

Conferencias de Derecho Romano

Por LUCRECIO JARAMILLO VELEZ

Profesor de la Materia.

EL IUS

Para los antiguos romanos la denominación técnica del derecho como norma que se impone al obrar y exige obediencia es *ius* (1).

NOCION PRIMITIVA — Los romanos primitivos eran gentes poco civilizadas, dedicadas por completo a la agricultura y cuyas necesidades debían ser muy pocas. A ese estado de cultura corresponde habitualmente una noción del derecho completamente empírica; y, en efecto, los primitivos romanos consideraron como derecho un conjunto de reglas y usos tradicionales, recibidos de los antepasados y sancionados por el instinto de la comunidad como normas jurídicas.

EL IUS CIVILE ROMANORUM O IUS QUIRITIUM — Estas reglas, venerables por su antigüedad y por el respeto que inspiraban, eran consideradas como algo propio y exclusivo del pueblo romano, lo mismo que los dioses nacionales, las ceremonias y los sacrificios

(1) La etimología de la palabra *ius* es bastante obscura; viene tal vez de *zeugnimi*, que quiere decir en griego ligar; otros la derivan de la vieja raíz *iaus* [que se encuentra también en sánscrito] y que designa cierta vaga idea de felicidad.

De *ius* se deriva el adjetivo *iustum* que designa la relación de derecho legal, así como *legitimus* designa el derecho que fluye de la ley. Es importante recordar desde el principio que las palabras latinas *justus* y *legitimus* quieren decir en el lenguaje técnico del derecho lo que nosotros expresamos con la palabra legal. Para expresar nuestro adjetivo «justo» los juristas emplean el término más o menos equivalente de *aequum*, que dice relación al concepto de equidad.

religiosos. El extranjero no podía participar en el culto de los dioses romanos, tampoco era admitido a gozar de los beneficios del derecho, reservados únicamente a los ciudadanos romanos. Para indicar, pues, que el derecho es algo exclusivo del "civis romanus" se le llama *ius civile romanorum* o *ius quiritium*.

EL IUS STRICTUM — El derecho romano en sus principios es esencialmente formalista y estricto, como por otra parte lo es el derecho de todo pueblo primitivo. Si la religión de los primitivos romanos exige para invocar a los dioses una fórmula solemne y precisa, así también para actuar jurídicamente es preciso emplear determinadas fórmulas o pronunciar ciertas palabras sacramentales, sin lo cual no se producen los efectos jurídicos esperados. Considerado bajo este aspecto comprendemos que los juristas hayan llamado a este derecho *ius strictum*, porque es un derecho que tiene más en cuenta el empleo correcto de las fórmulas que el fondo mismo del hecho jurídico en cuestión.

EVOLUCION DE ESTOS CONCEPTOS — La noción de derecho que acabamos de describir es antiquísima; de ella parte toda la evolución ulterior. De estas pobres y rudimentarias nociones, las necesidades de la vida dirigidas por el trabajo incansable de los pretores y de los juristas hicieron que se desarrollaran conceptos jurídicos más finos, reglas más justas y prácticas.

A partir sobre todo de la segunda guerra púnica, las necesidades del comercio, el conocimiento de los pueblos extranjeros y de sus diversas culturas y el contacto con la filosofía griega abrieron horizontes insospechados al derecho romano, transformaron sus instituciones y ampliaron las concepciones jurídicas demasiado rudimentarias.

EL IUS GENTIUM — Las recientes relaciones con los pueblos extranjeros y las necesidades del comercio indujeron poco a poco a los romanos a abandonar la primitiva rigidez del *ius strictum* y admitir al extranjero dentro de relaciones jurídicas normales. Sobre esta base comenzó a desarrollarse el *ius gentium* que no es más que un derecho desprovisto de toda fórmula y accesible tanto a los ciudadanos como a los extranjeros. Fuera de esto, el derecho de gentes no se diferencia esencialmente del civil; y puede decirse que el *ius gentium* es el mismo derecho romano desprovisto de los formalismos puramente romanos, los cuales durante mucho tiempo todavía fueron exclusivos del ciudadano.

INFLUENCIA DE LA FILOSOFIA GRIEGA — El contacto con la filosofía griega dió a los juristas romanos nociones más puras sobre su ciencia. En primer lugar les enseñó a considerar el derecho,

no como un conjunto de fórmulas inconexas, sino como una verdadera ciencia y, lo que es más importante, como una ciencia de lo bueno y de lo justo, cuyo fundamento debe ser la noción de justicia (2).

EL DERECHO NATURAL -- En segundo término la filosofía griega dió a los juristas romanos el concepto de derecho natural, considerado como un derecho universal y supremo, que está por encima de los caprichos de los legisladores, siempre igual y siempre válido en el espacio y en el tiempo, porque se basa en la naturaleza misma del hombre (3).

LA EQUIDAD -- La equidad es aquel principio que establece las condiciones y límites a la acción de cada individuo que en la conciencia del pueblo resultarían iguales para todos, teniendo en cuenta las razones de cada uno y la relación con los demás (4).

Como las normas jurídicas no siempre resultan adecuadas a los fines del derecho, bien porque son anticuadas o de cualquier modo impropias para un ambiente dado o para un caso dado, o por la imperfección de los medios de que el legislador ha dispuesto, se origina a veces una antítesis entre lo *iustum* y lo *aequum*, entre el derecho legal y el derecho justo. Como se verá más adelante, el pretor romano abrió en sus decisiones ancho campo al derecho basado en la equidad, aun cuando estuviera en contradicción con el *ius strictum*, basado en la ley o en la costumbre.

Con este concepto de equidad no debe confundirse el concepto de lo que los griegos llaman *epikeia* o sea la indulgencia o benign-

(2) Mucho más tarde el jurista Ulpiano debía dar la célebre definición de la justicia: «*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*».

(3) No todos los autores antiguos dan la triple distinción entre derecho natural, derecho de gentes y derecho civil en el sentido que aquí se le ha dado. Así el célebre jurista Gayo define el *ius gentium* como «aquél que la razón natural establece entre todos los hombres y es común a todos ellos», mientras que el civil es «el derecho propio de los ciudadanos romanos». Instituciones.

El jurista Ulpiano por su parte hace estas afirmaciones completamente insostenibles: el derecho natural es el derecho común a los hombres y a los animales; el derecho de gentes es el común a todos los hombres; el derecho civil es el propio de los ciudadanos romanos. No se ve muy claramente cual pueda ser el derecho común a los hombres y a los animales: el animal podrá ser objeto de derechos, pero no sujeto de ellos.

(4) Etimológicamente, la palabra *aequum* da la idea de una superficie lisa horizontalmente, igual, en la cual nada se eleva por encima de lo demás. Así, con la palabra *aequor*, -oris, -s los poetas designan frecuentemente el mar o las llanuras iguales y desnudas. Otro derivado, la palabra *aequitas* se especializó en el sentido moral y designó la equidad, la justicia, el principio que establece la igualdad para todos, igualdad que sólo se obtiene teniendo en cuenta las razones de cada cual y la relación con los demás.

nidad en la aplicación del derecho. Este último concepto de epikeia fué introducido por los juristas bizantinos.

DERECHO Y MORAL. — La esfera de la moral es mucho más extensa que la esfera del derecho. La moral en efecto regula el actuar íntegro del hombre, tanto externo como interno; es una ciencia total que se ocupa del obrar humano en todos sus aspectos. El derecho por el contrario, por su misma naturaleza, sólo se ocupa del obrar externo del hombre y dentro de ese obrar externo, principalmente de los deberes de justicia.

Los juristas romanos nunca trataron los problemas del derecho en relación con la moral de una manera abstracta y teórica, métodos en los cuales se sienten inseguros y desorientados. Así cuando los juristas enuncian los principios supremos del derecho, diciendo que son "honeste vivere, neminem laedere, ius suum cuique tribuere", (vivir honestamente, no hacer daño a nadie, dar a cada cual lo suyo), le asignan unos límites demasiado extensos: esas son las reglas supremas de la moral: quien las cumpla es perfecto.

El derecho desgraciadamente no puede exigir tanto; y si no exige tanto es porque, como lo anotaron agudamente los juristas, "non omne quod licet, honestum est", (no todo lo que es permitido por el derecho, es honesto, es moral); el derecho no puede ocuparse de todo el obrar humano, so pena de ser utópico.

Por eso en el obrar humano es mejor atenerse a una sólida educación moral, que a las reglas de la ley. Y en este sentido el honeste vivere; el neminem laedere deben guiar siempre los pasos del jurista. En la jerarquía de las ciencias la moral es superior al derecho.

DERECHO Y RELIGION. — A diferencia de los antiguos pueblos orientales para los cuales el derecho y la religión se confunden, puesto que consideran las normas jurídicas como algo dado por la Divinidad, el espíritu práctico y utilitario de los romanos concibió muy pronto el derecho como la obra exclusiva de la libre voluntad humana.

Por otra parte, a diferencia también del espíritu místico de los orientales, el culto público que el Estado romano rendía a los dioses y cuyas reglamentaciones están contenidas en el *ius sacrorum*, consideró siempre a los dioses como a particulares con los cuales se negocia. Los sacrificios y las ceremonias religiosas romanas no son oraciones por medio de las cuales el creyente cree unirse con su divinidad, sino verdaderos contratos, por medio de los cuales se le ofrece algo al dios para que éste a su vez conceda su ayuda y su benevolencia a las empresas de los hombres.

La palabra *Fas*, muchas veces empleada para designar el derecho divino, parece que más bien designa la esfera de la divinidad,

lo que la divinidad permite, mientras que el *Ius* designa, la ley propiamente humana, lo que los hombres permiten. Y las normas que reglamentan el culto debido a los dioses están comprendidas dentro del *ius* y se llaman *ius sacrum*.

II

LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO

El problema de las fuentes del derecho romano se reduce a esta simple cuestión: en dónde está contenido el derecho romano? en dónde se le encuentra?

El jurista Gayo, *Institutiones*, I, 2, enumera brevemente las fuentes del derecho romano: el derecho del pueblo romano, dice, está contenido en las leyes, los plebiscitos, los senados consultos, las constituciones de los príncipes, los edictos de aquellos que tienen el poder de hacer edictos, y en las respuestas de los prudentes (5).

En esta enumeración sólo falta la mención de la costumbre como fuente del derecho, sin duda porque en la época de Gayo esta fuente se había secado y tenía muy poca importancia.

LA COSTUMBRE

La costumbre es un derecho no escrito, nacido espontáneamente de las necesidades y de los usos de la vida cotidiana: es un derecho instintivo que el pueblo mismo va creando y cuya fuerza se deriva del respeto que inspira, de su utilidad para resolver los problemas que la vida va presentando y también del tiempo durante el cual ha regido.

Generalmente el derecho de los pueblos primitivos es consuetudinario. La vida no tiene demasiada complicación y pocas reglas sencillas bastan para resolver los problemas que se presentan. Por otra parte en estos estadios primitivos el Estado no ha usurpado todavía el monopolio del derecho, y las familias y los grupos hacen triunfar la costumbre pacíficamente, por medio de árbitros y, en el peor de los casos, también por la fuerza.

También los romanos primitivos se rigieron en un principio por normas nacidas en el seno de la comunidad y consagradas por un uso constante. A esas normas les daban el nombre de *mores*

(5) Gayo, *Inst.* I, 2. *Constat autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

o consuetudo, -- dinis — y siempre fueron citadas con respeto: mores maiorum.

De esas normas antiquísimas, muchas de las cuales son anteriores a la fundación de Roma, sólo tenemos vagas nociones contenidas en la literatura posterior.

La costumbre nunca desapareció en Roma por completo ni aun en las épocas de mayor complicación jurídica. Si esta fuente se extingue como creadora de derechos, continúa sirviendo para llenar los vacíos dejados por la insuficiencia de la ley y, en forma de desuetudo o desuso, para derogar la ley escrita.

LA LEY

“Lex est quod populus iubet atque constituit” (Gayo, Inst. I, 3).

Si la auténtica costumbre responde de una manera certera a las necesidades de la vida, no podemos negar que también tiende a la dispersión y a la obscuridad, sobre todo cuando la vida evoluciona, y cuando las situaciones jurídicas se complican. A medida que la civilización se va apoderando de las sociedades más o menos primitivas, el derecho tiende a la fijeza, tiende a manifestarse en normas escritas.

La ley es esa norma escrita. La ley presupone un legislador, distinto del instinto jurídico de la comunidad, de donde fluye la costumbre. La ley es un derecho reflexivo, cuyas ventajas teóricas serían la claridad y la certidumbre, que se pagan con posibles equivocaciones e injusticias. Sin embargo, los hombres siempre han admirado a los legisladores (6).

La ley, dice, el jurista Gayo, es lo que el pueblo manda y constituye. En efecto, las leyes de la época republicana y principios del Imperio son leyes populares. Pero no tan populares como en Grecia, en donde cualquier ciudadano podía proponer leyes en la asamblea del pueblo. En Roma solamente ciertos magistrados podían presentar proyectos de ley; se decía entonces que tenían el ius agendi cum populo: esos magistrados eran el cónsul, el pretor y el dictador.

El procedimiento para la votación de una ley era el siguiente:

(6) Aquí no tomamos la palabra Ley en su sentido filosófico, sino en el sentido de norma escrita dictada por un legislador diferente de la comunidad misma, para contraponerla a la costumbre. La ley viene de afuera, mientras que la costumbre surge de la misma comunidad que va a regir. La costumbre es verdaderamente autónoma, en el sentido de la etimología griega.

LA PROMULGATIO --- El magistrado que quiere proponer una ley dá a conocer en primer lugar públicamente su texto y fija una fecha para la reunión de los Comicios, o Asamblea del pueblo (7). Esta publicación de un proyecto de ley para que el pueblo lo conozca se llama promulgatio, o promulgación.

LAS CONTIONES A menudo antes de la reunión de los Comicios o asamblea popular para votar las leyes, el pueblo se reunía con el objeto de discutir públicamente el proyecto. Estas reuniones a menudo degeneraban en tumultos y eran el campo propicio para toda suerte de demagogias y agitaciones. Pero estas contiones de carácter puramente político no constituían ningún requisito legal, es decir nada tenían que ver con la expedición de la ley.

LOS COMICIOS - Llegado el día designado por el magistrado para la reunión de los Comicios, ante el pueblo reunido, se tomaba la venia de los dioses (auspicium) y luego el magistrado interrogaba solemnemente al pueblo preguntándole si aceptaba o no el proyecto presentado. Ahí no había lugar para ninguna discusión: el pueblo acepta o rechaza en bloque el proyecto y no tiene facultad para modificarlo. En un principio la votación (suffragium) se efectuaba oralmente, después se hizo por escrito. La resolución no se obtiene por la mayoría absoluta de los votos, sino por la aceptación del proyecto por la mayoría de las centurias, las curias o las tribus, dentro de cada una de las cuales se contaban los votos por cabezas (8).

AUCTORITAS PATRUM --- La ley así votada necesitaba además para su validez la aprobación del senado patricio (auctoritas patrum), acto que en un principio tuvo gran importancia, pero que más tarde se convierte en mera formalidad.

LEX ROGATA Y LEX DATA --- La lex rogata es la ley votada directamente por el pueblo romano, en la forma que acabamos de ver. Se la llama rogata del nombre latino de la interrogación que hace el magistrado al pueblo para que diga si acepta o rechaza, "rogatio".

(7) y (8) El pueblo romano está dividido en Curias, división que tiene un carácter aristocrático y nobiliario: se pertenece a tal Curia, por que se tiene tal sangre. Otra división del pueblo es en Centurias a las cuales se pertenece, por la fortuna que se tenga y por el puesto que se ocupe en el ejército. La división por tribus parece que tenía un carácter meramente geográfico. El magistrado reúne los comicios por curias, por centurias o por tribus según la materia que se trate de votar. Generalmente los comicios se reúnen por centurias.

La *lex data* por el contrario es una disposición tomada directamente por el magistrado: generalmente pertenecen a esta última clase de leyes los estatutos que rigen las provincias, las que organizan las colonias y las que organizan las magistraturas ordinarias.

Pero el magistrado que dicta una disposición legislativa debe tener la autorización del pueblo, de tal manera que en el fondo la *lex data* es también una disposición basada en última instancia en la voluntad del pueblo romano.

PRINCIPALES LEYES ROMANAS, EPOCA REPUBLICANA

1. LAS LEGES REGIAE -- Las primeras normas escritas de que tengamos noticia en Roma son las llamadas *leges regiae* o *ius Papirianum*. No son más que una colección de preceptos rituales sacados de los archivos de los pontífices. No es histórico atribuirlos a los reyes ni tampoco al pontífice Papirio.

2. LEY DE LAS XII TABLAS -- A principios de la república, en los años 451 a 449 antes de Cristo, la plebe romana, después de duras luchas, obtuvo que el derecho, que hasta entonces había sido mantenido secreto dentro de los colegios de pontífices patrios, fuera publicado para que todos lo conocieran.

Para ello se nombró una especie de comisión de diez ciudadanos, los Decemviri legibus scribendis, para que codificara y publicara la costumbre y sobre todo las fórmulas y procedimientos anteriores. Esta codificación escrita en doce tablas que se expusieron en el Foro, fué por este motivo llamada la ley de las XII Tablas (*lex duodecim tabularum*).

La ley de las doce tablas es auténtica: de ellas se conservan algunos fragmentos sacados de las obras de autores posteriores, sobre todo de Varrón y Cicerón.

Algunas de las materias tratadas en las XII Tablas son: el procedimiento civil y de la ejecución forzosa; el derecho de familia y las sucesiones; los delitos privados y los daños ocasionados a las personas y a las cosas; los derechos de vecindad y la acción de deslinde.

APRECIACION -- Las XII Tablas son el derecho de una comunidad agraria; está dirigido sobre todo a la defensa de la agricultura; contiene ciertos elementos de magia; la ejecución del deudor es bárbara pero definida (9); substituye la venganza privada

(9) In partes secanto, dicen las doce tablas refiriéndose al deudor insolvente. Podrán los acreedores, viejos Shylock, cortarlo en partes? o será una expresión demasiado viva para indicar que pueden dividirse sus bienes.

por composiciones en dinero (10); intenta distinguir entre el acto premeditado o doloso y el acto no intencionado.

3. LEGISLACION POSTERIOR A LAS XII TABLAS — Los romanos nunca derogaron expresamente el derecho de las XII Tablas, por el cual sentían una gran veneración (11); sin embargo, muchísimas leyes en la época republicana y muchas disposiciones de la época imperial lo fueron modificando y sumergiendo, a medida que las necesidades de la vida fueron más grandes y que por consiguiente el derecho se hizo más complicado y diversificado. A un momento dado las doce tablas no fueron más que un venerable monumento del pasado.

La legislación inmediatamente posterior a las doce tablas es sobre todo una legislación política, en la cual los partidos tratan de garantizar sus triunfos y despojar al vencido. Hay sin embargo algunas leyes propiamente civiles importantes.

A título de ejemplo citaremos algunas leyes de los siglos III y II antes de Cristo que aclaran o completan la ley de las XII Tablas. *Lex Poetelia de nexis*: que suprime ciertos rigores de la antigua ejecución por deudas; *Lex "Aquilia"*: ley importantísima que define la responsabilidad por daño de las cosas; *Lex "Cincia"*: sobre las donaciones; *Lex "Plaetoria"*: sobre la validez de los negocios de los menores de edad; *Lex "Attilia"*: sobre el derecho tutelar; *Lex "Furia"*: sobre ciertas prohibiciones a los testadores; *Lex "Aebutia"*: sobre el derecho procesal; en ella se introduce en Roma el procedimiento llamado formulario.

También es importante el desarrollo legislativo que tuvo lugar en los tiempos de Sila (81 antes de Cristo), con las leyes de carácter penal inspiradas por ese dictador. Citaremos las siguientes: *Leges Corneliae "de falsis"* (sobre los falsificadores), de "*sicariis*" (sobre los asesinos), de "*veneficiis*" (sobre los envenenamientos), de "*injuriis*", de "*adulteriis*" et de "*pudicitia*".

También en época del emperador Augusto y para desarrollar el programa de éste tendiente al retorno a la moralidad y a las antiguas costumbres, se dictaron varias leyes importantes cuyo fin fue el de fomentar la natalidad en la clase ciudadana y salvaguardar la moral pública. El fin que el emperador Augusto se propuso no fué alcanzado, porque la moralidad nunca se ha con-

(10) Antiguamente el daño causado a una persona o a una familia era castigado con la venganza privada del ofendido, el cual trataba de inferir un daño similar. Muy pronto la costumbre introdujo que los daños se pagaran en dinero y las doce tablas estatuyeron tablas de valores de los diversos daños: este régimen se llama de la composición.

(11) Ver Cicerón, *passim*, el cual habla siempre con veneración de las XII.

seguido al golpe de decretos, como ya lo anotó el poeta latino: "quid leges sine moribus?" — Citaremos entre las leyes de Augusto: Lex Julia "de maritandis ordinibus" et de adulteriis coercendis y la Lex "Papia Popea", ambas sobre el matrimonio y la represión del adulterio. Las leyes "Fufia Caninia" y "Aelia Sentia", sobre la manumisión de esclavos, que todos los días invadían más las filas ciudadanas con perjuicio de las stirpes puramente romanas. Las leyes Juliae "de vi publica et privata", para tratar de reprimir la violencia. Debe también citarse la ley Julia "de collegiis", sobre las asociaciones.

EL PLEBISCITO — La segunda fuente citada por el jurista Gayo es el plebiscito que es una decisión tomada por la plebe sola para asuntos que le interesaban. El procedimiento para la votación del plebiscito es análogo al de la votación de la ley. El *ius agendi cum plebe* correspondía exclusivamente al tribuno de la plebe, de suerte que sólo ese magistrado podía proponer plebiscitos y hacerlos votar. Siendo el plebiscito un acto de la plebe no requería ni *aspicium* ni confirmación del senado patricio.

La ley Hortencia equiparó el plebiscito a la ley, desde entonces los autores confunden a menudo estas dos fuentes del derecho teóricamente distintas.

EL EDICTO

Ius edicendi habent magistratus populi romani sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum urbani et peregrini (Gayo, I, 6).

Durante la época que media entre la terminación de las guerras púnicas y el fin de la república, la práctica jurídica llegó a ser un factor importantísimo en la historia del derecho romano.

La causa profunda reside en el inmenso desarrollo comercial y político de Roma. En ese momento precisamente la costumbre y la legislación llegan a ser insuficientes para regir las infinitas situaciones jurídicas nuevas; la vida jurídica rompe las rígidas formas del antiguo derecho; y, como la legislación no logra seguir el ritmo de un desarrollo tan intenso, la práctica del derecho tuvo que buscarse por sí misma su camino. El magistrado encargado de la diaria administración de la justicia, que en Roma es el pretor, forzosamente tuvo que saltar por encima de los límites de la ordenación jurídica existente y pasar al campo de la libre creación del derecho.

LOS EDICTOS DE LOS MAGISTRADOS — Esa libre creación del derecho se hizo por medio del edicto.

Los edictos son bandos o proclamas que los magistrados edicentes, dirigen a los ciudadanos para adoptar medidas circunstanciales políticas o administrativas. Algunos edictos tienen más alcance y se refieren al conjunto de actividades oficiales de un magistrado y permanecen en vigencia mientras ese magistrado esté en funciones. A esta clase pertenecen los "edictos" llamados "jurisdiccionales", en los cuales el magistrado da las normas que piensa seguir en el ejercicio de su magistratura y las fórmulas procesales que en cada caso ofrece a las partes, según los casos.

En Roma los magistrados que tienen derecho a dar edictos son los ediles curules, a cuyo cargo corría la policía en Roma y la administración de las plazas de mercado; los gobernadores de provincias y los cuestores, pero sobre todo, los pretores urbano y peregrino, en cuyo edicto se encuentran sobre todo las normas jurídicas.

Teóricamente el edicto no debe durar más de un año y puede cambiar con el nuevo magistrado que cada año entra a desempeñar su oficio. Sin embargo, la necesidad de que la función jurisdiccional fuese permanente y segura hizo que los magistrados y sobre todo los pretores adoptaran los edictos de sus antecesores. De esta manera se fue formando un fondo invariable de normas que pasaba de un magistrado a otro se le llama "edicto translaticio".

Dentro de cada jurisdicción es posible hablar de la evolución del edicto, en cuyo desarrollo cada magistrado contribuía un poco, o mucho o nada, según las diferentes personalidades y las necesidades de la vida. Desgraciadamente los detalles de esta evolución son casi completamente desconocidos. Solamente conocemos la codificación que pone término al desarrollo del edicto del pretor, codificación redactada en 130 después de Cristo, por el jurista Salvio Juliano, por orden del emperador Hadriano.

DERECHO CIVIL Y DERECHO HONORARIO — "Jus honorarium est quod praetores intraduxerunt adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia". Papiniano.

Los principios de derecho creados por los pretores en el ejercicio de su jurisdicción se llaman derecho honorario o pretoriano; y en contraposición se llaman derecho civil a las normas que tienen como fuente la costumbre o la ley (13).

Estrictamente el magistrado romano no puede crear derecho; a él solamente le corresponde extraer de cada norma legal su significación práctica, para el caso determinado que debe juzgarse. Pero

(13) El derecho honorario se diferencia de la costumbre en que sus normas no son la creación instintiva de la comunidad, sino la creación de una voluntad consciente del fin propuesto: el magistrado.

a medida que el magistrado resuelve las cuestiones jurídicas en determinada forma, esa forma se va afianzando dentro del uso constante y dentro de la comunidad se llega a la convicción de que esos preceptos del magistrado también son derecho. Este es precisamente el pensamiento de Cicerón cuando afirma que el edicto del pretor es una *lex annua*.

De esta manera la teoría jurídica de la época imperial distingue en el derecho dos grupos, oponiendo el derecho que tiene como fuente la costumbre y la ley (*ius civile*) al derecho que tiene como fuente la libre creación del magistrado (*ius honorarium*). El *ius civile* y el *ius honorarium* tiene esferas equivalentes pero diversas y de esta manera muchas relaciones de la vida jurídica quedan duplicadas, así: por ejemplo a un dominio de derecho civil se opone un dominio derecho honorario.

El sentimiento de esta dualidad comienza a perder fuerza en el curso del siglo II de nuestra era. El edicto, dijimos, queda codificado en tiempo del emperador Hadriano y entonces se inicia un proceso de fusión entre ambos derechos tanto de parte de la legislación como de parte de la ciencia.

Pero debemos anotar que aun en los tiempos de la más estricta separación conceptual entre ambos derechos, su eficacia práctica es idéntica: el magistrado por medio del derecho que él crea libremente procura llenar las lagunas o deficiencias del derecho civil; más aun lo corrige en lo que ese derecho tenga de impracticable y de injusto; el derecho honorario, a pesar de su naturaleza especial, tiene una aplicación inmediata y a veces preferente al derecho civil.

También debemos anotar que muchas instituciones que en su origen se deben a la libre creación del magistrado, con el tiempo llegaron a ser derecho civil estricto. En este sentido el magistrado fué un precursor de la legislación.

EL SENADO CONSULTO

Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit. (Gayo, I, 4).

El senado romano en sí mismo no era un cuerpo legislativo, sino deliberante, a pesar de lo cual su influjo fué casi siempre decisivo en la legislación gracias al prestigio de que gozaba.

Durante las guerras púnicas, la influencia del Senado fué considerable y probablemente entró a legislar, pero la verdadera potestad legislativa solamente la adquirió en la época de Augusto, y esto más por la fuerza de las circunstancias que por modificación legal de la constitución.

Augusto nunca se atrevió a rechazar francamente la Constitución republicana. Gobernó guardando las formas republicanas y nunca adoptó ni el título de rex ni el de dominus. Las votaciones populares tal como han sido descritas anteriormente le sirvieron para imponer su voluntad. Pero pronto se dió cuenta de que esas votaciones ya no tenían sentido. La población romana estaba dispersa en el extenso territorio. En Roma no quedaba más que una plebe levantisca incapaz de legislar. Las circunstancias mismas demostraron que no se gobierna un extenso imperio de la misma manera como se gobierna una ciudad. Augusto pensó entonces en el Senado como cuerpo legislador; así por lo menos se conservaba la ilusión de que la antigua República no había del todo desaparecido.

Si la intención de los primeros emperadores fué la de crear un cuerpo de senadores con ideas propias y verdaderamente colaborador, muy pronto la preponderancia del poder imperial redujo en la práctica al Senado a ser un mero instrumento para registrar la omnipotente voluntad del príncipe: los proyectos del emperador apenas si encontraban oposición, el proyecto se convertía en ley por su mera lectura ante el Senado; Tácito tenía razón cuando para referirse a los senadores romanos emplea la fuerte expresión "ruunt in servitutum".

El tiempo de la legislación senatorial se extiende desde la época de Augusto hasta la de Marco Aurelio y Cómodo. El número de sus resoluciones en materia civil es muy importante, sobre todo en el derecho de la familia y en el derecho sucesorio. Los senatus-consultos son conocidos por el nombre del proponente o de quien hubiera puesto en discusión el proyecto.

CONSTITUCIONES IMPERIALES

Constitutio principis est, quod imperator decreto, vel edicto vel epistola constituit, nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. (Gayo I, 5).

Augusto y los primeros Césares no poseyeron la potestad legislativa basada en la constitución política del Estado. Desde la época de Augusto se recalcó que la constitución republicana seguía en vigencia y el propio Augusto rehusó varias veces los poderes que se le ofrecieron para legislar de una manera independiente y según su criterio personal. Como lo hemos visto, la facultad legislativa de los emperadores se desenvuelve en la forma que corresponde al ejercicio normal de las funciones de magistrado republicano o por lo menos en una forma análoga.

A pesar de todo, y debido a la enorme influencia de los emperadores, sus disposiciones, genéricamente llamadas Constituciones imperiales, alcanzaron muy pronto fuerza de leyes tanto en la conciencia jurídica del pueblo como en la práctica de los tribunales. El edicto de Hadriano ya equipara las constituciones imperiales a las otras fuentes del derecho. Desde mediados del siglo II la doctrina reconoce a las Constituciones imperiales fuerza de ley, mediante la ficción de la ley de imperio, según las cuales el pueblo conserva incólume su soberanía, pero mediante una ley se la cede al emperador. Por eso dice Gayo en el fragmento citado que nunca se dudó que la constitución imperial tuviera el valor de una ley, puesto que el mismo emperador había recibido el imperio por medio de una ley.

Sin embargo puede decirse que hasta Diocleciano, los emperadores evitaron mezclarse en la esfera del derecho positivo mediante disposiciones personales, a pesar de que en su carácter de magistrados republicanos podían hacerlo. Como lo hemos visto, para imponer su voluntad, los emperadores se sirvieron de medios indirectos como el senado-consulta y aun la legislación popular.

En la época de Diocleciano y sobre todo desde Constantino, la constitución republicana queda por completo abolida y el emperador se convierte en el único órgano del Estado: a él le corresponde en adelante legislar, administrar y juzgar.

En esta época en que el Estado romano se convierte en una monarquía de tipo oriental, la voluntad imperial tiene pleno valor de ley y adquiere una función dominante en la evolución jurídica. Si antiguamente pudo definirse la ley como "lo que el pueblo romano manda y establece", ahora, la ley no es más la voluntad imperial: "Quidquid princeps voluit, legis habet vigorem", dice el fragmento de un jurista.

MANIFESTACIONES DE LA LEGISLACION IMPERIAL HASTA DIOCLECIANO — El jurista Gayo nos ha dicho en el fragmento citado que la constitución imperial es lo que el emperador establece por medio de un "decreto", de un "edicto" o de una epístola. Estudiemos cada una de estas formas.

1) EL EDICTO — Lo mismo que los magistrados republicanos, los emperadores podían publicar edictos, cuya importancia es más grande debido a la importancia de las funciones imperiales y al carácter vitalicio de las mismas. Los edictos imperiales rigen aun después de la muerte del emperador que los dictó a menos que fueran expresamente derogados.

2) LOS DECRETOS --- Los decretos imperiales son las resoluciones judiciales del emperador. Son una manifestación del poder imperial que no tiene paralelo en la organización republicana. El emperador podía atraer a su conocimiento y resolución personal cualquier cuestión litigiosa, bien fuera que una de las partes acudiera a él o que el magistrado se la presentara. La decisión definitiva correspondía siempre al emperador, pero éste solía dictar su sentencia, después de haber oído su Consejo, en el cual generalmente estaban representados los más grandes juristas de la época. Por este motivo la jurisprudencia del Consejo Imperial es muy importante.

Las sentencias imperiales en un principio no debían tener validez más que en el litigio en el cual habían sido dictadas. Pero a causa de la inmensa autoridad de que gozaba el emperador, muy pronto sus sentencias fueron alegadas en causas similares y la conciencia jurídica del pueblo y la práctica de los tribunales las equiparó a fuentes de derecho.

3) LAS EPISTOLAS --- Al lado de las decisiones orales del emperador, se encuentran los dictámenes que emitía por escrito cuando era consultado sobre un caso litigioso. Tales decisiones llevan el nombre de rescriptos (rescriptum).

Existen "dos clases de rescriptos": a) Las consultas e informes de los funcionarios, consejos territoriales o provinciales, municipales y otras corporaciones solían el emperador contestarlos en forma de cartas; son las llamadas "epístolas" (epistola). Para la redacción de estas respuestas existía una secretaría especial, la secretaría ab epistolis, la cual estaba encargada de redactar las cartas.

b) Los solicitantes particulares debían entregar personalmente o por medio de comisionados sus peticiones durante una audiencia del emperador. Esas peticiones eran llamadas libelos (libelli). La respuesta se redactaba en una secretaría especial, la secretaría a libellis y se consignaba al pie de la solicitud con el visto bueno del emperador. El peticionario podía obtener una copia.

Los rescriptos imperiales podían tener un contenido muy variado. Generalmente resolvían cuestiones administrativas o judiciales. Para la evolución del derecho tienen importancia debido a la práctica desenvuelta en el siglo II de solicitar del emperador la resolución de cuestiones jurídicas. El examen de los hechos y la sentencia propiamente dicha correspondían siempre al juez competente; pero sí se comprobaba la certeza de los hechos sobre los cuales se basaba la respuesta imperial, el juez tenía que dictar su sentencia en concordancia con el punto de vista sostenido por el emperador en el rescripto.

El rescripto pues no es propiamente un acto judicial; es más

bien una ilustración jurídica autoritaria análoga a los dictámenes de los juristas provistos del *ius respondendi*. Por la fuerza vinculante que poseían los rescriptos imperiales ocupan un rango especial. Conservamos gran número de rescriptos.

4) LOS MANDATOS — El último grupo de órdenes emanadas del emperador y que no cita Gayo en su fragmento, son las órdenes de servicio dirigidas a los funcionarios y conocidas con el nombre de mandatos (*mandata*).

Ya los magistrados republicanos habían podido delegar el ejercicio de sus facultades, para determinados casos y cuestiones, en funcionarios de orden inferior (*mandare, delegare*). Los emperadores pusieron en práctica el mismo derecho y crearon una extensa organización de funcionarios encargados de la administración de numerosos negocios. La actuación de estos funcionarios era regulada por órdenes de servicio o mandatos. En un principio estos mandatos sólo tenían validez para el funcionario a quien se habían dirigido y para el tiempo que duraba su cargo. Después adquirieron cierta uniformidad, de tal suerte que cada funcionario extendía a su sucesor su mandato sin modificaciones esenciales.

Los preceptos jurídicos contenidos en los mandatos eran considerados por los juristas como derecho vigente y los particulares podían alegarlos en tal calidad.

LEGISLACION IMPERIAL DE LA ÚLTIMA ÉPOCA — En la época de Diocleciano el absolutismo imperial convirtió las formas republicanas en mera apariencia. Desde entonces la verdadera fuente del derecho fueron las leyes generales dictadas directamente por el emperador, cuya voluntad expresaban.