

Fusión del jus civile y jus honorarium: Sus efectos

POR EL

Dr. Luis Garzón Funes

ANTECEDENTES HISTORICOS

La legislación de un pueblo es el exponente de su modalidad. Por eso el historiador moderno, si ha de mostrarnos la fisonomía de cualquier grupo social, ha de llevarnos necesariamente a la convención escritas o consuetudinarias que rigieron las relaciones jurídicas de los hombres entre sí o frente al poder público.

Si la ley en acepción restringida, es lo que el pueblo manda y constituye (*quod populus jubet atque constituit*) claro está que ese pueblo la ha de imponer conforme a un criterio peculiar vinculado a su religión, a su moral, y con ello, al concepto del bien o del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo lícito o de lo ilícito, etc. Por eso, repetimos, la legislación es el exponente de una modalidad. No hay dos pueblos idénticos, como no hay idénticas dos unidades humanas. De ahí el craso error de fundadores de nacionalidades adaptando, por ejemplo, para pueblos que nacen, organizaciones jurídicas o políticas teóricamente inobjectables, de excelente resultado en determinadas agrupaciones sociales pero inadaptables desde luego, en ambiente totalmente distintos al en que florecen dichas organizaciones. Sin ampliar mucho el horizonte de nuestras observaciones y colocándonos en un punto de vista argentino: las mayores dificultades que hemos encontrado para poner en movimiento el mecanismo de nuestra constitución nacional, reside en la inadaptableidad de ciertas normas de excelente resultado en Norte Amé-

rica a nuestra modalidad. Pero esto, que es claro como la luz, será materia de otro trabajo.

Asentado lo expuesto, afirmaremos que Roma prueba acabadamente el fundamento de tales conclusiones: Sus leyes —predigiosas leyes!— transuntan toda su psicología. Remontémonos brevemente a sus orígenes un tanto oscuros, despojémonos de los velos que cubren sus mitos y sus fábulas, penetremos con la clave de sus monumentos, de sus inscripciones, de sus códices, de sus tablas, de sus mármoles, en la intimidad de aquel mundo glorioso. Desde las XII tablas hasta las novelas de Justiniano —¡alrededor de un milenio!— la ley marchó paralela a las transformaciones de aquella sociedad, siguiéndola en sus caídas, en sus revoluciones, en sus guerras, en sus conquistas y en sus catástrofes. Pero ciñéndonos a lo estricto del tema, veamos cómo es exacto lo expuesto y cómo los romanos encontraron en sí mismos la fuente cuya linfa purificó la corriente turbulenta de una legislación brutal y bárbara.

Es conocido el origen de Roma, mejor dicho, la versión al respecto más aceptada, robustecida entre otras por la opinión de Niebuhr, el ilustre descubridor de las *Instituciones* de Gayo: latinos, sabinos y etruscos constituyen la célula primitiva. Los vestigios de una civilización quizás anterior ceden ante la aparición comprobada de aquellas tres fuentes de la vida romana. Y bien, ¿Qué caracteriza a esos remotos núcleos sociales desde su aparición? Lo que caracterizó a casi todos los pueblos antiguos en su cuna: la desigualdad de clases: patricios, plebeyos, esclavos, patronos, clientes. Ignorancia, servidumbre. Privilegios de un lado, sumisión de otro. En un momento dado, patricios y plebeyos se funden en un esfuerzo común cuyo resultado fué el advenimiento de la República. Pero tal acontecimiento, significó para los plebeyos una victoria a lo Pirro. Ciertamente reemplazaron a los antiguos reyes dos cónsules elegidos anualmente por el pueblo; pero los verdaderos gobernantes fueron los senadores, de pura cepa patricia. Al pueblo, ingenuo como siempre, se le conformó confiriéndole por la ley Valeria le derecho de conocer en grado de apelación, con algunas excepciones, de la pena de muerte impuesta por los magistrados. Tal situación hubo de prolongarse hasta el advenimiento de los tribunos

de la plebe (tribuni plebis). Pero como la convicción del propio derecho engendra nuevas exigencias fundadas en la justicia y también en la fuerza material, la plebe prosigue su marcha triunfal en el camino de sus reivindicaciones hasta conseguir nada menos que el consulado en la persona de L. Sextius Lateranus (año 387 de R.) y finalmente, tiene acceso al colegio de los Pontífices y al de los Augures (454 de R.). Con lo que puede darse por extinguida la lucha entre patricios y plebeyos.

Si tal es el panorama que ofrece el desarrollo de la sociedad romana durante los primeros siglos posteriores a su nacimiento, ¿cuál pudo ser su fisonomía jurídica?: pues simplemente una emanación de aquélla. La ley de las XII Tablas refleja nítidamente aquel estado social. Lacónica en sus preceptos, rígida en sus disposiciones es bárbara en la clasificación de las individualidades humanas. Si el demandado se niega a concurrir ante el magistrado, el demandante puede constreñirle por la fuerza. En caso de condena, si no paga o si alguno no le sale de fiador, el deudor puede ser encadenado, privado de la vida y despedazado cuando los acreedores son varios. El padre puede dar muerte al hijo deforme o monstruoso; y al normal, azotarlo, venderlo o matarlo aun cuando desempeñe elevados cargos en la República. El poder marital es brutal: la adquisición de ese poder se adquiere por la posesión de un año de la mujer. El extranjero no puede adquirir jamás por la posesión una cosa perteneciente a un ciudadano romano. Impone la pena capital a los autores de libelos difamatorios y la del talión contra el que rompe un miembro y no transige. El que de noche y furtivamente siegue las mieses, si es púber, paga el delito con la vida y si es impúber, con azotes con varas. El que incendie a sabiendas un edificio es atado y arrojado al fuego. El patrono que defrauda al cliente es sacrificado a los dioses. *Et sic de ceteris.*

He aquí el derecho que creó la costumbre. He aquí la eclosión, diríamos así, del primitivo derecho romano nacido con los orígenes mismos de la ciudad. Resultante ésta, según se ha dicho, de la fusión de tres tribus, el romano de la primera época es por naturaleza austero, valiente hasta la temeridad, tenaz en sus propó-

sitos, cuidadoso de su libertad, amante de las labores agrícolas. Tales condiciones lo elevan sobre los pueblos vecinos a quienes subyuga. La población aumenta más y más ora con los extranjeros que buscan asilo, ora con los esclavos fugitivos, ora, en fin, con grupos sociales a los que incorpora por la fuerza. Y aquí tenemos el origen y fundamento del Derecho quirritario (*ius quirritium*) que informa durante siglos la organización social y política de Roma.

El ciudadano romano es el señor de la ciudad: a él solo compete entre los *jura privata* el *connubi*, el *ius commercii* y el *ius legis actionis*; y entre los *jura publica* el *ius suffragii*, el *ius honorum* y el *ius sacerorum et sacerdotiorum*. Sólo a él correspondía aquel poder formidable, *manus*, que restringido más tarde al marital, comprendía en su acepción primitiva, mujer, hijos, esclavos, hombres libres sometidos, bienes, etc. La fuerza es el símbolo de su existencia. Por la fuerza adquirió el suelo, por la fuerza la mujer, conforme a la tradición legendaria, por la fuerza incorporó a su población a los habitantes de territorios vecinos. La fuerza es su ley. Son los quirites, los hombres de la lanza. ¿Habría, entonces, que extrañar el predominio de la fuerza en el fondo de sus nacientes instituciones?

Pero la fuerza expansiva de Roma adquiere progresivamente extraordinaria amplitud. Su vigor se afirma más y más con la absorción de ciudades y pueblos. Ciertamente que a veces su acción se detiene ante resistencias inesperadas. Ciertamente que más de una vez sus legiones tuvieron que regresar diezmadas y vencidas estrelladas contra energías guerreras superiores a las suyas. Pero la tenacidad romana triunfaba al fin y en el peor de los casos, para ella la lucha terminaba en un pacto de alianza que si bien les permitía conservar a los pueblos agredidos su gobierno y sus leyes, les obligaba en cambio, a acudir en defensa de Roma en las luchas que sostenía. Tal el origen de los latinos (*latini, vetus, Latium*).

Este aumento de la población, este engrandecimiento de Roma, alteró lógicamente la fisonomía de su primitiva composición social. Ya no había solamente patricios y plebeyos. Ya las personas se dividieron en ciudadanos (*cives*); en aliados, latinos (*latini*); en colonos latinos (*latini colonarii*), en municipales, en extran-

jeros (hostes, peregrini) y finalmente en bárbaros (barbari). Y aquí tenemos una explicación clara de la transformación que experimentó el derecho civil primitivo cuya dureza hemos anotado. Esa mezcla, esa fusión con elementos heterogéneos, trajo como consecuencia, una ductibilidad compatible con las variadas modalidades y costumbres que la imponían. Pero esa transformación, como se comprende, no fué instantánea y en su génesis y desenvolvimiento desempeñó un rol prominente un magistrado.

EL PRETOR

Parece que la denominación de pretor se aplicó antiguamente a los cónsules para referirse a su poder jurisdiccional. Más tarde, el Senado quitó a aquéllos tal poder, confiriéndolo a un patricio. Tal fué el origen de esta magistratura que con el correr del tiempo había de desempeñar una función tan importante en el desenvolvimiento del derecho romano. Su situación jerárquica fué tal, que reemplazaron a los cónsules cuando éstos marchaban a las guerras fronterizas y no hubiese quien en la ciudad pudiese pronunciar sentencia: *quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate ius deditere posset, factum est ut praetor quoque crearetur.* (Pomponio Dig. L, I, T, II. De origine iuris et omnium magistratum...).

Es pues axiomático que la creación de la pretura surgió de la necesidad de aliviar la pesada tarea de los cónsules y en modo alguno como una exigencia de la plebe, según deducciones de algunos, dado que desde el principio tuvieron acceso a ella los plebeyos. Y aquí conviene señalar la aparición en germen de un principio constitucional vigente hoy día en todos los países democráticos; la separación de poderes. Los cónsules conservaron sus facultades ejecutivas, los pretores asumieron las judiciales, mas, limitadas a lo que hoy llamamos derecho civil procesal. En forma que jamás podían producirse conflictos de jurisdicciones atenta la separación de atribuciones creadas en orden a conseguir los mayores beneficios en la administración.

Y ocurrió que engrandecida Roma con la agregación de nuevos elementos étnicos las fórmulas y principios que regían las relaciones entre los romanos, resultaban inaplicables a estos nuevos elementos en virtud de la misma complejidad que trajo su irrupción. La legislación conforme al principio que hemos recordado, debió acomodarse a los problemas planteados por nuevas razas, nuevas creencias, nuevos usos y costumbres. No bastando el pretor existente, que para caracterizarlo se llamó *urbano*, se creó otro que se llamó *peregrino* en razón de que ordinariamente dictaba sentencias entre extranjeros (*quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*), Pomponio, lugar citado.

Ya veremos el alcance e importancia que alcanzó el derecho pretorio u honorario, denominado de este último modo en honor de los pretores: *quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*. (Papiniano, Dig. L. I, T. I.).

Pero hagamos notar desde luego, que su aparición señaló una etapa singular en el desenvolvimiento del derecho romano. Para la historia de éste, la división de la historia general de Roma en monarquía, república, e imperio no tiene mayor importancia, dado que esos cambios de regímenes políticos, no comportaron por sí mismos cambios en los regímenes jurídicos, salvo, como es natural, los vinculados al derecho político. Es más aceptable que al estudiar la historia de la legislación romana adoptemos como un punto de referencia la aparición de la pretura ya que ella, según veremos, debía con el tiempo hacer tambalear las bases sobre las que se asentaba el *jus quiritium*, el *jus civile*, que nació, diríamos que simultáneamente con la ciudad de Rómulo. El grito orgulloso de *civis sum romanus* iba a apagarse paulatina pero ininterrumpidamente.

¿Cómo nació el *jus honorarium*? ¿Lo impuso una ley, un *senatus consulto* o simplemente la costumbre? Debemos aceptar lo segundo ya que en la investigación de textos y antecedentes no encontramos rastros de una disposición positiva que lo imponga.

Nos hemos referido ya a las características del primigenio *jus civile* de los romanos, cuya dureza, cuya crueldad armonizaba con la psicología de aquel pueblo. La familia, la propiedad, las sucesiones, los contratos, todo estaba saturado del concepto bárbaro

y absolutista del *jus civitate*. En cuanto a familia, el jefe (*sui juris*), el poder marital (*manus*), el poder sobre los hijos (*potestas*), el poder sobre el hombre libre adquirido por compra (*mancipium*); el adquirido por adjudicación en pago de deuda (*addictus*), el vínculo de agnación referido a los parientes que no les ligaba ningún grado representado por una mujer; el de cognación a los parientes sin aquella limitación, entre los que se incluían también a los adoptados y a los adrogados; la gentilitas, la perpetua tutela de las mujeres, etc.

En cuanto a las cosas y a la propiedad. Clasificación de las primera en *mancipi* y en *nec mancipi* con todas las consecuencias sociales y jurídicas inherentes a tal clasificación.

En cuanto a los testamentos: Absoluta libertad del jefe de familia para disponer sin cortapisas de todos los bienes, aún de los que habían sido adquiridos por medio de las personas que le estaban sometidas.

En cuanto a las sucesiones: La *agnatio*, el vínculo puramente civil desalojando al natural y la ausencia de vocación hereditaria de la madre en la sucesión del hijo y del hijo en la sucesión de la madre.

En cuanto a los contratos: La fórmula solemne (*nexum*) con intervención de ~~la~~ vara de metal y el peso; más tarde la simplificación de esta formalidad mediante el sistema de las preguntas y respuestas congruentes (*stipulatio, responsio, permissio*), después la desaparición del carácter formulario en los contratos formados *verbis* y *litteris* que de cuño estrictamente quirritario al principio, se extendió después a los extranjeros en los *syngraphae* y *chirographae* el último de los cuales llegó hasta Justiniano pero sumamente modificado.

En cuanto a las acciones: El exceso de fórmulas presidiendo todo el movimiento del derecho procesal quirritario.

INFILTRACION EN EL CIVIL DEL DERECHO PRETORIANO

Al advenimiento de la pretura (año 387 de R.), el magistrado que la encarnaba se encontró con un cuerpo de legislación al que

en primer término debió atenerse. Pero el laconismo de aquélla (ya hemos visto cómo las XII Tablas compendian todas las normas jurídicas de convivencia) colocaron al Pretor en la situación de arbitrar soluciones en casos no previstos aplicando en aquel entonces el moderno principio de que no es lícito dejar de juzgar so pretexto de silencio u obscuridad de las leyes debiendo en tal caso procederse conforme a las reglas generales de derecho (Arts. 15 y 16 del C. C. argentino). Es lo que hicieron los pretores: introdujeron su derecho por razón de utilidad pública para ayudar o suplir el derecho civil: *introduxerunt adiuvandi, vel supplendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*. (Pampiniano, lugar citado).

¿Cuándo nació este derecho de los pretores a publicar edictos? Algunos tratadistas lo sitúan en el año 867 de Roma, fundándose en que la ley Cornelia de ese año estatuyó la obligación por parte de aquéllos de publicar las normas a que debían ceñir sus decisiones durante el año. Pero esto no significa, evidentemente, que antes no tuvieran ese derecho. Más, en tiempos de Plauto, siglo VI de Roma, ya debió existir puesto que en algunas de sus comedias se refiere a las *stipulationes praetoriae*. Lo que resulta indiscutible es que el edicto adquirió su mayor vigor en las postrimerías de la República.

Este mismo derecho lo encontramos mucho antes de la creación de la pretura. Los magistrados como los cónsules, los senadores y los tribunos de la plebe, publicaban avisos relacionados con el desempeño de sus cargos. Nosotros lo empleamos en una acepción más restringida refiriéndola a la actuación de los pretores y a la de los ediles.

Es curioso seguir el desarrollo de la acción pretoriana hasta alcanzar la importancia de un verdadero *jus honorarium*. Limitada al principio, como se ha dicho, a suplir el derecho civil, a llenar sus claros, bien pronto el magistrado advirtió la necesidad de ampliar el horizonte de sus facultades. Todavía más: la rigurosidad de aquél contravenía elementales reglas de equidad. Y entonces dió un paso aún más atrevido: corrigiólo. Ya no fué el pretoriano solamente un derecho introducido *adiuvandi vel supplendi*, sino también *vel corrigendi*. Porque es viva voz del derecho civil: *nam et*

ipsum ius honorarium viva vox est iuris civile. (Mareiano; Instituciones, Libro I).

El pretor peregrino se encontró con dificultades mayores. Limitada su jurisdicción a los extranjeros, el derecho escrito, el *ius civile* no le incumbía, no podía recurrir a él. Fué menester, pues, arbitrar el derecho y como no era posible que en cada caso particular aplicara un principio que por razones circunstanciales y humanas fuera contrariado en otro, sentó reglas generales, formuló sus propias normas, convirtiéndose *per se* en legislador. Análoga conducta observaron los ediles en los asuntos de su incumbencia (juegos, diversiones, mercados, construcciones). Y los gobernadores de provincia en los límites de su jurisdicción.

He aquí el origen del *ius honorarium* creado por la necesidad y fijado definitivamente por el uso y la costumbre.

Formada ya conciencia sobre el derecho de los magistrados a publicar edictos, esta potestad, llamémosla así, adquirió regularidad. Al ocupar el cargo, cada uno de ellos debía exponer los principios a que pensaba ajustar su actuación. Exponía, valiéndonos de una forma de expresión actual, su programa de gobierno. Que gobernar era también conferir derechos y distribuir justicia. Y como en costumbre estableció que este programa tendría una duración anual, los edictos llamáronse *annua* en oposición a los *repentine* que se dictaban para un negocio particular o imprevisto. Las decisiones de un magistrado no eran obligatorias para su sucesor. Mas, como los principios sostenidos en ellas eran, por lo general, trasunto de los conceptos jurídicos y morales de la época, las modificaciones fueron escasas y el *ius honorarium* mantuvo su prestigio de un verdadero código escrito. *Edicto novum* llegó a denominarse al que traía alguna innovación.

De la exposición histórica de los orígenes del derecho pretoriano surge la causa de su aparición. No anuló al *ius civile*, ni lo derogó; al contrario, sus marchas fueron paralelas. Si los preceptos del último concordaban con los de aquél el primitivo rigor quirritario resurgía con toda su fuerza. Mas, si contrariaba las leyes de la naturaleza, si lesionaba a la equidad, el nuevo derecho se imponía siempre, preparando así, lentamente, la definitiva desaparición del vie-

jo. Y no puede ser de otro modo, porque así lo imponía la dignidad humana y el adelanto de la ciencia, de la filosofía jurídica, de la civilización misma.

El *jus honorarium* fué infiltrándose en el *jus civile*, primero débil, vacilante; después clara, enérgicamente, hasta que fué el último extrangulado por la legislación justiniana.

Este derecho no chocaba en absoluto con la doctrina de los grandes jurisconsultos de la época; antes bien, armonizaba con ella. *Diu trua consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet*: la costumbre inveterada suele observarse como derecho y ley en aquellos casos que no provienen de derecho escrito. (Ulpiano, Dig, L. I, T., IV. N° 33).

Y tanto es así, que lo que en su origen fué costumbre, llegó a transformarse en la época del emperador Adriano (año 117, de de C) en un verdadero código. Tal fué el

EDICTUM PERPETUUM

de Salvio Julieno, o sea, una recopilación de la doctrina de los pretores. No fué ésta una novedad absoluta, ya que Pomponio nos cuenta que Ofilio fué quien primero compuso con más amplitud el edicto del pretor, porque antes que él dejó Servio dedicado al edicto dos libros sumamente breves dirigidos a Bruto: *idem edictum pretoris primus diligenter composuit, nam ante eum servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*.

El Edictum Perpetuum es el más importante monumento del *jus honorarium*, muchos fragmentos del cual encontramos en el Digesto de Justiniano. Hambold, mediante una minuciosa labor de comparación y depuración, nos expone ciento cuatro pasajes de los que cinco pertenecen al edicto de los ediles curules. Parece que Adriano, sea para prevenir la arbitrariedad de los pretores, sea contemplando la conveniencia de darle a aquél verdadera estabilidad, convirtió la doctrina pretoriana en derecho escrito haciendo aprobar el edicto mediante un senado-consulta. En adelante aque-

llos magistrados debieron atenerse a ese Edicto sin que les fuera lícito, como antes, dictar el propio. Claro está que esta prohibición no fué absoluta dado que casos imprevistos exigían soluciones circunstanciales. El propio Adriano manifestó que si algo no se encontrara consignado en el Edicto, pudiese resolverlo una nueva autoridad según las reglas, las conjeturas y las analogías de aquél: *si quid in edicto positum non inveniatur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas* (Código, I, 17, & 18). A más, un pasaje de Gayo (Inst. I, & 6) confirma esta apreciación. Debemos concluir, pues, que a partir del *Perpetuum* los pretores dejaron de anticipar las normas a que ajustarían su gestión sin perjuicio de aplicar un criterio propio en casos no previstos pero conforme con las directivas señaladas por las doctrinas expuestas en el Edicto Perpetuo.

Conviene hacer notar que el hecho de que Adriano hiciera revestir al Edicto de la importancia que le asignaba su sanción por un *senatus-consulto*, no significa que aquél adquiriera la eficacia del derecho civil. Si lo contrario, tendríamos *la fusión* y el *ius honorarium* fenómeno que se produjo mucho tiempo después. Este fenómeno no podía ser obra de pocos años, sino la resultante de una penetración paulatina y recíproca a través de varios siglos: los pretores basaban sus principios en las indicaciones de la práctica y en la opinión de los jurisconsultos, verdaderas reglas del *ius civile*; a su vez dichas prácticas y tales opiniones, constituían fuentes de *ius civile* y se basaban en el *honorarium*. Por eso en el período que nos referimos y aun antes, el estudioso advierte claramente la tendencia a esa fusión. Evidentemente el *ius honorarium* para su eficacia, continuó necesitando la intervención del magistrado. Pero en ciertos puntos la fisonomía, diremos así, de ambos derechos es la misma; por ejemplo: las obligaciones pretorianas pudieron servir de base a la *fidejussio* y a la novación: *Pro eo etiam, qui iure honorario obligatus est, posse fideiussorem accipi sciendum est*; (Ulpiano, Dig. 46, 1, 8); y el mismo después de definir la novación agrega: *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis an honoraria* (46, 2, 1). El propietario pudo adquirir por medio de sus esclavos propios y ajenos

poseídos en buena fe (*Acquiritur nobis non solum per posmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, item per servum...*) (Gayo, Dig. 41, 1, 10). Algunas reglas pretorianas fueron formalmente sancionadas por las *leges* (la ley Junia Norbana contempló la situación de los esclavos que habían sido manumitidos sin formalidades solemnes); no se reconoció la manumisión por parte de quien no tenía, sino el *nudum dominium ex jure quiritium*; se dió la *condictio* partiendo del edicto directamente contra el padre o el dueño por lo que hubiere redundado en su beneficio, cuando se hubiese contratado con su mandato — Inst. 4, 7, 8); se extendió la condición de cosa cierta— *condictio-certi* —a toda obligación por la que se pide cosa cierta, se pida, ora en virtud de contrato cierto, ora de incierto (Ulpiano, Dig. XII, I, 9). Y su fundamento lo expone el jurisconsulto así: porque nos es lícito reclamar por la condición de una cosa cierta en virtud de cualquier contrato, con tal que la obligación sea de presente; pero si la obligación fuera a término o bajo condición no podrá ejercitar la acción antes del día o de la condición.

Y bien; tenemos entonces que si el *Edictum Perpetuum* no significó la fusión de ambos *jus*, el derecho civil primitivo, el derecho del ciudadano romano, estaba literalmente transformado: personas, obligaciones, cosas, sucesiones, acciones, todo había pasado por el tamiz de los nuevos conceptos, de los nuevos puntos de vista jurídicos. *Potestas*, *manus* y *mancipium* conservaban sus denominaciones y algunas características, pero visiblemente modificadas; el poder brutal del jefe sobre los esclavos y sobre los hijos, estaba debilitado; el del marido prácticamente no existía ya que el uso y la coempción habían desaparecido y la confarreación no se estilaba si no entre los pontífices; el que se ejercitaba sobre el hombre libre (*mancipium*) tenía la ínfima fuerza que las anteriores y en cuanto a las tutelas perpetua de las mujeres, los tutores sólo prestaban su autoridad en actos importantes y no podían, por lo general, negar su autorización.

En materia de contratos y obligaciones, el *nexum* dió lugar a cuatro derivados (*mutuum*, *comodatum*, *depositum* y *pignus*) cuyos caracteres fundamentales son idénticos a los que revisten en las

modernas legislaciones. Podemos también incluir entre esos derivados al contrato, *litteris*, o la *expensilatio* cuyo detalle no creemos oportuno dar aquí, como así mismo a los cuatro contratos consensuales (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum* y *societas*). Finalmente el pretor sancionó como obligaciones naturales, ciertos contratos a los que el Derecho Civil no daba ninguna acción si no les acompañaba la estipulación.

Las acciones experimentaron también el influjo de tales innovaciones y en particular de las introducidas por el derecho pretoriano. El derecho civil las concedía a veces contra la equidad; el pretor autorizó para repelerlas, excepciones; el primero las negaba contra esa misma equidad: el pretor las concedía *corrigiendo* el derecho civil, sin declarar por eso que lo abolía sino que prometía su eficacia ante el juez. ¡Juego curioso de procedimiento que permitía la coexistencia de dos principios inconciliables en el terreno de la realidad!

Las sucesiones, los testamentos y las cosas, nos ofrecen también ancho campo de investigación en lo concerniente a las evoluciones del Derecho; la *gentilitas* y la *agnación* eran títulos hereditarios; pero el pretor diólo también al vínculo de la sangre, vale decir, hizo oír la voz de la naturaleza. El padre podía desheredar al hijo, pero debía manifestarlo expresamente. La herencia era en cierto modo un bien de familia del que todos los miembros de ella eran copropietarios, lo que explica aquella exigencia. Además, el pretor dió a quienes por el derecho civil no eran herederos, la *bonorum possessio*,* la posesión de bienes, que en la práctica era lo mismo que heredar. En cuanto a las cosas los *mancipi* que caracterizaron el primitivo derecho de los romanos, no aumentaron, y el nombre de *mancipium*, fué reemplazado por el de *dominium*, de *in domo*, porque la propiedad era una cosa de comunidad en la casa.

ULTIMAS FASES DE LA PENETRACION PRETORIANA EN EL DERECHO CIVIL

Estas transformaciones experimentadas por el derecho privado en los primeros tiempos del Imperio, se acentuaron hacia el ad-

venimiento de Constantino. El esplendor del derecho alcanzó su punto máximo durante los reinados de Adriano, Antonino el Piadoso, Marco Aurelio y Septimio Severo. Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo, entre otros, iluminaron con sus enseñanzas el vasto campo de la legislación civil. Roma no tuvo después genios jurídicos que los sobrepasaran. Los historiadores del Imperio atribuyen este florecimiento incomparable, aunque parezca una paradoja, al despotismo de los Césares. Exagerada en forma inaudita la autoridad imperial, el derecho público sufrió un largo eclipse y el historiador observa entonces, que la acción del progreso y de la civilización se encauza exclusivamente por el derecho privado. ¡Guay si una doctrina afectaba los intereses del César! Caracalla mandando asesinar a Papiniano por no prestarse a justificar ante el senado la muerte de Geta, desmentía la libertad de opinión de los juriconsultos frente a aquellos intereses.

En cambio, ¡cuánta sabiduría, cuánta excelencia de principios difundidas a través de *Digesta*, *Pandectae*, *Sententiae*, *Institutiones* y *Regulae*! El romanista hace un alto en este período para rendir el homenaje de su admiración al genio jurídico de Roma que tuvo aquí un mágico esplendor.

LA EPOCA DE JUSTINIANO

Llegamos a la época de Justiniano. Con éste y aun antes, el Derecho Civil primitivo no era más que un recuerdo. Una de las instituciones más características, la familia y con ella el cúmulo de derechos anexos, fué, podríamos decir, totalmente transformado. Una de sus novelas, la CXVIII es notable: abolió toda diferencia a los efectos de suceder en las herencias ab-intestatis, según que los cognados procedieron de varones o de hembras. Estableció las tres líneas clásicas: la descendente, la ascendente y la colateral, dando preeminencia a la primera y en caso de concurrencia de ascendientes con hermanos, éstos eran llamados con aquéllos de grado más próximo dividiéndose la herencia según el número de personas. En cuanto a la línea colateral llamábase en primer término a los herederos de padre y madre y en segundo, en ausencia de aquéllos,

a los medio hermanos. Sentó también un principio recogido por los Códigos modernos: el derecho de representación así en la línea descendente como en la colateral, anteponiendo siempre los hijos de un hermano de padre y madre del de *cujus* a los de uno de padre o de madre solamente. En este punto, trae una curiosa disposición: cuando los hermanos concurren con los ascendientes, no tiene lugar el derecho de representación a favor de los sobrinos (injusticia que fué reparada en otra Novela: la CXXVII). No existiendo hermanos heredan los demás cognados colaterales con arreglo a la prerrogativa de cada cual (*secundum uniuscuiusque gradus prae-ro-gativam*). Con respecto a la tutela, la misma novela dispone que cada cual la tome con arreglo al grado y al orden que es llamado a la herencia, sin diferencias entre cognados y agnados. En cuanto a las mujeres, pueden desempeñarla la madre y la abuela siempre que renuncien por acta a otras nupcias y al beneficio del Senado Consulto Velejano, con preferencia a los cognados colaterales y sucediéndoles sólo en tales derechos, los tutores testamentarios. Cuando son llamados varios que tienen el mismo grado de cognación, la tutela se desempeña por el o los que designen ellos mismos, reunidos ante el Juez competente.

La distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* desapareció. La clasificación de aquéllas depende de que sean comunes a todos, algunas públicas, otras de la universalidad, otras de nadie y de particulareš la mayoría. (Inst. L. II. T. I.).

De la propiedad romana así como de la imperfecta, típica del *jus gentium*, Justiniano borró hasta los últimos vestigios. He aquí como se expresaba dirigiéndose a Julián, Prefecto del Pretorio: Repeliendo por esta decisión el ludibrio de una antigua sutileza, no consentimos que haya diferencia alguna entre los dueños, en quienes una cosa se halla o nuda “por derecho quirites” o solamente en sus bienes, porque no queremos que exista semejante distinción ni la frase “por derecho de quirites” que en nada se diferencia de un enigma ni nunca se vé aparecer en las cosas, sino que es frase vacía y superflua y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprende en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua. Mas

sea cada cual plenisimo y legítimo dueño, ya del esclavo, ya de los demás bienes que a él le pertenezcan. (C. 7, 25).

Los testamentos perdieron sus modalidades de otrora: los *calatio comitiis*, los *prociuntum*, los *per aes et libram*, tiempo hacía que cayeron en desuso. Los hijos de familia podían testar disponiendo de ciertos bienes (peculio castrense) y las incapacidades para heredar fijadas por las leyes Julia y Papia Poppea, dietadas, según se sabe, para combatir la corrupción de las costumbres romanas al terminar la República, eran ya letra muerta. Caracalla la derogó parcialmente; más tarde Constantino y finalmente, en absoluto, Justiniano.

La emancipación precedida y acompañada antes de condiciones y formalidades, simplificóse. Nada en ella de varia observancia (*variam observationem*) o inextricables rodeos (*circundictiones inextricabiles*); Justiniano otorgó licencia al que quisiera emancipar o para hacerlo en virtud de la ley de Anastasio, o para comparecer sin sacro rescripto en el tribunal del juez competente, o para presentarse a los magistrados a quienes, o por las leyes o por larga costumbre les fué permitido hacerlo, y sacar de su poder a sus hijos o nietos o la sucesiva descendencia constituida bajo su potestad y tener de todos modos los derechos legítimos, aunque esto no se hubiese reservado especialmente y donarles peculio, etc. (C. VIII, XLIX, 6).

De los antiguos poderes, contrarios a la naturaleza misma (*manus, mancipium*) no quedaba sino el recuerdo. Y refiriéndonos a los contratos y a las acciones ya hemos visto antes, las modificaciones introducidas, las que casi en su totalidad fueron adoptadas por Justiniano. Sólo haremos notar de paso respecto de las últimas, la desnaturalización de su concepto originario: ya que no es el derecho que acuerda el magistrado para recurrir al juez. Es el derecho mismo, fundado en la propia ley, de dirigirse a la autoridad judicial competente en demanda de lo que se debe.

Sintetizando:

La fusión del *jus gentium* con el *civile*, significó en definitiva, la abrogación del viejo derecho quirritario. No fué ya el ciudadano romano el único beneficiario de sus disposiciones; extendióse

ronse éstas abarcando a los hombres en cuanto hombres, en cuanto miembros de la comunidad universal sin distinción de razas, de religión, de nacionalidad. La propiedad individual alcanzó un perfil neto, inconfundible, con el que ha pasado a las modernas legislaciones que encontraron en la romana su fuente más pura. Los derechos de familia, hallaron acogida en una reglamentación legal, librándolos del imperio de las costumbres con las desigualdades irritantes contribuyendo a ello la infiltración de la santa doctrina que venía de Oriente y cuyos postulados fundamentales eran la libertad, la igualdad, la fraternidad. En materia de obligaciones los conceptos jurídicos sobre los que se asientan, resisten, aun hoy, victoriosamente el embate de los siglos. La fórmula, férrea prisión entre cuyos muros erraba vacilante la justicia y la moral, perdió su vitalidad en lo tocante al nacimiento, transferencia y extinción de derechos.

¡Cuánto deben las instituciones contemporáneas a aquella maravillosa legislación tan grávida de sabiduría que vive y vivirá eternamente en el ambiente jurídico de las naciones, porque fué inmortal el espíritu que desde la cuna inspiró el hado a Roma, la ciudad privilegiada entre las privilegiadas!

BIBLIOGRAFIA

- Antokoletz* — Tratado de Derecho Romano.
Bloch Leo — Instituciones Rómanas.
Cicerón — Tratado de la República.
Cranwell Ricardo — Teoría general de las magistraturas.
Fresquet R. de — Traité élémentaire de droit romain.
Ihering R. — El espíritu del Derecho Romano.
Krueger R. — Histoire des sources du droit romain.
Mayr R. — Historia del Derecho Romano.
Momsem T. — Historia de Roma.
Sohm R. — Historia e instituciones del derecho privado romano.
Gómez de la Serna P. — Curso Histórico del derecho romano comparado con el español.
Hugo. — Histoire du droit romain.
Rosemberg H. — Historia de la República Romana.
Van Vetter. — Derecho Romano.
Petit E. — Tratado de Derecho Romano.
Ortolan M. — Instituciones de Justiniano.
-