivisibilidad del voto, que solo podía adherirse o no adherirse al propio proyecto. La *lex Tiunia Licinia* prescribe la obligación de depositar en el *aerarium* una copia del proyecto de ley, para que no pudiese ser modificada.

⁸³Véase sin embargo de Peña Guzmán y Argüello, la p. 181 del t. I de su obra citada, en la que discute el problema de la sanción de la *lex*.

minología jurídica romana, las leyes en general fueron clasificadas en: 1. *leges rogatae*, llamadas así por ser rogadas por el magistrado a las asambleas populares, las clásicas leyes comiciales; 2. *leges datae*, que eran las dictadas por aquellos magistrados a quienes se encomendaba la organización administrativa de las provincias y colonias y que nacían de una delegación especial hecha por el pueblo a la persona del magistrado en cuestión y 3. las *leges dictae*, disposiciones o estatutos relativos a la administración de los bienes del Estado o el municipio.

¿Cuál fué la importancia de las leyes dentro del ámbito del derecho privado romano? Como acertadamente nos dice Margadant,⁸⁴ la cosecha es pobre si se tienen en cuenta siete siglos de labor legislativa. Conocemos alrededor de 800 leyes rogadas y de ellas solo 40 presentan interés para el derecho privado. El romano, pueblo conservador, desconfió del derecho legislado y prefirió que las normas jurídicas nacieran espontáneamente como derecho consuetudinario, o que surgieran de las opiniones de prestigiosos jurisconsultos y de medidas procesales tomadas por los magistrados más íntimamente ligados a la administración de la justicia.⁸⁵

66. Los plebiscitos

Eran las decisiones votadas por la plebe en sus asambleas, a propuestas del tribuno de la plebe (I. 1,2,4) que, aunque en un inicio se dictaban para

⁸⁴Fue el jurista ruso Korkounoff quien más ampliamente desarrolló esta clasificación con la adición de las llamadas *leges plus quam perfectae*.

⁸⁵p. 45 de su obra citada, *Derecho privado romano*.

⁸⁶Véase la semejanza con el actual derecho anglosajón.

resolver cuestiones exclusivas de la clase social de donde emanaban, más tarde adquirieron carácter obligatorio para todos los ciudadanos, tanto plebeyos como patricios, llegando a convertirse en una fuente importante del derecho en la etapa republicana.

La asamblea de los plebeyos era convocada por el tribuno en ejercicio del *ius agendi cum plebe* (derecho a convocar a la plebe) y se reunía cumpliendo una serie de requisitos y solemnidades muy similares a las de las asambleas comiciales. Después de dar lectura al texto del proyecto sometido a la asamblea, éste era votado por los plebeyos en la misma forma en que se realizaba en los comicios.

A partir de la promulgación de la *lex Hortensia* adquirieron la categoría de la ley, cosa explicable si se tiene en cuenta que se había producido ya el fenómeno de la equiparación entre la plebe y el pueblo mismo.

Es muy probable, que en un inicio, la importancia de los plebiscitos fue únicamente social, esto es, la decisión tomada por la asamblea de los plebeyos fue siempre referente a la obtención de conquistas para la clase desposeída en su larga lucha contra el patriciado, pero ya posteriormente adquirieron gran importancia desde un punto de vista jurídico y prueba de ello es la famosa *lex Aquilia* que regula la responsabilidad objetiva, y que tanta trascendencia ha tenido dentro del campo del derecho privado.

67. El edicto de los magistrados

La pobreza de las normas jurídicas existentes en esta época de gran actividad conquistadora y la insuficiencia de las mismas para resolver los problemas que por razones obvias se presentaban cada vez con mayor frecuencia, hizo imprescindible que a los magistrados encargados de la administración de la justicia se les fueran otorgando cada día más amplias facultades, hasta llegar a un momento en que se les otorgó el poder para establecer las normas que aplicarían para la resolución de los litigios ante ellos presentados. De esta manera, surgió, como fuente productora del derecho, el edicto de los magistrados, que según indican las fuentes mismas (*Gayo* 1.6., I.1.2.7.) tenía tanta autoridad como la ley.

Este poder legislativo, otorgado a los magistrados, se justifica ampliamente, si tenemos en cuenta, por una parte, que el gran crecimiento de Roma en todos los órdenes creó una serie de necesidades y problemas no resueltos por el derecho vigente, y por otra, que las leyes no introdujeron las reformas precisas, por lo cual se hizo forzoso atender a las demandas de la realidad a través de la directa administración de la justicia. Pudiera pensarse que la facultad otorgada a los magistrados para la creación de normas

jurídicas procesales que aplicarían en la solución de cada litigio llegaría a crear situaciones abusivas, sin embargo, como acertadamente afirma Paccioni,⁸⁷ antes que despertar celos y temores, la iniciativa de los magistrados en el campo de la jurisdicción despertó aplausos y aliento, debido a que satisfacía a una verdadera necesidad de la práctica; además, los posibles abusos eran positivamente frenados por el derecho de intersección de los demás magistrados de igual rango, y de los tribunos, por la temporalidad de la magistratura y por el principio de que todo magistrado, al finalizar en su cargo, podía ser sometido a proceso por las ilegalidades cometidas en el ejercicio de sus funciones.

El edicto de los pretores era pues, el conjunto de normas procesales de derecho adjetivo, otorgadas por los magistrados en el ejercicio de sus funciones, en beneficio de los litigantes que se encontraban en situaciones jurídicas determinadas que el magistrado consideraba dignas de protección. Hay que tener en cuenta que en la creación de estas medidas procesales (acciones, excepciones y otros recursos procesales análogos), el magistrado era absolutamente libre y actuaba de acuerdo con su conciencia, aunque muy frecuentemente se inspiraba en el *ius gentium*, o en figuras ya existentes del *ius civile*.

Los magistrados romanos dotados del *imperium* estaban investidos del *ius edicendi*, que consistía en la facultad de dar edictos a través de los cuales formulaban la norma por la que había de regirse la relación jurídica sometida a su conocimiento, facultad que configuraba la *iurisdictio*, que implicaba dar el derecho en las contiendas privadas que surgían entre los ciudadanos.⁸⁸

El edicto, voz derivada de *edicere*, que quiere decir publicar, era el bando que dirigían al pueblo en general los magistrados superiores, como los cónsules, pretores, censores, tribunos de la plebe, dictador, ediles curules y gobernadores de provincia. El edicto de los pretores, integrado por las normas que hacían públicas los mismos, y complementado por aquellas que en el transcurso del año añadían para el mejor funcionamiento de su cargo, se destaca sobre los demás edictos por su importancia jurídica, si tenemos en cuenta que de esta actividad creadora emanó la fuente principal del derecho honorario que alcanzó mayor perfección y universalidad que el mismo *ius civile*. El edicto del pretor ha sido tradicionalmente clasificado en tres tipos: 1. Edicto anual o perpetuo, que era aquel que redactaba

⁸⁷En su obra ya citada, p. 177.

⁸⁸Ver de Zoltán Méhécz su obra ya citada sobre el pretor, muy valiosa para ampliar la investigación sobre la figura de este magistrado.

⁸⁹El edicto repentino nos hace pensar en dos interesantes consideraciones; por una parte la evolución que las fuentes reales del derecho imprimen al ordenamiento jurídico mismo, y por otra, la preocupación del pretor de hacer uso de su *ius edicendi* en forma repetida dentro del mismo año, a fin de mantener siempre un derecho vivo y actual. Compárese esta situación con los difíciles procedimientos que deben seguirse para derogar la ley escrita.

Scanned by CamScanner

Muchos ejemplos podemos ofrecer como demostración de esta labor interpretativa. Quizás los más significativos se encuentran en la amplitud que le dieron a la *mancipatio*; forma de contratar transmisora de la propiedad quiritaria de las cosas *mancipi*, que sirvió posteriormente para regular un matrimonio con efectos de *manus* a través de la *coemptio*; para emancipar a un hijo a través de la triple *mancipación*; para disponer patrimonialmente en un acto de última voluntad a través de un testamento *mancipatorio*, etcétera.

Esta labor de interpretación, además de ampliar el campo del derecho privado, sirvió de base para la creación de la jurisprudencia que habría de desarrollarse con gran brillantez en la época imperial.

69. La jurisprudencia pontifical y laica

Pudimos observar, durante la época de la monarquía, como el rey se encontraba asesorado por colegios sacerdotales entre los cuales se destacaba principalmente el de los pontífices, integrado por los más preclaros ciudadanos y que monopolizó el conocimiento del derecho y la función jurisprudencial, dando lugar a los *comentarii pontificum*, que han sido reveladores, no sólo del estado del derecho en los primeros siglos de vida romana, sino también de las costumbres, ambiente social y situación económica de la época. Se encontraba pues el derecho en los oscuros recintos del templo, y aunque la jurisprudencia *pontifical* fue de importancia porque sentó las bases de la labor interpretativa, no se le debe otorgar mayor significación de la que realmente tuvo, pues aferrado al rígido y secreto *ius civile*, en manera alguna llegó a la formación de una disciplina jurídica que hiciera el derecho accesible a todas las clases sociales.

Sin embargo, en forma paulatina, el derecho fue saliendo de ese oscuro templo por las nuevas necesidades sociales planteadas, hasta llegar a convertirse en laico, desembarazándose de sus concepciones religiosas anteriores. A este fenómeno, llamado proceso de laicización o secularización del derecho, debió quizás el pueblo romano la rápida formación de sus instituciones jurídicas y se desarrolló a través de 4 momentos históricos que fueron: 1. La promulgación de la ley de las XII Tabas. 2. La divulgación de las fórmulas de la ley debida a Cneo Flavio. 3. La labor de divulgación de Tiberio Coruncanio y 4. La publicación del *Tripartito* de Sexto Aelio Paeto.

La ley de las XII Tabas, a pesar de su contenido lesivo a la clase plebea, vino a dar fijeza y publicidad al derecho arcaico, del cual los pontífices eran los únicos depositarios. No obstante esto, la casta sacerdotal no per-

dió del todo sus privilegios, pues se reservó el conocimiento de las fórmulas de las acciones de la ley, esto es, del procedimiento a seguir para hacer valer los derechos del pueblo en juicio. Esta situación fue solo transitoria y en el año 304 a. C., un liberto llamado Cneo Flavio, escriba del censor Apio Claudio el Ciego, divulgó las fórmulas antes mencionadas y el calendario judicial, lo que constituyó un duro golpe para los pontífices, al sustraer de sus égidias, cuestiones que antes eran sólo de su incumbencia, así como al permitir que los particulares pudieran valer sus derechos en justicia sin requerir de la tutela del patriciado e iniciarse en el arte de la interpretación del derecho. Años más tarde, en el 254 a. C., obtiene el cargo de pontífice máximo un plebeyo, Tiberio Coruncanio, quien rompiendo con la remota tradición impuesta por sus antecesores, comienza a enseñar públicamente el derecho. Su labor, a pesar de que no quedó contenida en una perdurable obra escrita, fue trascendental, pues estuvo dirigida a formar una verdadera escuela, razón por la cual ha sido considerado por muchos como el primer jurisconsulto romano. Los acontecimientos antes mencionados se vieron completados con la publicación en el 204 a. C., de una obra llamada *Tripartito*,⁹⁰ debida al jurisconsulto Sexto Aelio Paeto que culminó el proceso de laicización del derecho, haciendo nacer una jurisprudencia laica que se destacó principalmente por la prestancia de sus representantes, y que si bien no llegó a constituir en esta época una fuente específica del derecho, tuvo gran importancia como medio de difusión del mismo.

La labor de los jurisconsultos laicos implicaba varias funciones que quedaron contenidas en los términos latinos de: 1. *respondere* 2. *cavere* 3. *agere* 4. *instituere* y 5. *scribere*. Mediante el *respondere*, emitían su opinión sobre las cuestiones jurídicas, litigiosas o no, que se les planteaban. Esta función llegó a tener gran relevancia, y aunque en un inicio no obligaba al consultante, generalmente se tenía siempre en cuenta la fuerza convincente y la autoridad científica de su autor.⁹¹ Posteriormente sirvió de base para el desarrollo de la jurisprudencia como fuente formal del derecho romano en la época imperial, a través del *ius publicum respondendi*.⁹² Mediante el *cavere*, sugerían los términos y fórmulas que las partes debían

⁹⁰Formado de tres series de normas, las sustantivas, contenidas en las *XII Tabas*, las doctrinales, procedentes de la interpretación realizada por los sacerdotes, y las procesales, derivadas de las acciones de la ley.

⁹¹Cicerón: *Pro Caecina*, 23.

⁹²Poder de responder al pueblo en materia jurídica, Ver. *infra*, cap. VI, en su sección respectiva.

usar en la concertación de los negocios jurídicos, labor que alcanzó gran auge a fines de la República cuando se sintió la necesidad de adaptar las viejas instituciones jurídicas a las nuevas relaciones que fueron surgiendo, haciendo aparecer así la denominada jurisprudencia cautelar. Mediante el *agere*, indicaban a los litigantes los recursos procesales que debían utilizar para la defensa de sus intereses. Mediante el *instituere*, impartían la enseñanza del derecho, antecedente de las famosas escuelas de derecho que se desarrollaron en la época clásica y por último, mediante el *scribere* se imponían la tarea de componer colecciones y tratados sobre temas jurídicos que daban a la publicidad bajo las formas de *responsa* (respuestas) y de *regulae* (reglas).

Por último, es necesario mencionar que los jurisconsultos de aquella época intervenían directamente en la creación del derecho a través del ejercicio de las diversas magistraturas edicentes, o cumpliendo las funciones de jueces, y también integrando los concilios o consejos que asesoraban a un determinado magistrado en el ejercicio de sus funciones.

⁹³D.1.2.2.

⁹⁴A Scaevola se le considera como el fundador del derecho civil.

⁹⁵Con la creación de la acción y la excepción de dolo, el pretor Gallo llevó a cabo una verdadera renovación en el campo de la contratación.

⁹⁶Mediante ella: "el legado que resulte ineficaz en el momento de la muerte del testador, será siempre ineficaz".

70. Las características del derecho

La aparición de la ley de las XII Tabas, con lo cual finaliza el periodo anterior, constituyó el punto de partida en la evolución de la legislación romana que se lleva a cabo en gran parte en esta época, y que culmina en la jurisprudencia clásica de la etapa imperial. Es por consiguiente, dentro del ámbito jurídico, un periodo de transición, un paso del nacionalismo al cosmopolitismo, del formalismo al consensualismo. Durante esta época, destacan el *ius gentium* y el *ius honorarium* en contraposición al *ius civile*, propio de la etapa anterior, en que el derecho se caracterizaba por su nacionalismo, como consecuencia del proceso conquistador y el inicio de la metropolización. De todas las ramas del derecho, la que experimentó cambios más radicales fue la contratación, que necesitó ponerse a tono con el enorme desarrollo económico que provocó la internacionalización. El paso de la economía familiar cerrada a una economía de tipo mercantilista abierta al mediterráneo, la comparación con los derechos de otros pueblos y la mayor cultura adquirida por los romanos, atenuó la rigidez de los actos jurídicos, iniciándose la decadencia del formalismo para dar paso al consensualismo posterior. El intenso tráfico mercantil dió lugar a la contratación consensual creada al calor de las necesidades cada vez mayores y perfeccionada por la práctica y por la labor de los jurisconsultos.

⁹⁷Creador de la famosa definición de la tutela contenida en el *Digesto* de Justiano.

I. Etapa del Derecho Romano Preclásico (desde las XII Tablas 449 a. C. hasta el final de la república 27 a. C.)

| | |
|--|---------------------------|
| A. Extensión territorial Roma-metrópolis (ascenso y apogeo de las guerras de conquista) | |
| B. Régimen de gobierno-república consular | |
| C. Instituciones políticas | magistrados |
| | Ordinarios |
| | Extraordinarios |
| | comicios |
| senado | por curias |
| | por centurias |
| D. Situación económica. | |
| E. Religión-politeísta. Comienza el descreimiento religioso y las influencias orientales | |
| F. Situación social | |
| G. Fuentes del derecho | costumbre |
| | ley |
| H. Características del derecho (periodo de transición) | plebiscitos |
| | edicto de los magistrados |
| jurisprudencia pontifical y laica | |
| senadoconsulto | |
| del nacionalismo al cosmopolitismo | |
| del formalismo al consensualismo | |
| influencias helenísticas | |
| proceso de laicización | |
| principal valor: la equidad. | |

cónsules 509 a. C.
 cuestores 447 a. C.
 pretor urbano 367 a. C.
 pretor peregrino 242 a. C.
 edil curul 367 a. C.
 tribuno militar 444 a. C.
 tribuno de la plebe 494 a. C.

Dictador 356 a. C.

Paso de la economía familiar cerrada a la economía mercantilista abierta al Mediterráneo

Apogeo del régimen esclavista.
 Luchas de clases-patricios y plebeyos (primeros siglos de la república)

crisis agraria (Gracos)
 crisis de nacionalidad (Druso)
 crisis esclavista (Es-partaco)
 crisis institucionales (siglos finales de la república) (Mario y Sila, Pompeyo y César, Marco Antonio y Octavio)

Cap. 6.

Derecho Romano Clásico (Primer periodo del Imperio o "Principado")

78. Las fuentes del derecho: la costumbre y la ley comicial

La costumbre continúa siendo fuente formal del derecho, aunque con vicios de una manera u otra a la sociedad y rechazó igualmente el epicureismo. Sin embargo, aporta interesantes elementos que sirven como punto de transición entre la filosofía pagana del gran orador y la próxima de los padres de la iglesia. Siguiendo ideas de Platón, pero universalizándolas aún más, nos habla del ideal ético en la trascendencia de los fines humanos y en la idealización de una sociedad perfecta. Se estaba ya a un paso de la concepción que San Agustín aportará siglos después en su *Ciudad de Dios*. Ver de George H. Sabine, *Historia de la teoría política*, México, 1963.

carácter secundario. Los jurisconsultos de esta época la definen y le atribuyen, no solo poder para crear nuevas normas, sino también para derogar las leyes vigentes.

Las leyes comiciales entran en proceso de decadencia, cosa lógica si se tiene en cuenta que la nueva constitución política debía acelerar fatalmente la desaparición de los comicios y consiguientemente de la legislación nacida de los mismos. Sin embargo, Augusto se valió de los comicios para hacer aprobar una serie de leyes que él consideraba necesarias para la normatización de la vida romana, y en virtud de su potestad tribunicia, presentó a las asambleas populares buen número de ellas, relativas principalmente al matrimonio, al adulterio, al concubinato, a la procreación, a las manumisiones³² y a reformas de tipo procesal. A pesar de que algunas encontraron cierta resistencia en los comicios, por resultar poco simpáticas a la opinión pública, la voluntad del emperador se impuso y fueron aprobadas.

Pueden señalarse entre las más importantes: la *lex Iulia de adulteris coercendis*; la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, y la *lex Papia Poppaea*, tendientes a robustecer el matrimonio, combatir las malas costumbres, fortalecer la familia y estimular la natalidad. En materia de restricción de manumisiones con el fin de proteger el romanismo, se promulgaron la *lex Fufia Caninia* y la *lex Aelia Sentiae*, que fueron completadas posteriormente en épocas de Tiberio por las leyes *Iunia Norbana* y *Visellia*, que ofrecieron, un *status* jurídico a los esclavos manumitidos no solemnemente, la primera, y la forma de adquisición de la ciudadanía para los mismos, la segunda. En materia procesal se dictaron dos importantes leyes: *Iulia de iudiciis privatis* y *Iulia de iudiciis publicis*, que reorganizaron el proceso, completando en lo civil la reforma iniciada por la *lex Aebutia*, suprimiendo el procedimiento de las *legis actionis*, para dar paso al procedimiento formulario y dictando normas sobre el procedimiento criminal.

En épocas de Tiberio, además de las dos anteriormente mencionadas en materia de manumisiones, encontramos una *Lex Iunia Petronia* sobre procesos de libertad. En épocas de Claudio se dictó una ley relativa a los préstamos de los hijos de familia y otra que abolió la tutela agnaticia de las mujeres. En resumen, ya durante la época de Nerón, la actividad legislativa se había detenido casi completamente y quizás la última ley de la cual tenemos conocimiento fue una ley agraria, probablemente de épocas de Nerva.

³²La legislación augustea está fincada sin duda alguna, en la política nacionalista y moralizadora del emperador, como hemos dicho anteriormente.

79. El edicto de los magistrados

Como habíamos visto anteriormente, el edicto de los magistrados constituía la fuente más importante del derecho privado por su flexibilidad y fecundidad, así como por su sentido nacional y su proyección universal. Durante este periodo, la actividad creadora del pretor entrará en un proceso de decadencia por encontrarse en pugna con el nuevo orden político de concentración de poderes en manos del emperador.³³

En los inicios del principado los magistrados siguieron publicando sus edictos, pero a finales del siglo I no eran más que la repetición de un cuerpo de reglas que se transmitía año tras año de uno a otro magistrado, quizás por que habían adquirido ya la madurez y estabilidad necesaria propia a la fase codificadora, quizás porque se encontraban bajo la autoridad del príncipe que ningún magistrado osaba desafiar. Lo cierto es que sin que se hubiere modificado expresamente la función de los magistrados, éstos, poco a poco, en vez de crear nuevos principios, se apoyaban en las otras fuentes existentes, transformándose así en un órgano esencialmente destinado a traducir en la práctica los principios introducidos por aquéllas y perdiendo por consiguiente iniciativa e independencia.

La concentración de la actividad normativa en manos del príncipe, directamente o por medio del senado, traería como consecuencia una marcada tendencia a la unificación de las fuentes, y signo evidente de la misma fue la decisión tomada por el emperador Adriano, quien mandó llevar a cabo durante su gobierno la compilación del edicto del pretor. Como ya hemos apuntado anteriormente, es posible que este proyecto de recopilación fuese acariciado por Julio César, pero como tantos otros quedó truncado con su muerte.³⁴

La tarea fue encargada al jurisconsulto Salvio Juliano y quedó publicada entre los años 125 a 131 d. C.,³⁵ habiendo sido previamente confirma-

³³ Aunque esta parece ser la opinión general (en este sentido Krüger, Girard y Huvelin principalmente) otros romanistas de la talla de Pacchioni y Bonfante consideran que los pretores continuaron innovando bajo el imperio y que los príncipes, inclusive, vieron con buenos ojos esta actividad.

³⁴ Ya nos referíamos a este fenómeno cuando hablamos de Aulo Ofilio, que según noticias que nos trasmite Suetonio, fue encargado por Julio César para reunir los edictos.

³⁵ Sobre la fecha exacta de la publicación del edicto han habido también discusiones. San Jerónimo, en su traducción de la *Crónica de Eusebio*, da como fecha el 15.º año del reinado de Adriano (131), pero esta fecha ha sido impugnada por diversos especialistas. Para un resumen sobre las fechas propuestas, ver de Girard sus *Mélanges de droit romain*, París, 1912. Lo cierto es que el *Edicto Perpetuo* representó un momento de estratificación del derecho, el segundo de importancia después de las leyes de las XII Tablas, aparecidas con más de medio milenio de anterioridad.

do por un senadoconsulto, que tuvo como efecto hacer obligatorio el mismo en el orden administrativo, es decir, que a partir de ese momento, los magistrados, al iniciar sus funciones, en vez de redactar su propio edicto, tendrían que promulgar el realizado por el emperador. Se le conoce con el nombre de *Edicto Perpetuo* (en sentido diverso al edicto perpetuo o anual con que comenzaban sus funciones los magistrados en la etapa republicana) *Edicto de Adriano* o *Edicto de Salvio Juliano*.

Se ha debatido mucho sobre el alcance o contenido de la obra y sobre la labor del jurisconsulto Salvio Juliano; si fue un mero compilador o si la obra contiene innovaciones debidas a su ingenio. Con respecto al alcance o contenido de la misma podemos decir que el *Edicto Perpetuo* abarcaba, sin lugar a duda, los edictos de los pretores urbanos y de los ediles curules, inclinándose la doctrina actual a estimar que también abarcaba el edicto del pretor peregrino y el edicto provincial en todas aquellas partes que no estaban impuestas por las condiciones especiales de la provincia en cuestión. Tal como lo conocemos hoy en día, estaba dividido en cinco partes: 1. Parte introductiva o preliminar, que organizaba el procedimiento hasta la redacción de la fórmula. 2. Parte que regulaba los medios jurídicos ordinarios. 3. Parte que se refería a los procedimientos más breves. 4. Parte que trataba de la ejecución de la sentencia y 5. Apéndice final, donde quedaban contenidos los interdictos, las excepciones, las estipulaciones pretorias y el edicto de los ediles curules.³⁶ Con respecto a la labor innovadora de Juliano, la doctrina se encuentra dividida; sin embargo, consideramos que el mencionado jurisconsulto sólo debió retocar la redacción de cada uno de los edictos y quizás añadir algunas cláusulas, pero que en substancia, la fisonomía del edicto fue la determinada por su propio desarrollo histórico.

El edicto de Juliano no nos ha llegado directamente, pero sus líneas fundamentales pueden reconstruirse debido a la gran cantidad de fragmentos del mismo contenido en las fuentes. De hecho se han llevado a cabo varios trabajos de reconstrucción entre los cuales destaca la obra de Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, realizada en 1883.³⁷

Como puede comprenderse fácilmente, esta codificación precipitó la desaparición del derecho honorario, ya que a partir de la publicación de la misma, el edicto no podía ser modificado más que por el emperador. Sin embargo, los magistrados no habían perdido el *ius edicendi* y al principio de cada año publicaban su edicto, que no era otro que el de Adriano. Qui-

³⁶ Ver la obra ya citada de P. Krüger, en su parte correspondiente.

³⁷ Otras ediciones, Leipzig, 1927 y 1956.

zās solamente los gobernadores de provincias mantuvieron el *ius edictum* en el verdadero sentido de la palabra, pues tuvieron la facultad de añadir cláusulas especiales exigidas por las circunstancias locales que ningún edicto general hubiese podido prever.

Podemos resumir diciendo que el *Edicto Perpetuo* produjo un anquilosamiento del derecho honorario que murió lentamente por falta de fuegos, haciendo desaparecer esa famosa dualidad existente en el derecho romano (*ius civile* vs. *ius honorarium*) para dar lugar a otra nueva en la época posterior (*leges* vs. *iura*) y que estudiaremos en su momento oportuno.

80. Los senadoconsultos

Siguiendo al jurisconsulto Gayo, podemos definir al senadoconsulto como lo que el senado romano autoriza y establece, esto es, una disposición de carácter normativo emanada del senado y de obligatorio cumplimiento para todos.

Durante la época de la monarquía, el senado, como ya sabemos, constituía un cuerpo consultivo de gran relevancia, que asesoraba al rey y al pueblo a través de consejos que se tenían siempre en cuenta por la experiencia y sabiduría que caracterizaba a los integrantes del mismo. Durante la época de la República, los senadoconsultos comenzaron a influir grandemente en la vida del derecho, pero todavía en la forma velada de recomendaciones que el senado hacía a los magistrados y que estos acogían en sus edictos, entrando en vigor a través de su *imperium*. Por consiguiente, podemos decir que los senadoconsultos surgen, como fuente formal del derecho, durante la etapa del principado, cuando el senado adquiere directamente la facultad de legislar, aunque desde tiempos anteriores interviniera ya en la vida legislativa del país.³⁸

El poder legislativo del senado marca pues, la transición entre la legislación del pueblo de la época republicana y el arbitrio del emperador que se inicia evidentemente en el principado. El mismo Pomponio nos cuenta como se fue gestando la idea de que el senado emitiera leyes, (D.1.2.2.9) al decirnos:

posteriormente, como comenzó a ser difícil que la plebe se reuniera y el pueblo era mucho más difícil con tanta cantidad de hombres, la

³⁸Recuérdese que desde épocas remotas, el senado tenía la facultad de aprobar o vetar los proyectos de ley, facultad llamada *auctoritas patrum* y también la de normar con fuerza obligatoria ciertas disposiciones administrativas en caso de emergencia y disponer en algunas situaciones de la observancia de las leyes.

misma necesidad hizo que se transfiriese al Senado el gobierno de la República y de esa manera el Senado comenzó a interponerse y lo que él ordenaba era observado y este derecho se llamaba senadoconsulto.

Sin embargo, existieron dudas sobre la fuerza obligatoria de los senadoconsultos y así Gayo (I.4) nos dice: "Senadoconsulto es lo que el Senado ordena y establece y tiene fuerza de ley aunque sobre ello hayan habido problemas" mientras que Ulpiano (D.1.3.9) al tratar el mismo problema expresa que "no hay duda de que el Senado puede hacer leyes".

La realidad es que durante la época del principado, el senado adquirió una fuerza legislativa plena, actuando en dos formas; o por iniciativa propia o por iniciativa del emperador, a través de la *oratio* y de la epístola. A medida que la autoridad imperial fue cimentándose, pudo notarse que la primera de estas formas de proceder fue dejando paso a la segunda y los senadoconsultos no fueron más que la voluntad directa del príncipe que adquirieron forma pasando por las manos del senado. Es evidente que el emperador consideró al senado como un cuerpo más seguro y sumiso a través del cual podía legislar sin problemas, eliminando la desconfianza que siempre producen a los poderes absolutos las asambleas populares.

Los senadoconsultos constituyeron una fuente de gran importancia para el derecho privado, quizás por la experiencia técnica de los miembros que integraban el senado. Entre los más importantes podemos citar el senadoconsulto Veleiano que prohibía a la mujer servir de fiadora; los senadoconsultos Tertuliano, Orficiano y Juventino en materia sucesoria, los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano en materia de fideicomisos, y el senadoconsulto Macedoniano sobre préstamos a los hijos de familia, que han llegado hasta nosotros a través de inscripciones y reproducciones contenidas en las fuentes. Ya en épocas de Caracalla, el senadoconsulto desaparece como fuente del derecho, cuando la actividad legislativa se concentra en manos del soberano.³⁹

81. Las constituciones imperiales

Podemos definir las constituciones imperiales como las resoluciones de

³⁹El profesor Edoardo Volterra, de la Universidad de Roma, está preparando desde hace varios años una historia completa del derecho romano a través de todos los senadoconsultos que han llegado hasta nuestros días. Por el momento, consúltese del mismo autor la voz "Senatus Consulta" en el *Novissimo Digesto italiano*, con una exhaustiva referencia a las fuentes y a la bibliografía.

tipo legislativo dictadas por el emperador con carácter de obligatorio cumplimiento o fuerza de ley. Constitución del príncipe, nos dice Gayo (1.1.3) "es lo que el emperador establece por decreto, edicto o carta. Nunca se ha dudado de que tenga fuerza de ley, porque el mismo emperador recibe el *imperium* por una ley". Fueron escasas durante los dos primeros siglos y las más antiguas que se conocen corresponden al periodo de gobierno de Adriano, poco a poco se hicieron más numerosas, hasta llegar a convertirse en la fuente más importante del derecho romano en la época del Bajo Imperio, sustituyendo prácticamente a todas las anteriores y dando lugar al nuevo derecho (*leges*) que se contraponen al derecho tradicional (*ius*) creando un nuevo dualismo que imperará hasta la compilación justiniana.

No podemos precisar el momento exacto en que el emperador adquirió directamente el poder legislativo; y decimos directamente, porque como ya sabemos, el príncipe desde la época de Augusto legisla ya a través de los comicios y del senado principalmente. Es de suponerse, por consiguiente, que a medida que fue decreciendo el poder legislativo de las asambleas antes mencionadas, plegándose siempre a la voluntad imperial, se fue abriendo el terreno para que ya en forma directa se hiciera patente la voluntad del emperador. Es posible también que el nacimiento de las constituciones imperiales estuviese íntimamente ligado a la administración de las provincias. Mientras que en Roma el príncipe era un magistrado que se veía limitado formalmente por las instituciones republicanas, en las provincias era un verdadero monarca con facultad legislativa. La extensión de este sistema imperante en las provincias a la península itálica, fue el resultado de la lenta evolución de Roma hacia la monarquía absoluta de tipo oriental, que caracterizaría posteriormente la etapa del Imperio Absoluto.

Este poder legislativo del emperador lo encontramos en un fragmento de Ulpiano contenido en D.1.4.1. pr. "Lo que place al príncipe tiene vigor de ley, pues por la ley regia que se promulgó acerca de su autoridad el pueblo le confirió todo su imperio y potestad".⁴⁰

Las constituciones imperiales podían tomar cuatro formas distintas: edictos, decretos, rescriptos y mandatos.

Eran edictos aquellos promulgados por los emperadores en el ejercicio del *ius edicendi*, que disfrutaban en su calidad de magistrados. De esta facultad se valieron varios emperadores para introducir reformas importantes.

⁴⁰ Este fragmento del *Digesto* parece haber sufrido una interpolación. Es sospecho so en su redacción y en su fondo. Ver el significado de "interpolación" en el inciso 109 del capítulo octavo.

Recibían el nombre de decretos, las resoluciones o sentencias que dictaba el príncipe en los asuntos sometidos a su juicio y conocimiento, ejerciendo su facultad de magistrado o juez supremo.

En cuanto a los rescriptos, eran las respuestas dadas por el emperador a las consultas que le hacían, tanto los funcionarios públicos, como los simples particulares sobre cuestiones jurídicas. En un inicio no tenían fuerza obligatoria, pero la autoridad y el poder al provenir del príncipe los convertía en decisivos.

Y por último, los mandatos eran las órdenes o instrucciones dadas por el emperador a los funcionarios públicos, generalmente de índole administrativo. En ciertos casos eran publicadas, para de esta forma habilitar al pueblo en la exigencia de su cumplimiento.

Ya en la época del Bajo Imperio desaparecen estas divisiones y las constituciones imperiales adquieren un carácter de órdenes generales dirigidas al senado y al pueblo.

82. La jurisprudencia: las respuestas de los prudentes y la labor doctrinal⁴¹

El término jurisprudencia ha tenido a través del tiempo y el espacio varias acepciones, por lo cual, como acertadamente nos dice Margadant, resulta a veces peligroso.⁴² Significa: a) La ciencia del derecho en general (terminología inglesa);⁴³ b) el conjunto de tesis judiciales en igual sentido (terminología francesa)⁴⁴ y c) el conjunto de opiniones emitidas por los famosos jurisconsultos de una época (terminología típicamente romana) que hoy en día se conoce preferentemente por doctrina. En la literatura hispano-mexicana encontramos el término jurisprudencia en los dos primeros sentidos; sin embargo nosotros estudiaremos la jurisprudencia ate-

⁴¹ Para este inciso y los subsecuentes, ver la monografía ya citada de Beatriz Bernal "Sobre la jurisprudencia romana. . ." en la cual se basa esta parte del capítulo, y de F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953.

⁴² *Derecho privado romano* de Guillermo F. Margadant, ob. cit., p. 54.

⁴³ En este sentido la define Ulpiano como ". . . rerum divinarum atque humanorum notitia, iusti adque in iusti scientia" (D.1.1.10.2).

⁴⁴ Acepción que ha quedado plasmada en muchas codificaciones hispanoamericanas. Para las posiciones polémicas existentes entre la concepción de la jurisprudencia como tesis judicial por un lado y el quehacer jurídico de los jurisconsultos por el otro (jurista actual vs. historiador-romanista) es necesario consultar la obra de Ursicino Álvarez Suárez, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, quien nos ofrece una clara exposición al respecto en el cap. I, "Precisiones sobre el tema".

niéndonos al tercer sentido, esto es a la terminología romana.

Es pues para nuestro interés la jurisprudencia, el caudal de opiniones expresadas por los peritos en materia jurídica que basándose en el conocimiento del derecho positivo y también en su fina intuición de lo justo, evacuaban consultas, resolvían casos reales e hipotéticos, especulando sobre los mismos en sus obras, llegando a crear colecciones que se convirtieron en un múltiple conjunto de reglas, consejos, decisiones concretas y análisis de casos particulares, que han llegado a nosotros a través del *Digesto justiniano*.

Ya hemos estudiado la jurisprudencia durante la época preclásica y por consiguiente conocemos la labor realizada por los pontífices en un inicio y por los jurisconsultos laicos que florecieron a mediados de la República, llegando a su momento culminante a fines de ésta con la integración de la escuela de los *veteres*. Habíamos visto también cuales eran las funciones principales de un jurisconsulto romano (*respondere* - *scribere* - *instituere* - *cavere* - *agere*) y como en un principio, el carácter de obligatoriedad de la labor de los prudentes se basaba, más que nada, en su propia fuerza convincente y en su autoridad y experiencia científica, lo que preparó el camino para que se convirtiera en la etapa que estamos estudiando, llamada por eso clásica, en la fuente jurídica de mayor relevancia.

Durante el principado, la jurisprudencia llegó a su máximo esplendor y si el derecho romano ha podido conquistar la elevadísima posición que ocupa en la historia pasada y en la ciencia actual, ello dependió en gran parte de la energía de pensamiento y de la sensibilidad frente a la realidad jurídica de que estuvieron dotadas las generaciones de juristas que vivieron desde Augusto hasta los Severos.⁴⁵

La labor jurisprudencial se desarrolló principalmente a través del *respondere* y el *scribere* y el origen de su ulterior florecimiento estuvo determinado por dos innovaciones debidas a Augusto: 1. Otorgar a los jurisconsultos de mayor valía el *ius publicum respondendi ex auctoritate principis*,⁴⁶ que consistía en el derecho de responder en materia jurídica como si lo hiciera el príncipe mismo, esto es, con la autoridad que de él emanaba y 2. La creación del *Concilium principis*,⁴⁷ cuerpo de juristas que asesoraba

⁴⁵ Ver de P. de Francisci, *Síntesis*... , ob. cit., p. 411.

⁴⁶ Pomponio, D.1.2.2.49 y 50. Ver *La jurisprudencia*... , ya citada de U. Alvarez Suárez, sección II, 3, d, intitulada: "El príncipe y la jurisprudencia. *El ius respondendi ex auctoritate principis*: proceso de estatización de la jurisprudencia, de rango inferior y provincial", donde analiza el fragmento de Pomponio en el *Digesto*.

⁴⁷ Papiniano D.27.1.30. pr.

ba al emperador y que prácticamente decidía por él en materia de derecho, aunque en épocas de Augusto probablemente solo para dar la solución de casos particulares.

Ha sido muy discutido entre los romanistas el valor legal de las respuestas dadas por los jurisconsultos autorizados. Algunos opinan que estas respuestas eran obligatorias para los jueces; otros sostienen lo contrario, dado que en épocas de Augusto, el mismo emperador carecía de esta facultad.⁴⁸ Lo que si parece probable, es que las opiniones de tales jurisconsultos "privilegiados" debieron pesar más en el ánimo de los jueces porque provenían de personas "con influencias" con respecto al emperador mismo.

Ya bajo el reinado de Adriano, el problema se precisó; tenemos una cita de Gayo (I. 7.) que nos informa que este príncipe dispuso, refiriéndose a los jurisconsultos que gozaban del *ius publicum* que, "si todos coinciden en una sentencia, lo que así opinan alcanza fuerza de ley; más si disienten, está permitido al juez seguir la opinión que quiera. . ." Por otra parte, el *concilium principis* adquirió mayor relevancia y contribuyó sin duda a dar cierta unidad a los criterios jurídicos del príncipe y hacer sentir la influencia de la jurisprudencia en el desarrollo del derecho, pues a él pertenecieron los más grandes jurisconsultos de la época. En resumen, ya bajo Adriano, las respuestas de los jurisconsultos autorizados debieron tener fuerza de ley, además de intervenir éstos directamente en el proceso legislativo como miembros del concilio.

El emperador le había otorgado la categoría de fuente formal del derecho a lo que anteriormente había sido libre actividad creadora de los prudentes, manteniéndolo bajo su control, como también en forma paulatina, había hecho con la ley y los senadoconsultos.⁴⁹ Al otorgarle esa cate-

⁴⁸ En el sentido de que tuvieron fuerza obligatoria desde Augusto, P. Krüger, ob. cit., p. 103. En sentido contrario W. Kunkel, *Historia del derecho romano*, Barcelona, 1965, p. 101. R. Sohm, ob. cit., pp. 42-3, sostiene que la medida de Augusto no hizo más que revivir la vieja práctica en que la respuesta dada por el colegio pontifical a su delegado era decisiva, y que Augusto en su calidad de Pontífice Máximo, delegó esa facultad en algunos jurisconsultos. V. Arangio Ruiz, *Historia del derecho romano*, ya citada, p. 327, quien se opone a esta tesis.

⁴⁹ En la aceptación de las nuevas fuentes formales del derecho siempre se producen procesos a través de los cuales se va logrando su infiltración en la jurisprudencia. Es muy probable que desde que Augusto fomentó el debate entre sabinianos y proculeyanos, hubiera tenido la idea de impulsar la labor de los jurisprudentes como medio principal para lograr el desarrollo del derecho; de otra forma no se comprendería la importante reforma que él mismo formuló mediante la institución del *ius publicum respondendi*. Sobre las relaciones entre la actividad normativa del emperador y la jurisprudencia durante la época del principado, ver la obra de Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano, 1963 y la reseña de García Garrido a la misma, publicada en el A.H.D.E., Madrid, 1966.

ría, convirtió en derecho vigente a las opiniones de estos grandes arquitectos del derecho romano y permitió el desarrollo y florecimiento de la jurisprudencia, pero no hay que olvidar que su finalidad fue la consolidación de su poder, esto es, posibilitar la formación de una nueva fuente del derecho que fuera una delegación o emanación de él mismo.

Debido a esto, la ciencia del derecho, que se encontraba ya en una fase muy desarrollada en el periodo anterior, recibió un enorme impulso, llegando a su "cenit" durante el principado por la labor de los jurisconsultos clásicos, que con una gran percepción de la realidad, unida a un instinto notable para determinar lo justo y equitativo y guiados por un sentido jurídico extraordinario, resolvieron las cuestiones que se les planteaban y lentamente fueron construyendo el edificio de la jurisprudencia romana.⁵⁰

Dentro de las actividades propias de un jurisconsulto estaba el *scribere* derecho. Esta labor literaria alcanzó un amplio desarrollo durante este periodo de actividad creadora y a pesar de que se han perdido la mayor parte de estas obras en su original, las conocemos fragmentariamente a través del Digesto justiniano. Sin embargo, con lo que nos ha llegado por este medio y una pequeña parte que se ha salvado de textos clásicos (las *Instituciones* de Gayo, las *Reglas* de Ulpiano y las *Sentencias* de Paulo, estas dos últimas en versiones postclásicas) es posible formarse una idea bastante aproximada de la producción científica de los juristas romanos.⁵¹

⁵⁰Ver de E. Dihigo, *ob. cit.*, p. 98. Poderosamente influyó la sabiduría de los juristas en la formación del derecho en Roma. Aún falta que los psicólogos se ocupen, a la luz de su ciencia, de este gran fenómeno del pensamiento latino.

⁵¹Dentro de los escritos clásicos que encontramos como obras aisladas debemos mencionar los siguientes: 1. *Instituciones* de Gayo. Hasta principios del siglo XIX, fueron conocidas sólo a través de la compilación justiniana y la *Lex Romana Visigothorum*. En 1816, Niebuhr encontró un palimpsesto en Verona que contenía el texto de las *Instituciones* bajo una transcripción de las *Epistolae* y la *Polémica* de San Jerónimo. La primera edición se debió a J. A. L. Goeschen en 1820. La segunda se llevó a cabo en 1824, con adiciones hechas por Bluhme, quien dejó el manuscrito en un estado precario, debido a los reactivos químicos que usó al trabajarlo. En 1847 Studemund lleva a cabo otra publicación con resultados exitosos y sobre la misma se llevaron a cabo ediciones por Krüger-Studemund y Huschke. Posteriormente fueron enriquecidas con los trabajos de Lachman, Boecking, Polenaar, Dubois y Muihead, quienes aportaron comentarios, indicaciones críticas y textos relacionables. La obra fue escrita en el siglo II, pero la copia de Verona es del siglo V o VI y fue completada con fragmentos encontrados en Egipto sobre un papiro del siglo III (*ossirinco*) y posteriormente se ha llevado a cabo una edición de otra copia de otro código de pergamino del siglo IV o V, cuya importancia es extraordinaria por reproducir pasajes que corresponden a aquellos ilegibles del *Código de Verona*. Desde la primera mitad de este siglo, parte de la doctrina ha creído encontrar en este texto múltiples alteraciones, llegando inclusive a sustentar la tesis de que no es un texto clásico. Sin embargo, Arangio Ruiz, (*ob. cit.*, p. 365),

83. La enseñanza del derecho: las escuelas de proculeyanos y sabinianos

Otra de las funciones de los jurisconsultos romanos que se desarrolló en forma extraordinaria fue el *instituere*, es decir, la enseñanza de los principios fundamentales del derecho a los discípulos.⁵³ Numerosos jurisconsultos se dedicaron a esta labor didáctica, que en un principio debió consistir simplemente en que el alumno se aprendiera de memoria las leyes y presenciara después como el maestro daba sus dictámenes, oyendo su discusión. Más tarde esta labor debió perfeccionarse con una introducción teórica elemental para la cual servían los manuales antes mencionados (las *Institutiones* y *Enchiridia*) en el primer curso del aprendizaje; un estudio profundo y exegético sobre el derecho civil y edictal a través del análisis de las obras sistemáticas en el segundo curso; y por último, un curso práctico donde los discípulos se ejercitaban en el estudio de los casos y en el arte de razonar y de aplicar las fuentes en busca de una solución. De esta labor final surgían las obras antes mencionadas de *Quaestiones* y *Disputationes*. La enseñanza del derecho debió desarrollarse en escuelas especializadas que recibían el nombre *stationes*⁵⁴ ubicados en locales públicos destinados por el Estado para ese fin, tanto en Roma como en ciertas ciudades de provincia. Destacaron, por ejemplo, escuelas de derecho en Cesárea,

⁵² Ver P. Francisci, *Síntesis*. . . ob. cit., pp. 415 y ss.

⁵³ El sistema de enseñanza del derecho de la época republicana, resultaba deficiente para la formación de la creciente demanda de juristas; debido a esto, durante la época clásica, adquirió la enseñanza una forma más académica y definitiva. Desgraciadamente no se cuenta con la información suficiente para determinar cómo se operó este cambio. Ver Schulz, *History*. . . ob. cit., p. 119.

⁵⁴ A. Gelio, *Noches Aticas*, XIII, 13.

Aleandría, Cartagena y Berito,⁵⁵ que llegaron a su máximo florecimiento en los siglos IV y V de nuestra era. Los maestros no gozaban de remuneración alguna por parte del Estado,⁵⁶ aunque parece ser que se les reconocía la realización de una función de interés social con sus ulteriores consecuencias.⁵⁷

Dos de estas escuelas se hicieron famosas en los inicios del principado y su creación y desarrollo nos fue narrado por el jurisconsulto Pomponio en su *Enchiridia* y quedó contenido en el *Digesto* de Justiniano. Según Pomponio, ambas escuelas o sectas fueron fundadas por dos jurisconsultos de la época de Augusto.⁵⁸ Así, dice Pomponio: "Ateyo Capitón, quien preservaba en lo que se le había enseñado y Antisio Labeón, quien por la excelencia de su ingenio y la confianza en sus conocimientos, derivada de quien había estudiado otras ciencias, comenzó a innovar muchas cosas" (D.1.2.2.47). Las escuelas no tomaron el nombre de sus fundadores, sino el de sus discípulos; la escuela fundada por Labeón llevó el nombre de escuela Proculeyana, debido a Próculo y la fundada por Capitón fue conocida como escuela Casiana o Sabiniana, debido a Cayo Casio Longino y Masurio Sabino, destacados sucesores de Capitón.⁵⁹

⁵⁵ El conocimiento de estas escuelas en la época clásica es oscuro. Sólo sabemos con cierta certeza que la de Berito existía desde comienzos del siglo III y que floreció en los siglos IV y V. Ver Schulz, *History*. . . ob. cit., p. 123. Sobre la historia, organización y funcionamiento de la escuela de Berito, Ver Paul Collinet, *Histoire de L'Ecole de Droit de Beyrouth*, París, 1925.

⁵⁶ Siguiendo a Savigny en su magistral estudio clásico sobre la vocación de Roma para el derecho, podemos decir que el espíritu, la mentalidad y la psicología de los romanos se inclinaron hacia el desarrollo de las soluciones de la problemática jurídica y a una alta estima y consideración social a la labor del abogado, del creador y del jurisprudente. No encontramos una tradición anterior a la de Roma en este sentido; la misma Grecia no logró deslindar claramente la labor del orador, del retórico y del filósofo, de la del abogado. Sin embargo, ya desde la época de Cicerón, el honor había dejado de ser el mero honor de servir al cliente y a la justicia, para convertirse en la remuneración económica que en la nueva época recibían los abogados, cuyos servicios nunca fueron objeto de arrendamiento, sino de mandato.

⁵⁷ Recibían a cambio algunos favores y privilegios como eran la posibilidad de ser excusados de ejercer la tutela, reducción de impuestos y exención de otros cargos públicos.

⁵⁸ Arnó, en su obra ya citada, *Introduzione allo studio delle Pandette*, sostiene que la escuela sabiniana es la continuación de la serviana fundada por Servio S. Rufo; y la proculeyana la continuación de la muciana creada por Q. Mucio Scaevola; remontando al origen de la rivalidad a la época de la jurisprudencia helenística (*veteres*).

⁵⁹ Según Schulz, *History*. . . ob. cit., p. 120, debe de llamársela escuela casiana, por considerar este autor que Casio (discípulo de Sabino) fue quien formalmente la fundó, aunque no hay duda de que la obra de su maestro tuvo fundamentalmente fines didácticos.

la decadencia.

El último de los clásicos es Modestino, alumno de Ulpiano, quien cierra el siglo de oro de la jurisprudencia romana. Sus obras anuncian ya la irremediable decadencia del derecho que llega a sus más bajos niveles en la época inmediatamente posterior.⁸⁶

Es un intervalo de menos de tres siglos, la jurisprudencia clásica atraviesa por los diversos estadios de fecundidad, apogeo y declive, íntimamente ligados a la máquina estatal. Claramente lo expresa U. Alvarez Suárez cuando nos dice:

Los hilos sutiles que comienzan a ligar a los juristas del principado con la máquina estatal a consecuencia de la concesión del *ius respondendi* van haciéndose cada vez más fuertes a medida que el régimen avanza. El quehacer del jurisconsulto discurre ahora cada vez más por el mismo cauce por donde se expresa la voluntad del gobernante; la actividad de la *responsa*, vigorizada por el *ius publicum respondendi* se muestra con toda la ingente fecundidad que nos revela la obra grandiosa de la literatura jurídica cumbre, pero cuanto más brillante en contenido, en estilo conciso y elegante, se muestra esta produc-

⁸⁶Se trata de un manual inspirado en el mismo modelo que había servido de base a Gayo para sus *Instituciones*. Aunque más resumida que estas últimas, incluye materias ausentes en la misma, como las relativas a donaciones matrimoniales y dote. Ha llegado a nosotros a través de un manuscrito del siglo X, correspondiente a un extracto llevado a cabo probablemente en la época postclásica. Se llevó a cabo una moderna edición en 1926 debida a Schulz. A los alumnos recomendamos la traducción al castellano de Nina Ponssa de la Vega de Miguénz, en concordancia con otros textos clásicos, Buenos Aires, 1970.

⁸⁷Se ha establecido un paralelismo entre ambos juristas, debido a que hay grandes semejanzas entre la vida y la obra de los mismos. Véase al respecto la obra de Krüger ya citada, pp. 206-207.

⁸⁸Ver *History of Roman Legal Science* de F. Schulz, ya citada, especialmente en el capítulo IV. "The Literature of the Classical Age, its Forms and its Transmission".

ción literaria de los juristas del apogeo, va siendo menos personal y vigorosa la labor creadora del jurisconsulto. Atendiendo al fondo mismo de las instituciones, esta literatura clásica revela un desarrollo más blicana, más que un progreso fecundado por creaciones nuevas. Fue un desarrollo en que se afinaron los rasgos esenciales, se decantaron las soluciones de los problemas y se condensaron con un vigor de razón universal los resultados de las anteriores generaciones de juristas. Los *digesta* de Celso y Juliano, las *responsa* y las *quaestiones* de Papiniano y los comentarios *ad Edictum* y *ad Sabinum* de Paulo y Ulpiano, representaron un tesoro inagotable de sustancia jurídica, en que cristalizó la sensibilidad aguda y genial del pueblo romano para el derecho.⁸⁹

Sin embargo, a finales del siglo II y comienzos del III, va predominando en esta producción literaria, mucho más la labor compiladora que la original, tendencia apreciable en las obras de Paulo, Ulpiano y Modestino. Ciertamente que en ellas imprime su sello la personalidad del jurista, pero esta va desapareciendo y atenuándose cada vez más. Es la iniciación de un declive que va a alcanzar su coronación bajo la monarquía absoluta.

85. Las características del derecho

Durante la etapa clásica, como su nombre lo indica, el derecho, como rama del conocimiento humano, llega a su máximo florecimiento; es necesario pues determinar cuáles fueron las características más sobresalientes del mismo en este momento culminante de su historia.

1. *Consensualismo*. El derecho romano en sus inicios había sido eminentemente formalista y la etapa preclásica constituyó un periodo de transición entre el formalismo y el consensualismo en la realización de los actos y negocios jurídicos. Las causas de esta evolución las encontramos en la internacionalización de Roma a través de la conquista y en el cambio de su economía familiar a la economía mercantilista abierta a la cuenca del Mediterráneo. En materia de contratación es donde observamos con mayor claridad este avance; ya en esta época que analizamos los contratos se perfeccionan por el simple acuerdo de voluntades sin requerir del cumplimiento de formas previamente establecidas que lógicamente resultarían engorrosas a una sociedad mercantilista, influida por los nuevos institutos

⁸⁹La jurisprudencia romana en la hora presente, ob. cit., pp. 136 y ss.

provenientes del *ius gentium*.

El derecho deja de ser oral y percibe la influencia de la escritura a través principalmente de la anexión de Egipto.⁹⁰ La instauración y desarrollo del procedimiento formulario constituye una demostración de ello. La escritura facilita la prueba y elimina la excesiva publicidad en la celebración de los actos jurídicos.

2. *Cosmopolitismo*. El carácter nacionalista del derecho desaparece a medida que Roma entra en contacto con otros pueblos y percibe la influencia del derecho de gentes que, a través de la labor del pretor peregrino, se funde con las instituciones jurídicas típicamente romanas, convirtiéndose en un derecho cosmopolita y universal.⁹¹

3. *Casuismo*. La obra principal de los clásicos estuvo encaminada a la solución de los casos planteados, los que analizaban con lujo de detalles y resolvían, demostrando su gran cultura jurídica y su maravilloso juicio crítico, pero quedaron un poco retardados en la formulación de teorías jurídicas generales; esto es, carecieron de una teoría general del derecho que hubiera redondeado su brillante labor.⁹²

Esto les hizo desarrollar una excesiva sofisticación llegando en muchos casos a conclusiones visiblemente sutiles, alejadas totalmente de la reali-

⁹⁰Como influencia del helenismo, la escritura cobra gran auge en Egipto. Por otra parte nos ha sido fácil recibir esos testimonios gracias al poder de conservación que la arena del desierto produce sobre los papiros. Como veremos en el capítulo siguiente, en la época de la decadencia, el espíritu provincial llegó a Roma afectando su cultura. Como antecedente remoto de los archivos y registros de nuestra época existió desde Julio César el *tabularium* en la parte sur del Foro romano, en donde se guardaban los principales documentos de la legislación romana. El *tabularius* era un oficial encargado de redactar documentos o registros de nacimientos y defunciones, originalmente eran esclavos públicos y posteriormente hombres libres, con el tiempo se organizaron en un colegio de *tabularii*. La actividad de estos funcionarios en el campo privado comenzó a ser semejante a la de los notarios de nuestros días. Véase a este propósito C.10.71.

⁹¹A partir del renacimiento, cuando del humanismo jurídico se pasó al *ius naturalismo*, se llegó a considerar al derecho romano como la *ratio scripta*. Ver de C. A. Maschi, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1957.

⁹²Si bien es cierto que el derecho romano clásico es preponderantemente casuista, lo es también que el romano se encontraba dotado de un cierto espíritu de abstracción que lo llevó a formular definiciones y conceptos en forma descriptiva. No existen teorías, pero sí formulación abstracta y definiciones en el contenido del *Corpus Iuris*. Véase la obra de A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani*, ya citada. Ver también el párrafo III del capítulo XXIV intitulado, "Increasing Tendency Towards Abstract Methods of Thought", de la obra de H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1939.

dad.⁹³ Todo esto retardó quizás un proceso de sistematización del derecho que debió llegar en épocas más tempranas.⁹⁴

4. *Flexibilidad.* La rigidez del derecho había desaparecido ya en los finales de la época preclásica con la labor desarrollada por los pretores y ediles en la administración de la justicia, haciendo intervenir razones de equidad y buena fé en la organización y solución de los litigios que se les presentaban y trayendo como consecuencia la muerte de la época clásica de derecho estricto. Esta característica se mantiene durante la época clásica a pesar de que comienza un anquilosamiento en la labor pretoria con la promulgación del *Edicto Perpetuo*, de Adriano.⁹⁵

Sin embargo, no debemos olvidar que el derecho romano se caracteriza también por su conservadurismo; muchas son las instituciones que demuestran como pretores y juristas fueron forjando un derecho nuevo adaptando e interpretando el ya conocido. El tardío nacimiento de la presentación jurídica, la cesión de los créditos⁹⁶ y el reconocimiento de los contratos innominados, son prueba de ello.

5. *Actividad creadora.* La atmósfera de paz instaurada por Augusto y consolidada en las dinastías que le sucedieron en el poder resultaba muy propicia para desarrollar la actividad creadora de las mentes preclaras que se dedicaron en esta época a las investigaciones jurídicas. Como característica general que nos presenta la jurisprudencia clásica po-

⁹³ Ver de Schulz, *History*. . . y de Margadant, *Derecho romano*. . . , ya citadas, en sus secciones correspondientes.

⁹⁴ Aunque lo vislumbraron ya desde la etapa republicana, especialmente con Quinto Mucio Scaevola. En este destacado jurista encontramos los primeros intentos de sistematización del derecho. Debió escribir su obra llamada *Ius Civile*, dividida en cuatro partes: 1. Derecho testamentario, 2. Derecho de personas, 3. Derechos reales o de cosas y 4. Derecho de obligaciones, según se deduce de comentarios a la misma contenidos en las *Instituciones* de Gayo y el fragmento de Pomponio del *Digesto*. Según F. Schulz se encuentra en ella un verdadero sistema dialéctico, el mismo adoptado por Gayo en sus *Instituciones*, con una pequeña y desafortunada modificación, la colocación del derecho testamentario después del derecho de cosas. Ver F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, ob. cit., pp. 95 y ss. Ver los primeros intentos de sistematización del derecho en Margadant, *Derecho romano*. . . ob. cit., p. 61.

⁹⁵ Recuérdese que ya los clásicos habían recibido de los filósofos griegos el concepto de *aequitas*, y fue precisamente el pretor y luego los juris-prudentes quienes lo plasmaron en el derecho positivo. Numerosas son las hipótesis en que se puede plasmar el derecho romano. De una hipótesis estricta pero lógica para el derecho antiguo, el pretor hace las modificaciones necesarias en vista de la justicia del caso concreto (*aequitas*). El derecho romano es grande y perdurable porque supo sacrificar su rigidez a los valores permanentes del hombre y de la sociedad.

⁹⁶ Ver de Beatriz Bernal: "La cesión de los créditos a título particular en el derecho romano y su recepción en el derecho positivo mexicano", *R. F. D. M.*, t. XXVII, núms. 105-6, enero-junio, 1977, pp. 31-48.

dríamos citar, siguiendo con ello las directrices de Margadant:⁹⁷ a) Unidad de criterio; a pesar de las divergencias entre las escuelas de proculeyanos y sabinianos y entre los diversos jurisconsultos analizados individualmente, podemos notar una unidad de criterios en sus principios y métodos, sin llegar desde luego a la exageración de Savigny que los considera como "unidades fungibles intercambiables"; puesto que no puede negarse después de un análisis de las fuentes, la diferencia de estilos y profundidad entre unos y otros, b) la claridad y sencillez en la expresión, a la cual contribuye el latín jurídico de la época⁹⁸ c) la técnica casi perfecta de que hacen gala y d) el dominio de la materia, que les permite realizar un examen minucioso de los casos que se les plantean, encontrando siempre una solución basada en su extraordinario juicio crítico. Por último podemos añadir una verdadera vocación para el estudio de la ciencia jurídica, unida a la dedicación necesaria que la actividad requiere.

6. *Transición* hacia la *estatificación*. Esta etapa denota el paso de la vieja aristocracia a las nuevas tendencias burocratizadoras, del individualismo creador a la total estatificación que culminaría en la monarquía absoluta.

86. La técnica jurídica de los clásicos

Es en Roma, por primera vez en la historia del hombre, que el jurista adquiere un perfil propio, es decir, se profesionaliza al servicio del derecho. El abogado, en tiempos clásicos, era más bien un orador, llamado a juicio por su cliente (*ad-vocatur*) para impresionar al tribunal con sus palabras. El jurista o técnico, era el conocedor del derecho, el que suministraba las razones o argumentos para llegar a la inteligencia del juez. Así podemos afirmar, que mientras el abogado u orador se dirige al corazón del juez, el jurista lo hace teniendo en cuenta el entendimiento del tribunal.

Como consecuencia de las reformas que sufrió el proceso a partir del si-

⁹⁷ Ver, *Derecho romano privado*, ob. cit., p. 59.

⁹⁸ Estudiando el lenguaje jurídico de la época, se aprecia como los juristas clásicos lograron combinar la equitativa solución del caso con una elegante y perfecta expresión, en forma tal, que ellos mismos se preocupaban conscientemente de lograrla. Ver las obras sobre este tema de G. Sciacia, J. J. Ledesma, A. di Pietro y D. Daube, ya citadas, y con respecto a la funcionalidad del lenguaje jurídico, *El espíritu del derecho romano*, de R. von Ihering. Ver también de Manuel López Medina, "Los latines del jurista" en *R. I. J. E. L. D.*, año 3, núm. 3, México, 1979.

glo III d. C.,⁹⁹ se fueron unificando ambas funciones. Por otra parte, el juez se fue convirtiendo también en un técnico del derecho, atributo con el que no había contado en tiempos anteriores.

De esto se desprende la necesidad de explicar, aunque sea en forma sucinta, el modo de proceder de los juristas romanos, traducido en la tarea de ir forjando y plasmando las instituciones jurídicas.

Para conocer esa técnica podemos acudir a los escritos de los juristas que se conservan especialmente en el *Digesto* de Justiniano. Es verdad que los juristas bizantinos alteraron los textos originales de los clásicos, pero gracias a esas alteraciones podemos distinguir las diversas maneras de proceder de unos y otros.

La jurisprudencia romana es fundamentalmente casuista. Esto significa que el punto de partida de los juristas romanos es siempre el caso concreto, por ello ha afirmado Schulz que para los romanos del periodo clásico "el principio era el caso".¹⁰⁰

A partir del caso concreto, los juristas romanos elaboraron su sistema, entendiendo que el derecho debía estar al servicio de la realidad.¹⁰¹

En el *Digesto* observamos una verdadera técnica de disección del caso, de tal manera, que a base de las diferencias en el planteamiento del problema, se alcanzaban las diversas soluciones jurídicas.

El caso, como punto de partida, generaba una *actio* que permitía al titular del derecho obrar en justicia; ya que sin *actio*, no se concibe el derecho subjetivo.

A través del caso y su solución, los romanos fueron construyendo un sistema que hoy llamamos abierto, ya que no se ciñe a una ley escrita, rígida y previamente establecida.¹⁰²

¿Cómo obtenían...

El derecho romano había sufrido una primera gran reforma a finales de la República con la creación del procedimiento formulario y su generalización a través de las leyes *Aebutia* y *Julia Judiciaria*. Al final del periodo clásico vuelve a reformarse con la instauración del procedimiento extraordinario, surgido años atrás como vía de excepción (de ahí deriva su nombre de *extra ordinem*) y proveniente de las regiones provinciales.

¹⁰⁰Principles of Roman Law, ob. cit., p. 27.

¹⁰¹D.50.1.7.1.

¹⁰²Este fenómeno no se dará hasta Justiniano. A partir de él, el sistema se convertirá en cerrado.

A. Extensión territorial - Roma-Metrópolis; últimas conquistas

B. Régimen de gobierno - Principado

C. Instituciones políticas

Príncipe

Senado

D. Religión

exceptisismo

influencias orientales

aparición del cristianismo

E. Situación económica - Economía mercantilista (en su apogeo)

F. Situación social

consolidación del Imperio. La paz octaviana; comienza a decaer el régimen esclavista.

G. Fuentes formales del derecho

costumbre

ley (en decadencia)

senadoconsulto

edicto de los magistrados (en decadencia).

jurisprudencia (en su apogeo)

constituciones imperiales

H. Características del derecho

consensualismo

influencia de la escritura

cosmopolitismo

casuismo

flexibilidad

conservadurismo

actividad

creadora

la equidad,

principal valor.

Unidad de criterio.

Claridad y sencillez en la expresión.

Técnica perfecta.

Dominio en la materia.

Vocación y dedicación profunda.

III. Etapa del Derecho Romano Clásico (desde el final de la República, 27 a.C. hasta Alejandro Severo 235 d. C.)