

## CONCEPTOS Y DICOTOMÍAS DEL *IUS*

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN\*

SUMARIO: I. *IUS-FAS: IUS FETIALE. IUS AUGURUM. IUS PONTIFICIUM. IUS SACRUM. IUS RELIGIOSUM. IUS HUMANUM. IUS DIVINUM.*- II. *IUS-LEX: IUSTITIA. AEQUITAS. IUS AEQUUM. IUS INIQUUM. IUS STRICTUM. IUS LEGITIMUM.*- III. *IUS-MOS: IUS QUIRITIUM. MORES MAIORUM. CONSUETUDO. DESUETUDO.*- IV. *IUS CIVILE-IUS HONORARIUM-IUS NOVUM.*- V.- *IUS CIVILE- IUS GENTIUM- IUS NATURALE.*- VI. *IUS SCRIPTUM- IUS NON SCRIPTUM.*- VII. *IUS COMMUNE. IUS SINGULARE. BENEFICIUM. PRIVILEGIUM.*- VIII. *IUS PUBLICUM - IUS PRIVATUM.*

### I. *IUS-FAS:IUS FETIALE. IUS AUGURALE. IUS PONTIFICIUM. IUS SACRUM. IUS RELIGIOSUM. IUS HUMANUM. IUS DIVINUM*

En los primeros tiempos de la comunidad política romana se produce, al igual que sucede en los demás pueblos mediterráneos de la época, una acusada interrelación entre normas jurídicas, preceptos religiosos, valores morales y usos y costumbres. La primitiva indiferenciación entre Derecho, religión, moral y costumbre, dará paso a un progresivo deslindamiento entre las respectivas esferas y es de destacar la precocidad y lucidez del pueblo romano en esta materia en relación con las comunidades vecinas<sup>1</sup>.

Si bien los romanos se caracterizaron de manera especial a lo largo de su historia por el realismo y el pragmatismo, lo que se tradujo en términos jurídicos en una lógica más preocupada por la justicia en el caso concreto, que por la especulación teórica, definidora o abstracta, se contienen en las fuentes conceptos y clasificaciones que a lo largo de una evolución multiseccular que se

---

\* Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>1</sup> Vid., en este sentido, SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Roma 1946, pp. 16 y ss.

desarrolla en distintas épocas, han cristalizado en categorías y formulaciones globales que han pervivido hasta la actualidad.

*Fas* y *Ius* son términos utilizados en las más antiguas fuentes de las que tenemos noticia<sup>2</sup>. No es pacífico el debate sobre la etimología de estas palabras, aunque parece probable su originaria significación religiosa. Establecidas las normas de convivencia, que constituyen el fundamento de todo ordenamiento jurídico, y consolidadas por el uso y el reconocimiento social determinados usos consuetudinarios, se atribuye en Roma su interpretación y aplicación, durante los primeros siglos, a un colegio oficial de sacerdotes, llamado de los Pontífices. Al proceso de secularización del *ius*, de progresiva laicización del derecho y a la aparición de los primeros juristas laicos, me he referido ya en anteriores aproximaciones al tema. Fue un proceso de siglos, aunque cabe señalar una serie de hitos fundamentales, que concluye con la separación, a grandes rasgos, entre Derecho (en el que se incluyen el *ius*, la *lex* y la costumbre), religión y moral, a lo largo de la República avanzada<sup>3</sup>. A esta etapa se remonta el conocido texto de Isidoro de Sevilla: *Fas lex divina est, ius lex humana est*<sup>4</sup>.

Para una época primitiva, los textos parecen identificar *ius* y *fas*, cuando para referirse a una conducta lícita utilizan indistintamente las expresiones *ius est* o *fas est* o cuando emplean, también indistintamente *ius non est* o *fas non est* para aludir a una actuación no lícita<sup>5</sup>. Sin embargo, a mi juicio, ni tan siquiera en los primeros tiempos, se habría producido un grado tal de identificación. Parece, eso sí, probable que la idea religiosa, el *fas* en todas sus manifestaciones, incluyera en su seno el *ius*, pero éste tendría, en líneas generales, un contenido diferente, dado que se correspondería con la regulación de las relaciones interpersonales, y sería la violación de sus disposiciones lo que constituiría una *iniuria* (un actuar contra el *ius*: *in-ius*), si bien la interpreta-

<sup>2</sup> Vid., sobre la etimología de los términos *ius* y *fas*, las correspondientes voces en: *Thesaurus Linguae latinae, Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, ed. Daremberg y Saglio y *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, de BERGER.

<sup>3</sup> Vid. al respecto en LÉVY-BRUHL, *Sur la Laicization du droit à Rome*, RIDA, 6, 1951; VOICI, *Diritto romano in età arcaica*, SDHI, 19, 1953, pp. 38 y ss; GIOFFREDI, *Religione e diritto nella piu antica esperienza romana*, SDHI, 20, 1954, pp. 259 y ss.

<sup>4</sup> *Orígenes* 5,2,1.

<sup>5</sup> Sobre la dicotomía *ius-fas*, vid. ORESTANO, *Dal ius al fas*, en BIDR, 46, 1940, pp. 194 y ss. KASER, *Das altrömische ius*, 1949, Göttingen, GIOFFREDI, *Ius-Lex-Praetor*, SDHI, 13-14, 1946-47; NOAILLES, *Fas et Ius*, Etudes de Droit Romain, París, 1948. GUARINO, *Le origine quiritarie*. Raccolta di scritti romanistici, Nápoles 1973.

ción y la aplicación del *ius* correspondería a los pontífices y la idea religiosa informaría la estructura y los efectos de importantes instituciones jurídicas, cuya violación no sólo constituiría, en estos casos, una actuación contra el *ius* (*ius non est, iniuria*), sino también contra el *fas* (*fas non est, nefas*): así por ejemplo, el juramento (*iusiurandum*), el matrimonio religioso (*confarreatio*), el divorcio en un matrimonio religioso (*diffarreatio*), un tipo especial de adopción (*adrogatio*), la sucesión en los dioses familiares (*sacra familiaria*), el contrato verbal de *sponsio*, la profanación de los sepulcros o de otros lugares religiosos, el matrimonio incestuoso, etc.

Podríamos pues hablar de un núcleo amplio de disposiciones laicas del primitivo *ius*, cuyo desconocimiento constituiría una *iniuria*, un *ius non est*, y un núcleo reducido de disposiciones religiosas del *ius*, cuyo incumplimiento además de *iniuria*, constituiría un acto de *nefas*, sancionado con mayor severidad<sup>6</sup>.

Del concepto de *fas* en sentido técnico-religioso formarían parte, además, todo el amplio conjunto de deberes encuadrables en el ámbito de lo sacro (*ius sacrum*) o de lo religioso (*ius religiosum*) y los ritos y prescripciones propias de los colegios sacerdotales de los pontífices, los feciales y los augures, que constituyen el *ius pontificium*, el *ius fetiale* y el *ius augurale*<sup>7</sup>. El incumplimiento de las disposiciones emanadas de estos colegios, o bien la no formulación o inobservancia de las palabras, frases o gestos predeterminados suponía no sólo una ofensa a la divinidad (*nefas*) sino también la invalidez de la correspondiente actuación.

Los sacerdotes, como intérpretes de la voluntad de los dioses -a través de signos observables en la naturaleza, interpretados con amplia discrecionalidad en sus orígenes y de forma más reglada con posterioridad- e intermediarios entre los dioses y los hombres, asumen un importante protagonismo en la realidad cotidiana de la comunidad romana: a ellos correspondía la valoración de lo justo (*ius-fas*) y de lo injusto (*iniuria-nefas*), y su determinación en los días

<sup>6</sup> BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di "fas" e "ius"*, Revista Italiana Scienze Giuridiche, nueva serie, 10, 1935. KASER, *Zum ius Begriff der Römer*, Acta Jurídica, 1977, pp. 63 y ss. GUARINO, *L'Ordinamento Giuridico Romano*, Napoli 1980, pp. 88-109.

<sup>7</sup> Vid., acerca del contenido de estas expresiones, CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, 1960, Turin; Id. *Per lo studio dell' "ius divinum"*, Studi e materiali di storia delle religioni, 33, 1962, pp. 1962 y ss; BERGER, "*Ius divinum*", "*Ius pontificium*", "*Ius sacrum*", sub voce, en Pauly-Wissowa. BARDT, *Die Priester der vier grossen Collegium*, Berlín, 1871.

en los que el colegio pontifical establecía al efecto para administrar justicia, los llamados *dies fasti*, únicos en los que se podría desarrollar esta actividad, que quedaba prohibida en los restantes días del año que recibían, al respecto, la denominación de *dies nefasti*.

La dicotomía *ius humanum-ius divinum* es formulada con posterioridad, y habría que situarla en un momento en el que el grado de diferenciación entre lo laico y lo religioso, se encontraría en un estadio más avanzado<sup>8</sup>.

## II. *IUS-LEX: IUSTITIA, AEQUITAS. IUS AEQUUM, IUS INIQUUM. IUS STRICTUM. IUS LEGITIMUM*

El término latino *ius* equivalía en la Roma clásica a lo que hoy entendemos por Ordenamiento jurídico. En la época postclásica para referirse al Ordenamiento jurídico se utiliza el término *directum*, de donde procede la palabra española derecho, así como los términos equivalentes de las lenguas neo-latinas o románicas: *droit, diritto, direito, dereito, dret*, etc., y el término alemán *recht*. Con *directum* se hace referencia a lo recto (*di-rectum*) a lo que es justo, lo que introduce un matiz moralizante en el término, que no se correspondía con el clásico *ius*<sup>9</sup>.

Por otra parte, el término *ius* habría tenido en su origen una significación religiosa, en la medida de su probable derivación del patronímico del Dios *Iupiter-Iovis* y de su vinculación a la idea del juramento, *iurare*<sup>10</sup>. De *ius* derivan los términos de las lenguas románicas: jurídico, giuridico, xuridico, giuridique..., el germánico *juristisch*, y las correspondientes derivaciones de: *iurisprudentia, iurisdictio, iudicium, iudicare, iustitia, iurisperitus, iustum*, etc.

En las fuentes romanas *ius* aparece utilizado en diferentes acepciones:

- a) *Ius* en sentido objetivo, considerado como Ordenamiento jurídico o derecho positivo: *ius civile, ius honorarium, ius commune*, etc., o bien cuando por ejemplo Gayo en Instituciones 1,2, para referirse a los ele-

<sup>8</sup>. ORESTANO, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto romano*, Revista Internazionale di filosofia del diritto, 21, 1941, fasc. II.

<sup>9</sup>. Vid. al respecto, CRUZ, *Ius, Derectum (Directum), dereito, diritto, droit, direito, recht, right, etc.*, Coimbra 1974.

<sup>10</sup>. En relación con esta cuestión, MAROI, *Elementi religiosi nel diritto arcaico*, Archivio Giuridico, 1933, T. CIX; vid. PISANI, *Ius, fas, lex, sons e i rapporti fra Roma e il mondo germanico*, Studi Scherillo, 2, Milano 1973 pp. 915 y ss.

mentos esenciales del *ius civile* afirma: “El derecho del pueblo romano se funda en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que tienen el derecho de dar edictos y en las respuestas de los prudentes”<sup>11</sup>.

- b) *Ius* en sentido subjetivo, como derecho o facultad de obrar reconocida por el Ordenamiento jurídico: el derecho de usar y adquirir los frutos (*ius utendi et fruendi*), el derecho sobre cosa ajena (*ius in re aliena*), o el derecho a poseer (*ius possidendi*).
- c) *Ius* entendido como lugar donde o ante quien se administra justicia: *ius* como lugar en el que se juzga<sup>12</sup> (D. 11,1,4,1: *...ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi...*); *ius* como llamada a juicio: *in ius vocatio*; *ius* como allanamiento o preguntas ante el tribunal: *cessio in iure*<sup>13</sup>, *interrogationes in iure*<sup>14</sup>.
- d) *Ius* como posición jurídica: así cuando se dice que el heredero sucede en el lugar y en el derecho de su causante<sup>15</sup>.
- e) *Ius* como escritos de los juristas clásicos: corresponde esta acepción a la época postclásica y se utiliza en contraposición a *leges* o constituciones imperiales.

<sup>11</sup>. Asimismo con este significado: D. 1.1.1.pr. (Ulpiano): “...nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi”. D. 1.1.10.1 (Ulpiano): “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”.

<sup>12</sup>. D. 11.1.4.1 (Ulpiano): “...ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat”.

<sup>13</sup>. D. 1.1.11 (Paulo): “...alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit, in eo ubi fit”. A la *in iure cessio* se refiere Gayo, *Institutiones* 2,24 en los siguientes términos: “In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum aut praesides provinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit...”. Por otra parte, si se acepta lo señalado en los *Fragmenta Vaticana*, 50, la *in iure cessio* sería un instituto previo a las XII Tablas, que se habría limitado a confirmar su existencia: “Et mancipationem et in iure cessionem legis XII Tab. confirmantur”.

<sup>14</sup>. D. 11.1.9.1 (Ulpiano): “Interrogatum non solum a praetore accipere debemus, sed et ab adversario”; D. 11.1.11.9 (Ulpiano): “...sed et si a praetore fuerit interrogatus, nihil facit praetoris auctoritas, sed ipsius responsum sive mendacium”.

<sup>15</sup>. Sobre *successio in ius*: D. 8.4.13.pr. (Ulpiano): “...aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur”. Sobre *successio in universum ius*: D. 50.16.24 (Gayo): “Nihil est aliud ‘hereditas’ quam successio in universum ius quod defunctus habuit”; D. 50.17.62 (Juliano): “Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit”; D. 50.17.128 (Paulo): “Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur”.

La justicia, como derivado y como ideal a lograr por el *ius*, es definida por Ulpiano<sup>16</sup> como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde: “*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”. La idea de dar a cada uno lo suyo se encuentra ya en Platón<sup>17</sup>, y es recogida por Cicerón el cual en *De officiis* 1,5,15, agrega como funciones de la justicia al lado del *ius suum cuique tribuendi*, la conservación de la sociedad humana y la lealtad contractual<sup>18</sup>.

A la equidad (*aequitas*) y a la justicia (*iusti atque iniusti*) se refieren asimismo las conocidas definiciones de *ius* y de *iurisprudentia*. El *ius* es concebido por Celso, hijo, D. 1.1.pr, como el arte o técnica de lo bueno y de lo equitativo: “*ius est ars boni et aequi*”. Eterna polémica suscita la consideración de *ars* como técnica, arte, sistema o ciencia<sup>19</sup>.

La mención de lo bueno (*boni*) como finalidad del *ius*, supone una cierta confusión entre moral y derecho, pues si bien el derecho debe tener un contenido moral y amplios sectores del *ius civile* están informados por éste, el derecho se

<sup>16</sup> D. 1.1.10.pr. (Ulpiano). Vid. sobre el concepto de *iustitia* en Ulpiano: DOVATUTI, *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi romani*, Annali Perugia, 33, 1921, pp. 377 y ss; SENN, *De la justice et du droit. Explication de la definition traditionnelle de la justice, suivie d'un étude sur la distinction du ius naturale et du ius gentium*, 1927, París; BIONDI, *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, IUS, 9, 1958, pp. 289 y ss; BURDESE, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, Annali di Storia del diritto 14-17, 1970-73, pp.103 y ss.. Acerca del significado del adjetivo *perpetuus* en la definición ulpianea, vid. HERNÁNDEZ TEJERO, AHDE, 19, 1948-49, pp. 593 y ss.

<sup>17</sup> *De re publica*, 331 e.

<sup>18</sup> *De officiis* 1.5.15: “*Iustitia verratur in hominum societate tucenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide*”; CICERÓN, *De inventione rethorica* 2.53.160: “*...suam cuique tribueus dignitatem...*”

<sup>19</sup> La conocida definición celsiana ha sido objeto de numerosos estudios. Clásica es la polémica entre su consideración por SCHULZ como “una vacía frase retórica”, *History of Roman legal sciences*, 1946, Oxford, p. 135, y la reacción en sentido contrario, ponderando su elegancia y concisión, de RICCOBONO, *La definizione de “ius” al tempo di Adriano*, BIDR, n° 12 y 13, 1948, pp. 5 y ss. Sobre el concepto de *ius* pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Método mezzi e fini*, Napoli 1966, MARTINI, *La definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966; IGLESIAS-REDONDO, J.: *La técnica de los juristas romanos*, Madrid 1987; GUARINO, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, Studi Arangio-Ruiz, 1, pp. 389 y ss; LAURIA, *Ius. Visioni Romane e moderne*, 1958, Napoli. Para D'ORS A., el derecho, el *ius*, se identifica con “posición justa”, dado que consiste en soluciones convenientes y no puede ser injusto, en *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*. Studi in memoria de E. Albertario, 1953, T. II, pp. 280 y ss.; Id. *Las declaraciones jurídicas en Derecho romano*, AHDE, 1964, pp. 565 y ss.; IGLESIAS, “*Ars Iuris*”, Labeo 25, 1979, pp. 259 y ss.; y ROBLEDA, *La idea de derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*, BIDR, 80, 1977, pp. 23 y ss.

aplica a todos los individuos de una comunidad con independencia de sus convicciones o sensibilidad moral, por lo que en ocasiones ambas esferas no coinciden. De ahí que actuar conforme al derecho, no suponga en ocasiones, un comportamiento conforme con la moral individual o con la ética política. En este sentido es clásica la afirmación de Paulo de que “no todo lo lícito es honesto”<sup>20</sup>.

La idea de lo honesto en Paulo, de fuerte contenido moral, es asimismo mencionada por Ulpiano en una enumeración de los preceptos jurídicos en la que se recoge de nuevo la inclusión de un ideal moral, *honeste vivere*, junto a dos postulados netamente jurídicos: no hacer daño a otro (*alterum non laedere*) y dar a uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)<sup>21</sup>.

En relación con el precepto jurídico de no hacer daño a otro (*alterum non laedere*), cabe considerar de manera especial la doctrina de los actos de emulación y el abuso del derecho. La primera fue una creación de los glosadores medievales sobre la base de la exégesis del *Corpus Iuris* Justiniano, y hace referencia a los actos realizados por una persona en el ejercicio de un derecho, sin apenas o ninguna utilidad para quien los ejecuta, y con la manifiesta intención *animus nocendi* de perjudicar o causar daño a un tercero. En esta materia, los juristas aluden en sus razonamientos y en la solución de las cuestiones que se plantean, cada vez en mayor medida a criterios de equidad, de buena fe y de ausencia de *animus nocendi*, que sirven, por otra parte, como elementos de transformación o modificación de instituciones socialmente inadecuadas, así por ejemplo en D. 39.3.1.11: “...no se prohíbe que cada uno se favorezca, con tal de que no perjudique a otro...”, D. 39.3.1.12: “... si no lo hizo para perjudicar al vecino, sino para mejorar su propio fundo...”, D. 39.3.2.5 “... en materia de aguas, así lo sugiere la equidad, aunque falle el derecho...”, D. 6.1.3.8: “...no se ha de tolerar la mala fe, por ejemplo de arrancar el estuco que pusiste y las pinturas, sin otra finalidad que molestar...”.

En materia de abuso de derecho, que va más allá de la emulación, en cuanto que no requiere la intención de perjudicar a otra persona (*animus nocendi*), para su caracterización, hay textos en las fuentes romanas que sirven tanto para fundamentar la tesis de la ausencia de su regulación, como la opuesta de prohibición de dichos actos. Así en D. 50.17.55 se afirma que “no parece que actúa dolosamente quien ejercita su derecho”, pero en Gayo I, 53, se dice “no debemos hacer

<sup>20</sup> D. 50.17.144.pr.: “*Non omne quod licet honestum est*”. Sobre la significación del término *honestum* en la afirmación de Paulo vid.: BIONDI, *Diritto romano cristiano*, Milano 1952, t. II, pp. 44 y ss.; SANTA CRUZ, *Glosa al D. 1.1.10.1*, Synteleia Arangio Ruiz, 1, pp. 304 y ss.

<sup>21</sup> D. 1.1.10.1: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. Acerca del significado de *honestum* vid. las citas de la nota anterior. POLACEK, “*Suum cuique tribuere*”, Studi Biondi II, pp. 483 y ss.

un mal uso de nuestro derecho”, y en Instituciones de Justiniano 1,8,2 se afirma: “...conviene a la República que nadie use mal de sus bienes”.

Cabría afirmar, en conclusión, que la inexistencia en Derecho Romano de teorías jurisprudenciales y de disposiciones legales de ámbito general, prohibitorias de los actos de emulación y del abuso del derecho, no impidió la proliferación de numerosas disposiciones específicas, especialmente en épocas postclásica y justiniana, que basadas en el interés general, la equidad, la buena fe, el respeto de los derechos ajenos concurrentes o la represión del *animus nocendi*, constituyen o preparan las bases sobre las que se asientan las actuales concepciones doctrinales y la normativa al respecto contenida en los modernos Ordenamientos<sup>22</sup>.

La definición de *iurisprudentia* (entendiendo por tal la labor de los juristas, y no como el término Jurisprudencia que alude en la actualidad a sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, en España, es asimismo atribuida a Ulpiano: Conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> En relación con los actos de emulación y el abuso del derecho vid., JIMENEZ SALCEDO, M.C., *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Publicaciones de la obra social y cultural Cajasur y la Universidad de Córdoba, Córdoba 1999, y la bibliografía allí citada.

<sup>23</sup> D. 1.1.10.2: “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”. La definición Ulpiniana de “Jurisprudencia” ha dado lugar a una amplísima bibliografía que puede consultarse en IGLESIAS, *Derecho Romano*, 1983, Barcelona, pp. 57 y ss y 99 y ss. entre la que me limito a citar a los siguientes autores, GUARINO, *Il “ius publice repondendi”*, RIDA, 2, 1949, pp. 401 y ss.; BIONDI, “*Interpretatio prudentium*” e legislazione, BIDR, 43, 1935, pp. 139 y ss.; RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, Scritti Ferrini, pp. 17 y ss; BETTI, *Forma e sostanza della “interpretatio prudentium”*, Atti Verona 2, pp. 101 y ss.; WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, Gotinga 1960; Id. *En torno al método de los juristas romanos*, trad. esp. de J. Miquel, Valladolid 1964; ALVAREZ SUAREZ, *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid 1966; LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Roma 1967; BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Nápoles 1970; DE MARINI AVONZO, *La trasmissione dei testi giuridici romani nell’età repubblicana*, Scritti M. Casanova, Milano 1971; NOCERA, “*Iurisprudentia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973; MIQUEL, J., *Lógica estoica y jurisprudencia romana*, Estudios Santa Cruz Teijeiro, 1974, pp. 565 y ss; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casuistico nel diritto romano*, Milano 1976; BREONE, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Florencia 1976; FERNANDEZ BARREIRO, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano*, Santiago de Compostela 1987; AMARELLI, “*Concilia principum*”, Napoli 1983; IGLESIAS, *Espíritu del derecho romano*, Madrid 1991; Juan M. BLANCH, *Acerca de las fuentes jurídicas del derecho romano*, RV.C., 75, 1990 pp. 61 y ss.; CANNATA, *Histoire I* pp. 49 y ss.; TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, BIDR, 80, 1977, pp. 195 y ss; WIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. esp. de L. Díez Picazo; con prólogo de E. García de Enterría (Madrid 1964, reimp. 1986).

Parece clara la influencia de la filosofía griega en la definición ulpiniana, que resultaría más precisa si al ideal abstracto del conocimiento (*notitia*) de todo lo divino y humano, se añadiese la adjetivación *iuris*, es decir, en materia jurídica: *sapientia iuris*. *Sapientia iuris* y *prudentia iuris*, se configurarían por tanto como caracteres esenciales para valorar y deslindar lo justo de lo injusto, al tiempo que constituyen atributos perennes de la condición de jurista.

La *aequitas*, como ideal de justicia, es la aspiración de toda norma jurídica<sup>24</sup>. La norma que no responde a este ideal será considerada inicua, de ahí las expresiones: *ius aequum* y *ius iniquum*<sup>25</sup>. A la equidad se invoca frecuentemente cuando se introduce por el pretor una interpretación más ajustada a la nueva realidad, a la conciencia social, a las circunstancias que concurren en un caso o a la ausencia de regulación, suponiendo todo ello una innovación con arreglo al *ius civile*, que se realizaba atendiendo a las exigencias de justicia en el caso concreto.

A fines de la época clásica, la voz *aequitas* toma un nuevo significado, más próximo a términos como *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, en el sentido de que es necesario suavizar el excesivo rigor en la interpretación y aplicación del derecho<sup>26</sup>. Con este nuevo significado, que llega a las fuentes justinianas, entronca el conocido aforismo romano: *summum ius, summa iniuria*, ya recogido siglos atrás por Cicerón, y que quiere decir que una aplicación rígida del derecho (*ius strictum*) puede llevar a cometer la mayor injusticia<sup>27</sup>.

Por último, con la expresión *ius legitimum* se suele hacer referencia al derecho derivado de las XII Tablas y de las *leges publicae populi romani*, aprobadas en los comicios populares y en las asambleas de la plebe<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Sobre *aequitas*, vid., GUARINO, sub voce *Equita*, NNDI, 6, 1960, pp. 619 y ss.; CALASSO, *Enciclopedia del Diritto*, 15, 1966 pp. 65 y ss.; VACCA, *Considerazioni sull' "aequitas" como elemento nel metodo della giurisprudenza romana*, Studi D'Amelio 1, Milano 1978, pp. 397 y ss.; Id. *Mito e realtà della "aequitas christiana"*. Milano 1980; CERAMI, *La concezione celsiana del "ius"*, Annali Palermo, 38, 1985, pp. 7 y ss.

<sup>25</sup> PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius strictum*, ZSS, 42, 1922, pp. 643 y ss.

<sup>26</sup> KRÜGER, *Die "Humanitas" und die "Pietas" nach der Quellen des römische Rechts*, ZSS, 19, 1928, pp. 6 y ss.; MARCHI, *"Humanitas" come motivo giuridico*, Annali Triestini, 18, 1948, pp. 263 y ss.; ROBLEDA, *La "humanitas" y el Derecho*, Humanidades, 7, 1955, pp. 9 y ss.

<sup>27</sup> CICERÓN, *De officiis*, 1,10,33, y COLUMELA, *De re rustica*, 1, 7, 2: "summum ius, summa crux". Vid. acerca de este tema: PASCUALI, *Summum ius summa iniuria*, Riv. di Filol. e di Ist. Class., X, 1927; STROUX, *Summum ius summa iniuria*, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Postdam 1949.

<sup>28</sup> Vid. sobre este punto en BURDESE, *Diritto Privato Romano*, 3ª ed., Padova 1987, pp. 17 y ss.

### III. *IUS-MOS: IUS QUIRITIUM. MORES MAIORUM. MORES CIVITATIS. BONI MORES. CONSUETUDO. DESUETUDO*

El *ius civile*, como derecho propio de los ciudadanos romanos (*cives romani*) y de la *civitas romana*, tiene un cuádruple fundamento: consuetudinario, jurisprudencial, jurisdiccional y legal.

El conjunto de normas que integran el *ius* propio de la *civitas* romana hasta la publicación de las XII Tablas (siglo V a. C.), puede encuadrarse dentro de la expresión *Ius Quiritium*, y en atención a su contenido, en gran medida consuetudinario en sus orígenes, he optado por su inclusión en el presente apartado<sup>29</sup>.

Parece razonable pensar que los sacerdotes, miembros del Colegio de los Pontífices, a los que se atribuye competencia en materia jurídica, serían juristas expertos en el conocimiento e interpretación de las costumbres (fundamento jurisdiccional) que constituirían la principal fuente del derecho primitivo (fundamento consuetudinario), y en cuya aplicación realizarían valoraciones de equidad (fundamento jurisdiccional). El fundamento legal del derecho primitivo estaría constituido por las denominadas *leges regiae*, que tendrían asimismo un contenido básicamente consuetudinario y sacral<sup>30</sup>.

La equiparación progresiva entre patriciado y plebe que se inicia con las XII Tablas y concluye en el siglo III a. C., supone la finalización del ciclo del *Ius Quiritium* y su definitiva sustitución por el *ius civile romanorum*, de base fundamentalmente legislativa (*leges publicae* aprobadas en los comicios), jurisdiccional (labor de los pretores) y jurisprudencial (interpretación creadora de los juristas laicos).

El principio de personalidad del derecho, característico de los derechos antiguos, que supone que el derecho era una especie de *status* personal del individuo por el que se regía allí donde estuviese, explica que el *Ius Quiritium* fuese únicamente aplicable a los ciudadanos romanos<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> MAGDELAIN, *Quirinus et le droit*, MEFRA, 96, 1984, pp. 195-237; Id. *Le Ius archaïque*, MEFRA, 98, 1986, pp. 265-358.

<sup>30</sup> Sobre *leges regiae* vid., TONDO, *Introduzione alle "leges regiae"*, SDHI, 37, 1971, pp. 1 y ss; WATSON, *Roman Private Law and the "leges regiae"*, JRS, 62, 1972, pp. 100 y ss.

<sup>31</sup> GAI, *Institutiones*, 1,1: "...quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis...".

A alguna de las características señaladas del *Ius Quiritium* se refiere un explícito texto de las Instituciones de Justiniano en el que se afirma: “...*sic enim et ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus: vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur...*”<sup>32</sup>.

Con la denominación de *mores maiorum*, se designa en las fuentes el conjunto de costumbres que, provenientes de los antepasados, quizás de los propios fundadores de la ciudad, se han consolidado por su práctica ininterrumpida a lo largo de tiempo, en cuanto normas de adecuado comportamiento en el ámbito social y político<sup>33</sup>.

La falta de aceptación social, de práctica habitual, o la inadecuación a las nuevas realidades, supondría la pérdida de vigencia de facto de la costumbre, si bien de *iure*, correspondería a los pontífices, determinar su no aplicación a los casos concretos en que se alegasen. En sentido contrario, nada obstaría a la consideración como vigente de una nueva costumbre sentida y practicada como tal por la comunidad. El predominio de la costumbre como fuente de derecho, propio de los primeros siglos, entra en crisis con la consideración de las leyes públicas, aprobadas en los comicios a partir del siglo V, como la principal fuente del derecho republicano<sup>34</sup>.

Durante la República el control de la moralidad y de las costumbres, *mores maiorum* y *mores civitatis*, se atribuye al censor. Nos dice Tito Livio que la creación de la censura tuvo lugar el año 443, y nos relata que esta magistratura, de poca relevancia en sus orígenes, tomó tal importancia, que fueron sometidas a su control las costumbres, las cuestiones de honor y las reglas de conducta del pueblo romano<sup>35</sup>. Con la expresión *boni mores* se hacía referencia a normas de carácter predominantemente moral, pero que en la Roma republicana, tuvieron un influjo decisivo en la formación del Derecho<sup>36</sup>.

Las fuentes han conservado una gran cantidad de información sobre el control de la moralidad y de las costumbres ejercido por los censores, pero la

<sup>32</sup>. *Institutiones* Justiniano 1,2,2: “... y así también llamamos al derecho de que usa el pueblo romano, derecho civil de los romanos, o derecho de los quirites por ser aquel de que se valen los quirites, pues los romanos son apellidados quirites de Quirino...”.

<sup>33</sup>. Sobre *mores maiorum* puede consultarse: KASER, “*Mores maiorum*” und *Gewohnheitsrecht*, ZSS, 59, 1939, pp. 52 y ss.

<sup>34</sup>. Vid., en este sentido, GUARINO, *L'Ordinamento giuridico romano*, cit., pp. 101 y ss.

<sup>35</sup>. TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, IV, 8,2.

<sup>36</sup>. En relación con la noción de *boni mores* vid., SENN, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, Recueil en l'honneur de F. Géný, I, pp. 53 y ss.

doctrina moderna ha observado, sin embargo, que, por una parte, parece que no cabe afirmar la existencia de una codificación hecha por los censores de las cosas sometidas a su control y, por otra parte, que de las fuentes no parece deducirse un panorama equilibrado del control ejercido por los censores, puesto que los supuestos contemplados serían más bien excepciones que casos generales, dado que los escritores mencionan con frecuencia o medidas extraordinariamente drásticas o aluden a casos extraños que llamaban la atención de sus contemporáneos, mientras que no informan detalladamente sobre las mucho más numerosas medidas ordinarias. Además constituye una coincidencia desafortunada que el relato más amplio que poseemos sobre el control censorio, la obra de Cicerón, *Pro Cluentio*, sea una fuente parcial, dado que uno de los argumentos que Cicerón utiliza reiteradamente en defensa de su cliente consiste en desacreditar ante el jurado el sistema censorio.

En el cumplimiento de su función, *iudicium arbitriumque de fama et moribus*<sup>37</sup>, el censor no sólo se limita a controlar las costumbres y moralidad del pueblo, "*censores mores populi regunt, probrum in senatu ne relinquunt*", como nos dice Cicerón<sup>38</sup>, sino que puede denunciar cualquier violación de los *sacra* y de las leyes, *censores fidem legum custodiunt*<sup>39</sup>, no sólo civiles, sino también militares<sup>40</sup>. Las connotaciones religiosas de la censura, que es una magistratura civil, se ponen de manifiesto especialmente en un texto de Cicerón en el que se denomina al censor: *sanctissimus magistratus*<sup>41</sup>. Asimismo, Cicerón, en *De officiis*, nos dice que una gran parte de las anotaciones censorias se realizaban en materia de juramentos<sup>42</sup>; por otra parte, las descripciones realizadas por Varrón de las ceremonias que los dos magistrados

<sup>37</sup>. CICERÓN, *Pro Sestio*, 25, 55.

<sup>38</sup>. CICERÓN, *De legibus*, 3,3,7; TITO LIVIO, 4,8: "...ut morum et disciplinaeque Romanae penes eam regimen..."; TITO LIVIO, 41, 27,13: "...moribus quoque regendis diligens et severa censura fuit...".

<sup>39</sup>. CICERÓN, *De Legibus*, 3,4,11.

<sup>40</sup>. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, vol 3, sub voce ignominia "*nota infamiae, quae, tamquam poena lege sive civile sive militare inharebatur alicui*". Observa CASTELLÓ, C.: *Studi sul diritto familiare e gentilicio romano*, Milano, 1942, pág. 91, nota 1, que Forcellini olvida en esta definición que la ignominia censoria se extiende también a los *sacra* y a los *mores*. Respecto a la intervención censoria en relación con las actuaciones militares, además de los citados textos de FESTO, pueden consultarse, entre otros, TITO LIVIO, XLIII, 14, 15; VALERIO MÁXIMO, II, 9,7 y 8.

<sup>41</sup>. CICERÓN, *Pro Sestio*, 25,55: "...ut censoria notio et gravissimum iudicium sanctissimus magistratus de republica tollerentur...".

<sup>42</sup>. CICERÓN, *De officiis*, 3,31,3: "...iudicant notiones animadversionesque censorum qui nulla de re diligentius quam de iureiurando iudicabant...".

debían efectuar antes de iniciar las verdaderas y propias operaciones del censo, muestran el carácter religioso de la censura<sup>43</sup>.

Por otra parte, en los textos de autores de comedias es frecuente la vinculación de las *fides* con la *fama*<sup>44</sup> presentándose la infamia como un atentado a las reglas respetadas por la comunidad, *fides, fama virtus y decus*<sup>45</sup>. En otro texto, especialmente significativo, se dice que la opinión que el censor emite en el cumplimiento de su cometido tiene su base en la equidad: "...*Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium et aequum existimabatur...*"<sup>46</sup>. También en relación con la *fides*, parece evidente que se imponen las sanciones contenidas en la *Lex Iulia Municipalis* y en el edicto del pretor, a aquellas personas que conculcan la relación de confianza establecida en los supuestos de sociedad, tutela, mandato y depósito, así como su consideración como personas infamadas, lo que probablemente tendría su precedente en la declaración de ignominia censoria<sup>47</sup>.

Las limitaciones más efectivas con que se encontraba el censor eran las derivadas de la obligación de que existiese una constancia expresa del fundamento de la deshonra, *subscriptio*, la necesidad del consentimiento de ambos colegas, y la validez temporal de la nota censoria, dado que su vigencia, caso de no ser ratificada en el nuevo censo, se limitaba al tiempo de duración del censo en el que había sido realizada. Más dudosas aparecen las limitaciones derivadas de una posible *intercessio* de los cónsules o de los tribunos, al tratarse de proposiciones realizadas a aquellos magistrados a quienes tocaba decidir sobre ellas en razón de su cargo.

<sup>43</sup>. VARRON, *De lingua latina*, VI, 86.

<sup>44</sup>. PLAUTO, *Persa*, 347: "...*Nam ad paupertatem, si admigrant infamiae. Gravior paupertas fit, fides sublestior*"; PLAUTO: *Trinummus*, 738-739: "*Verum hoc ego vereor, me istaec pollicitatio. Te in crimen populo ponat atque infame*".

<sup>45</sup>. PLAUTO, *Mastellaria*, 5, 144: "*Nunc simil res, fides, fama, virtus, decus, deseruerunt...*".

<sup>46</sup>. VARRON, *De lingua latina*, 6, 71.

<sup>47</sup>. Nos dice AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 5, 13,2, que conforme a los *mores maiorum* se debería proteger en primer lugar a aquellos confiados a nuestra *fides* y *tutela*: "...*ex moribus populi romani primun iuxta parentes locum tenere pupilos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos...*". Asimismo en época clásica, en numerosos textos, se ponen en relación *fama* y *fides*, por ejemplo, en D. 22,5,3 (Calistratus, libro IV de *Cognitionibus*): "*Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis...*".

De la fragmentaria información que tenemos sobre el edicto del censor podemos saber que contenía tres elementos: los consejos<sup>48</sup>, las manifestaciones de disgusto<sup>49</sup> y las verdaderas prohibiciones. Asimismo, en ocasiones, el censor multaba a un ciudadano, o bien consideraba suficiente expresar una reprobación pública de éste sin sanción<sup>50</sup>.

La sanción infligida por los censores tenía su expresión en una nota censoria<sup>51</sup>. Esta nota consistía en un comentario desfavorable escrito junto al nombre del ciudadano, así como una referencia al fundamento de la nota (*subscriptio*)<sup>52</sup>. La nota podía contener una simple transcripción de hechos reprobatorios previamente probados o bien una simple opinión censoria<sup>53</sup>. Cabía, incluso, que una misma nota se justificase por cada censor de forma diferente, de modo que uno de los censores podía no asociarse a la *subscriptio* de su colega. Las observaciones censorias, no sólo afectaban a la persona en sí, sino que tenían un carácter disuasorio respecto de otras personas por las sanciones que conllevaban y la publicidad con que se realizaban<sup>54</sup>. Frente a la decisión censoria no cabía apelación ni ante los comicios, si bien era tan sólo válida hasta el censo siguiente en el que los nuevos censores solían revisar las listas con gran libertad<sup>55</sup> y podían rectificar, con o sin circunstancias nuevas, las decisiones tomadas por sus predecesores, con base en una diferente interpretación.

<sup>48</sup>. SUETONIO, *Claudio*, 16, o bien la célebre exhortación al matrimonio hecha a los romanos por el censor Metellus, AULO GELIO, *Noctes Atticae* 1,6,2: "...si sine uxore esse possumus, Quirites, omnes ea molestia careremus; sed quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis ullo modo vivi possit, saluti perpetuae potius quam brevi voluptati consulendum est".

<sup>49</sup>. Así por ejemplo, en el discurso de los censores del año 92 a.C., que nos ha transmitido SUETONIO (*De viris illustribus. De rhetorica*, c. 1.): "...Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recta videntur".

<sup>50</sup>. SUETONIO, *Augusto*, 39.

<sup>51</sup>. TITO LIVIO, 39, 42,6: "...ut censoris motis et senatu adscriberent notas..."; CICERÓN: *Pro Cluentio*, 42, 120: "duo censores, clarissimi viri... furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt...".

<sup>52</sup>. CICERÓN: *Pro Cluentio*, 42, 119: "...video igitur, iudices, animadvertisse censores in iudices quosdam illius consule Iuniam, cum istam ipsam causam suscriberent"; íd., 46,131: "Nam in Popilius qui Oppianicum condemnarat subscripsit L. Gellius...".

<sup>53</sup>. CICERÓN, *Pro Cluentio*, 48,134.

<sup>54</sup>. Por ejemplo, AULO GELIO: *Noctes Atticae*, IV, 20: nos relata tres supuestos de la estricta disciplina censoria.

<sup>55</sup>. CICERÓN, *Pro Cluentio*, 43, 122: "...censores denique ipsi saepe numero superiorum censorum iudiciis, si ista iudicia appellari voltis, non steterunt...".

Constituye también un tema polémico<sup>56</sup> el relativo a si cabe hablar de *iudicium* respecto a la actuación censoria y, ciertamente, parece que no estamos en presencia de un *iudicium* en sentido estricto, si bien las fuentes utilizan con frecuencia este término<sup>57</sup>, así como la expresión *iudicium de moribus* o *iudicium de fama ac moribus*<sup>58</sup> e incluso encontramos la expresión *de iure stare* aplicada a un hombre que comparece ante los censores. Parece que los censores no solían emitir su decisión sin antes permitir al interesado defenderse<sup>59</sup>, y durante los escasos años de vigencia del plebiscito Claudiano se exigió que el inculpado fuese acusado por una tercera persona, y encontrado culpable por los censores antes de emitir la sentencia<sup>60</sup>; asimismo, los censores tenían entre sí veto recíproco, y prevalecía la decisión negativa sobre la positiva, siendo necesario el mutuo acuerdo en la redacción de la nota, aunque no en su motivación<sup>61</sup>.

En la generalidad de los casos el mal reputado socialmente era notado por el censor. La *notatio* realizada por el censor recogía, por tanto, la infamia social del notado que había transgredido las reglas de conducta de la comunidad<sup>62</sup>, y supo-

<sup>56</sup> Frente a la opinión doctrinal mayoritaria, vid, la argumentación de CANCELLI, F.: *Studi sui censori e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano, 1957, pp. 89-97, respecto a la potestad jurisdiccional de los censores.

<sup>57</sup> VARRON, *De lingua latina* 6,71: "...*Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur...*". CIC., *Pro Sestio*, 25, 55: "...*ut censoria notio et gravissimum iudicium sanctissimum magistratus...*" CIC., *Pro Cluentio*, 43,122: "*Censores denique ipsi saepe numero superiorum censorum iudiciis, si ista iudicia appellari voltis, non steterunt*"; TÁCITO, *Annales* XI, 25: "...*iudicium censorum...*".

<sup>58</sup> TITO LIVIO, 23, 23: "...*iudicium arbitriumve de fama ac moribus*".

<sup>59</sup> AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 4,20,8: "*Deliberatum est de nota eius qui ad censores ab amico advocatus est, et in iure stans dare nimis et sonore oscitavit...*".

<sup>60</sup> CICERÓN alude en diversos textos a los efectos puramente morales y no jurídicos de los censores, afirmando que el voto del pueblo ha reducido a nada la opinión censoria, y los pretores han elegido como jueces a *cives* que habían sido notados por el censor (*Pro Cluentio*, 92, 119); por otra parte, este autor califica la actuación censoria de *animadversio* y no de *iudicium*. CICERÓN, *Pro Cluentio*, 45,126: "*Quid igitur censores secuti sunt?, ne ipsi quidem gravissime dicant, quidquam aliud dicent praeter sermonem atque famam. Nihil se testibus, nihil tabulis, nihil gravi aliquo argumento comperisse, nihil semique, causa cognita, statuisse dicent*", íd., 42, 119: "...*numquam animadversionibus censoriis hanc civitatem ita contentam ut rebus iudicatis fuisse...*", 42, 117; 42, 121, etc.

<sup>61</sup> Nos dicen las fuentes que mientras los censores actuaron conforme a la tradición la república vivió un período de plenitud, TITO LIVIO, 42, 10: "*Concors et republica censura fuit. Omnis, quos senatu moverunt quibusque equos ademerunt, aerarios fecerunt et tribu moverunt; neque ab altero notatum alter probavit*".

<sup>62</sup> En caso de disconformidad entre la infamia popular y el *arbitrium* del censor, privaba el criterio del magistrado, cfr. CICERÓN, *Pro Cluentio*, 48,134.

nía la *ignominia* para el *civis* reprobado, como se pone de relieve en numerosos textos<sup>63</sup>, por lo que quizás sería más correcto, en relación con estos supuestos, utilizar la expresión de *ignominia censoria* en vez de la más usual de *infamia censoria*. Lo que quizás sucedía era que los supuestos más graves que entrañaban una descalificación severa, eran tenidos en cuenta y sancionados por el pretor con la incapacidad para postular, y en las leyes con la incapacidad para desempeñar cargos públicos por lo que cabría referirse, a *infamia legal* o *edictal* según los casos.

Las sanciones más graves, mencionadas por las fuentes, derivadas de la aplicación de la nota censoria, eran aquellas que suponían el cambio o expulsión de las tribus, y la expulsión del senado o del *ordo equestre*.

Durante la monarquía las costumbres habrían, pues, constituido la principal fuente del derecho a través de la vía de los *mores maiorum*. En esta etapa se produjo la transformación de muchas costumbres en normas jurídicas a través de su incorporación a los preceptos contenidos en las leyes votadas en los comicios. Las restantes costumbres que mantienen la consideración de tales, junto con la moralidad y la ética pública fueron objeto, como hemos visto, de control censorio en la República. Durante la época clásica, los juristas no consideran a la costumbre (*consuetudo*) fuente autónoma del derecho y así, si bien Gayo comienza sus Instituciones afirmando que todos los pueblos, incluido el romano se rigen por leyes y costumbres (*legibus et moribus reguntur*), a continuación hace una enumeración de las fuentes del derecho y no cita entre ellas a la costumbre<sup>64</sup>.

<sup>63</sup>. A la *ignominia censoria* se refieren numerosos textos, a algunos de los cuales ya nos hemos referido con anterioridad: CICERÓN, *Pro Cluentio*, 42,119: "...sic nominibus ignominia notatis...", Id.42,121: "...Deinde praetores urbani qui iurati debent optimum quemque in selectos iudices referre numquam sibi ad eam censoriam ignominiam impedimentum esse oportere duxerunt". Sin embargo, hay que tener en cuenta, frente a esta afirmación censoria, que Cicerón la hace en una época, a fines de la república, de desprestigio de la actuación censoria. CICERÓN, *De Republica*, 4,6: "ut omnis ea iudicatio versatur tantum modo in nomine: animadversio illa ignominia dicta est", etc. A la relación entre *malo nominare* que era la expresión que se empleaba para hacer a un *homo sacer*, y el *malum nomen* derivado de la *ignominia censoria*, así como a la sanción de la *consacratio capitis* para ambos supuestos, se refiere HUVELIN, en *Les tablettes magiques et le droit romain*, Appendice aux études du droit commercial Romain, París 1929, pp. 239 y ss.

<sup>64</sup>. *Gaius Institutiones*, 1.1.1: "Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur..."; 1.2.1: "Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium"; GAUDEMMENT, *La coutume au Bas-Empire*, Labeo, 2, 1956, pp. 147 y ss.; Id. *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV et V siècles*, 1979, pp. 11 y ss.

La relevancia de las costumbres locales de los pueblos integrados en el Imperio, y determinadas interpretaciones del denominado derecho vulgar fueron el inicio de la revitalización de la costumbre, a la que comienza a reconocerse un carácter integrador de las lagunas legales. Con posterioridad, en un discutido texto de Salvio Juliano se llega incluso a otorgar especial eficacia normativa a la costumbre, al considerar que las disposiciones legales pueden quedar derogadas por *desuetudo*, es decir, por su prolongada inobservancia por parte de los miembros de la comunidad: “En aquellos casos en que no aplicamos las leyes escritas, se debe observar lo que se ha introducido por los usos y la costumbre; y si esto faltare en algún asunto, entonces lo que le sea más próximo y congruente; y si tampoco aparece esto, entonces debe observar el derecho que se aplica en la urbe de Roma. No sin razón se observa como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice constituido por los usos. Como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan mas que por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante el sufragio o con la misma realidad de los hechos?. Por lo que también se ha admitido con muchísimo acierto que las leyes abroguen no sólo mediante el sufragio del legislador, sino también con el consentimiento tácito de todos, por desuso”<sup>65</sup>.

Sin embargo, quizás Salvio Juliano en su interés por resaltar la importancia de la costumbre ha expresado una opinión personal sin fundamento legal, dado que si bien a partir de esa época la costumbre comienza de nuevo a tomar relevancia y consideración como fuente del derecho, en la medida en que estuviere de acuerdo con la ley o supliere a ésta en una laguna legal, la posibilidad de atenerse a una costumbre contra lo dispuesto en una ley (*consuetudo contra legem*), fue expresamente excluida en la legislación romana. En este sentido, en el Código de Justiniano se afirma: “No es despreciable la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, pero no ha de ser válida hasta el punto de que prevalezca o sobre la razón o sobre la ley”<sup>66</sup>.

#### IV. IUS CIVILE-IUS HONORARIUM-IUS NOVUM

Con el término *ius civile* se designa el derecho propio de la ciudad de Roma o quizás sería más apropiado decir de los ciudadanos romanos: *ius pro-*

<sup>65</sup>. D. 1.3.32. pr.-1; SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, Arch. Giurd., 1926, CII, 1, pp. 3 ss.; GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce della esperienza romana*. Diritto e Giurisprudenza, 1956, LXXI, pp. 413 y ss.

<sup>66</sup>. C. J. 8.52.2.; LOMBARDI, *Sul titolo “quae sit longa consuetudo”, (8,52/53) nel codice giustiniano*, S.D.H.I., XVIII, 1952, pp. 21 y ss.

*prium civitatis* o *ius civium romanorum*, por lo que abarcaría todos los sectores o materias del ordenamiento jurídico entendido en su conjunto. Durante la Monarquía, el *ius civile* se correspondería con el *ius quiritium*, de base consuetudinaria, que sería interpretado y aplicado con gran discrecionalidad y libertad creadora e integradora por los juristas sacerdotes, denominados Pontífices. La República trajo consigo la idea de las leyes públicas y democráticas de aprobación popular y la atribución exclusiva de la competencia para administrar justicia a determinados magistrados, también elegidos en los comicios. El *ius civile* ve así ampliado su contenido a las leyes públicas y a la actividad de los pretores y ediles curules<sup>67</sup>.

En el cumplimiento de su función, los pontífices en relación con los supuestos en los que intervenían, actuaba en una triple vía, *agere*, consistente en determinar el tipo de acción y las fórmulas procesales, *cavere*, consistente en aconsejar en la realización de los negocios jurídicos y *respondere*, consistente en la emisión de dictámenes sobre todas las cuestiones jurídicas que se les plantearan. En el cumplimiento de estas funciones, el colegio pontifical designaba todos los años un pontífice para asesorar a particulares, y magistrados al respecto, según nos dice Pomponio en un texto contenido en el Digesto: "...pero la ciencia de la interpretación de estas leyes así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los Pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados. Y el pueblo se atuvo a esta costumbre durante casi cien años"<sup>68</sup>.

A partir del siglo III a. C. la jurisprudencia religiosa es definitivamente sustituida por la jurisprudencia laica, que sigue desarrollando las mismas funciones, si bien a partir de las XII Tablas se produce ya el inicio del proceso de secularización del *ius*.

En época clásica las fuentes del derecho civil son, conforme al texto atribuido a Papiniano en D. 1.1.7.pr. las siguientes: "Es derecho civil el que

<sup>67</sup>. Vid. al respecto LAURIA, *Ius civile. Ius honorarium*. Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini, Milano 1946, pp. 595 y ss.; SEGRE, *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e pretorio*, Scritti in onore di C. Ferrini, Milano 1946 pp. 729 y ss.; DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, Scritti in onore a la beatificazione de C. Ferrini, Milano 1947, vol. I, pp. 192 ss.; DE LOS MOZOS, J.L., *La formación del concepto de ius civile en el Derecho Romano*, Rev. Jur. de Legs. y Jurispd., 1969, pp. 529 y ss.

<sup>68</sup>. D. 1.2.2.6: "...omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est".

dimana de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los prudentes”<sup>69</sup>.

Sin embargo, se considera por la doctrina moderna, y en este punto también las fuentes romanas son coincidentes, que la formación del *ius civile* clásico se debe fundamentalmente a la actuación de los jurisconsultos, a los que se les atribuye la condición de fundadores del derecho civil “*fundaverunt ius civile*”<sup>70</sup>, y en relación con los cuales se llega a afirmar por Pomponio que el *ius* consiste sólo en la interpretación de los juristas, D. 1.2.2.5: “el derecho civil que sin escribirse vinieron a formar los juristas...”<sup>71</sup>.

En su labor interpretadora el jurista no especula teóricamente sobre la norma, salvo que la lógica abstracta especulativa le sirviere para dar una solución al caso concreto. Su labor de integración del *ius civile*, de interpretación creadora sobre la base del respeto al sistema, pero deduciendo del sistema jurídico aspectos no literalmente contenidos en el mismo, es sancionada por Augusto al otorgar el carácter de fuente del derecho, de aplicación obligatoria por los tribunales, a las opiniones de determinados juristas, dando origen a lo que se denomina el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*. Las opiniones de estos juristas, directamente aplicables por los jueces en los casos controvertidos, suponen el cenit del reconocimiento jurisprudencial, quizás en toda la historia del Derecho. La decisión de Augusto es confirmada por los Príncipes posteriores, y de manera expresa cabe destacar al respecto las disposiciones de Tiberio y Adriano<sup>72</sup>.

Gayo en Instituciones 1.7 nos dice a propósito de las opiniones de los juristas: “Respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquéllos a los que les está permitido crear derecho. Cuando las sentencias de todos ellos son unánimes, su contenido obtiene fuerza de ley; pero si disienten, el

<sup>69</sup> D. 1.1.7.pr.: “*Ius autem civile est, quod est legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit...*”.

<sup>70</sup> BRETONNE, P. *Mucius Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*, Atti II Congr. Soc. St. dir., 1971, pp. 103 y ss.; Id. *La fondazione del ius civile nel manuale pomponiano*, en *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 1971, pp. 161 y ss.

<sup>71</sup> D.1.2.2.5: “*...Ius civile quod sine scripto venit compositum a prudentibus*”, idea reiterada por el mismo jurisconsulto en D. 1.2.2.12: “*...ius civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit...*”.

<sup>72</sup> GUARINO, *Il ius publice respondendi*, RIDA, 2, 1949, pp. 401 y ss.; MAGDELAIN, *Ius respondendi*, RHD, 28, 1950, 1-2, 157-182 y en *Ius-Imperium-Auctoritas*. Etudes de Droit Romain, Ecole Française de Roma, 1990 pp. 103-115.

juez puede seguir la sentencia que le plazca, y así consta en un *rescripto* del divino Adriano”<sup>73</sup>.

Asimismo al *ius respondi* se refiere Pomponio cuando afirma: “Digamos de paso que, antes de los tiempos de Augusto los príncipes no daban el derecho de responder oficialmente, sino que los que tenían confianza de sus estudios respondían a los que les consultaban, y no daban sus respuestas firmadas, sino que las más de las veces ellos mismos las escribían a los jueces, o las referían con testigos los mismos que les consultaban. Augusto, de consagrada memoria, fue el primero que, con el fin de que hubiera un derecho de más autoridad, determinó que respondieran en virtud de la autoridad del príncipe y desde aquel tiempo comenzó a solicitarse esto como un beneficio. Por ello, el óptimo príncipe Adriano, al solicitarle unos de rango pretorio que se les permitiera dar respuesta contestó en un *rescripto* que tal cosa no se solicitaba, sino que solía darse y, por tanto, si alguien tenía confianza en sí mismo “para asumir esa función”, él estaba encantado de que el tal se preparase para dar respuestas al pueblo, “si alguno quería acaso consultarle”<sup>74</sup>.

La lógica jurídica contenida en las opiniones de los juristas, la depuración de los conceptos y las ajustadas y equitativas soluciones a los conflictos planteados, son unánimemente considerados la mayor demostración del genio jurídico romano, y constituye la base sobre la que se asienta la dogmática jurídica moderna.

Asimismo hay que resaltar la labor de los pretores, que acaba siendo considerada un sistema paralelo al *ius civile*, al que se denomina *ius praetorium* o *ius honorarium*, en atención al honor que supone el desempeño de la magistratura jurisdiccional<sup>75</sup>.

<sup>73</sup>. GAI, *Institutiones* 1,7: “*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet, si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*”.

<sup>74</sup>. D. 1.2.2.49: “*Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad responso dendum se praepararet*”.

<sup>75</sup>. D. 1.1.7.1 (Papinianus, libro secundo definitionum): “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam...*”.

La labor pretoria llegó a ser de tal importancia que llegó a afirmarse en un texto del Digesto, D. 1.1.71, que “el Derecho pretorio es el que los pretores introdujeron para ayudar, suplir o corregir el derecho civil por causa de utilidad pública...”<sup>76</sup>.

Conforme a este texto se reconocería a los pretores, en cuanto magistrados jurisdiccionales no sólo una labor complementaria, interpretativa o integradora del *ius civile*, sino también incluso, en ocasiones excepcionales, correctora, por la vía de dejar sin eficacia, en la práctica, una institución civil en desuso o cuya aplicación podía dar lugar a una injusticia. Al respecto se afirma de manera reiterada en las fuentes que las soluciones pretorias son, en ocasiones, de equidad, es decir, procurando tener en cuenta lo que la conciencia y el ambiente social requiere en el caso concreto<sup>77</sup>.

Si bien es un tema muy polémico, no parece acertado considerar que el sistema pretorio haya tenido únicamente eficacia en el ámbito procesal, aunque es evidente que fue en este campo donde la actuación pretoria tuvo mayor relevancia. Así, con la creación de acciones *in factum* para proteger supuestos no previstos en el derecho, de acciones ficticias, por las que por razones de equidad, se considera existente, -de ahí la denominación- una relación o cualidad jurídica, que en realidad no existe y acciones útiles, por las que se amplía la protección de una acción civil a un supuesto análogo; o bien con la negativa a tramitar una acción reconocida por el *ius civile* (*denegatio actionis*), o mediante la concesión al particular de la facultad de paralizar la acción de la otra parte en el proceso (*exceptio*), o bien finalmente, y de forma excepcional, mediante la anulación del acto jurídico realizado (*restitutio in integrum*). Pero junto a estos remedios procesales, de trascendencia en lo sustantivo, y de ahí la correlación tan estrecha entre Derecho y Proceso, el *ius praetorium* interviene en el ámbito de lo institucional mediante el reconocimiento y protección de determinadas situaciones jurídicas correspondientes a derechos reales (propiedad pretoria), obligaciones (ej. préstamos pretorios) y herencia (*bonorum possessio y cognatio*)<sup>78</sup>.

<sup>76</sup>. D. 1.1.7.1. vid. nota anterior 75.

<sup>77</sup>. Vid. en materia de derecho pretorio: BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*. Studi in onore di G. Chiovenda, Padova 1927, pp. 65 y ss; FUENTESECA, *La necesidad de retornar al estudio del Edicto pretorio*, AHDE, 39, 1969.

<sup>78</sup>. A la consideración del Edicto como programa de actuación a seguir por el pretor en su etapa de gobierno se hace referencia en D. 1.2.2.10: “*Eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponerent. quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat*”.

No cabe hablar, sin embargo, de sistemas jurídicos contrapuestos, para referirse al civil y al pretorio<sup>79</sup>, pero sí de sistemas diferentes y paralelos<sup>80</sup>, que irán fundiéndose progresivamente y de forma especial se producirá una aproximación con la codificación del edicto por Salvio Juliano, que puso formalmente fin a la libertad de creación pretoria del derecho<sup>81</sup>. En esta labor de aproximación, coordinación y engarce entre ambos sistemas cumplió un papel relevante la Jurisprudencia. En época justiniana, la dualidad de sistemas es ya un mero recuerdo histórico.

El *ius novum* o *extraordinarium* es el contenido en las constituciones imperiales. Convivió con el civil y el pretorio y fue exigible a través de una vía procesal nueva denominada *cognitio extraordinem*<sup>82</sup>.

#### V. IUS CIVILE. IUS GENTIUM. IUS NATURALE

En las fuentes se contiene en ocasiones la dicotomía *ius civile-ius gentium*, identificándose éste con el *ius naturale*<sup>83</sup>, y en ocasiones la tricotomía *ius*

<sup>79</sup>. MARCIANO llega a considerar el *ius honorarium* la viva voz del *ius civile*: D. 1.1.8: "Nam et ipsum *ius honorarium* viva vox *iuris civilis*".

<sup>80</sup>. GAI, *Institutiones* 1.6: "*Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnia quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur*". *Institutiones Justiniano* 1.2.7: "*Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quo edictum iuris honorarii portio est*".

<sup>81</sup>. C. tanta 18: "...et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas". Sobre este punto vid. asimismo, KASER, *Zum "ius honorarium"*, Estudios Alvarez Suarez, 1978, pp. 231 y ss.; LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 1927; HERNANDEZ-TEJERO, "*Perpetuus*", AHDE, 19, 1948-49, pp. 99 y ss.; GUARINO, *L' esaurimento del "ius honorarium e la pretera codificazione dell'Editto*, Studi Albertario, 1, 1953, pp. 627 y ss.

<sup>82</sup>. Vid. al respecto: RICCOBONO, '*Cognitio extra ordinem*': *nozione e caratteri del 'ius novum'*, RIDA, 3, 1949, pp. 277 y ss.; ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori*, 1939; LUZZATO, *Il problema d'origine della cognitio extra ordinem*, Bologna 1965; GUARINO, *Gli aspetti giuridici del principato*, ANRW, 2, 13, 1980.

<sup>83</sup>. GAI, *Institutiones* 1,1: "...quod quisque populus ipse sibi *ius* constituit, id ipsius proprium est vocaturque *ius civile*, quasi *ius proprium civitatis*; quod vero *naturalis ratio* inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur...". I. J., 1.2.1 y D. 1.1.9.

*civile, ius naturale, ius gentium*<sup>84</sup>, considerados como tres sistemas diferenciados, de modo especial en orden a precisar que la esclavitud es una institución del *ius gentium* pero contraria al *ius naturale*. Así, Ulpiano en D. 1.1.4 afirma que “todos los hombres nacen libres por derecho natural y que la esclavitud fue introducida por derecho de gentes”<sup>85</sup>.

Considerando el *ius civile* como el derecho propio de la *civitas romana*, las relaciones con otras comunidades, en origen latinas y con posterioridad itálicas y mediterráneas, hace necesaria o bien el reconocimiento de los negocios realizados entre romanos y miembros de estas comunidades a través de la vía de la concesión del *ius commercium* o bien la formalización de tratados internacionales en los que se reconocían expresamente validez de las relaciones comerciales a los ciudadanos de los pueblos firmantes<sup>86</sup>.

Sin embargo, la realidad de un tráfico comercial y económico cada vez mas fluido hace necesario en el siglo III a. C. la creación de una magistratura a la que se atribuye específicamente el conocimiento de los conflictos surgidos, especialmente en el ámbito de las relaciones patrimoniales, entre extranjeros y ciudadanos romanos y entre extranjeros entre sí. Esta institución se denominó *pretura peregrina*<sup>87</sup>.

A los miembros de las comunidades vinculadas o sometidas o que tengan simplemente relaciones comerciales con Roma, se les permite el acceso a nego-

<sup>84</sup> D. 1.1.1.2 (Ulpiano, 1 *inst.*): “...privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus”.

<sup>85</sup> D. 1.1.4: “...quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis...”.

<sup>86</sup> Vid. A propósito del *ius gentium*: LAURIA, *Ius gentium*, Festschrift Koschaker, 1939, vol. 1, pp. 258 y ss.; DE MARTINO, *Variazioni postclassiche del concetto romano di “ius gentium”*, *Annali Bari*, 1947, VII-VIII, pp. 107 y ss.; G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947; Id. *Diritto romano e ius gentium*, *SDHI*, 16, 1950, pp. 254 y ss.; FREZZA, *Ius gentium*, *Melanges De Visscher*, 1949, vol. 1, pp. 259 y ss.; MICHEL, *Sur les origines du “ius gentium”*, *RIDA*, 1956, pp. 313 y ss.; BISCARDI, *Le frontiere ideali del diritto nell’esperienza storica del mondo antico*, en *Le nuove frontiere del diritto*, 1, 1979, pp. 29 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *El “ius gentium” como expresión de identidad de la cultura romano-helenística*, en *Derecho común y derechos nacionales en la tradición jurídica europea*, La Coruña 1991, pp. 22 y ss.

<sup>87</sup> D. 1.2.2.28 (Pomponio, *enchir. sing.*): “Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore (urbano), quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat”.

cios del *ius civile* no formalistas, se crean tipos especiales nuevos y se aceptan unas instituciones y prácticas comerciales de estos pueblos que no chocan frontalmente con el viejo *ius civile*. Nace así propiamente un derecho del tráfico jurídico comercial, libre de formas, flexible, basado en la *fides*, en la lealtad y corrección en el trato, que al final de la República ya se denomina *ius gentium*, utilizándose la vieja palabra *gens*, que designaba a los grupos suprafamiliares con un antepasado común, que tan importante papel jugaron en la *civitas* primitiva<sup>88</sup>.

El *ius gentium* no es un derecho de los extranjeros, sino un derecho accesible a los extranjeros, formado por instituciones romanas y no romanas, pero aceptadas estas últimas por los pueblos del mundo mediterráneo, de ahí que se hable en ocasiones de un pretendido derecho universal que no es tal en realidad, sino que es al universo romano al que se alude con la expresión. A las ideas anteriormente expresadas se refiere el conocido texto de Gayo I, 1.1. recogido asimismo en D. 1.1.9: "Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones. Así pues, el pueblo romano usa en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres"<sup>89</sup>.

El nuevo proceso por el que se sentencian los litigios de derecho de gentes es el formulario que sustituye a las acciones de la ley. De derecho de gentes, en cuanto basados en la *bona fides*, se consideran los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, la flexibilización de la *sponsio*, la sustitución de la *mancipatio* por la *traditio*, la inviolabilidad de los embajadores etc. La *fides*, entendida como lealtad, corrección en los tratos y respeto a la palabra dada, se convierte en el eje del nuevo derecho. La *fides* con matiz subjetivo, que se objetiva por el magistrado en caso de conflicto y de ahí quizás la expresión *bona fides*, la razón natural (*naturalis ratio*) y la equidad, se convierten en los ejes del nuevo derecho y en su fundamento filosófico<sup>90</sup>.

<sup>88</sup>. Vid. al respecto en GROSSO, *Riflessioni su 'ius civile', 'ius gentium'. 'ius honorarium' nella dialettica fra tecnicismo tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale di Roma*, Studi Donatuti, 1, 1973, pp. 439 y ss.

<sup>89</sup>. GAI, *Institutiones* 1.1.1 y D. 1.1.9, ya citados en notas anteriores.

<sup>90</sup>. Vid. en materia de *fides-bona fides*: CREMADES, *El "officium" en el derecho privado romano*, Madrid, 1988; CASTRESANA, "*Fides*", "*bona fides*": un concepto para la creación del derecho, Madrid, 1981; NÖRR, *Die "fides" in römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991.

Cicerón en *De officiis* 3.17.69, nos dice que el *ius gentium* es *ius civile*. Y ciertamente lo es en cuanto se aplica en territorio romano, por magistrados romanos y está integrado en buena medida por instituciones y normas romanas<sup>91</sup>.

Sentada la idea de que el *ius gentium* se integra en el conjunto del *ius civile*, del que recibe normas e instituciones, hay que añadir a continuación que también instituciones, normas y prácticas nacidas en el seno del *ius gentium*, fueron primero utilizadas por los *cives romani* por su mayor flexibilidad y sencillez y posteriormente incorporadas al propio *ius civile*. Sintomático y significativo resulta el hecho del proceso formulario que nace para conocer conflictos del *ius gentium*, primero convive con el procedimiento propio de los *cives romani*, y después acaba por desplazarlo, convirtiéndose en el único utilizable para sustanciar los litigios del *ius gentium* y del *ius civile*<sup>92</sup>.

En las fuentes se utiliza la expresión *ius naturale*<sup>93</sup> con cuatro acepciones diferentes:

- a) *Ius naturale* como derecho basado en la propia naturaleza, sin más adjetivaciones. Hay un texto en el Digesto 1.1.1.3, atribuido a Ulpiano, en el que de forma desafortunada se intenta equiparar a hombres y animales, conforme a ciertas leyes de la naturaleza, de lo que se deduciría la existencia de un *ius naturale* aplicable a ambas especies<sup>94</sup>.

<sup>91</sup>. En torno a la consideración del *ius gentium* como derecho de la guerra y de la paz, es decir, el que hoy llamamos "Derecho internacional público" vid. A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1989, pp. 61y ss. y la bibliografía específica allí citada.

<sup>92</sup>. Vid. sobre procedimiento formulario: CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milán 1946; GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, SDHI, 13-14, 1947-48, pp. 109 y ss.; PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, Milán 1963, pp. 259 y ss.; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich 1966, pp. 26 y ss.

<sup>93</sup>. En materia de *ius naturale* vid.; BURDESE, *Ius naturale* NNDI, 1975, pp. 383 y ss.; NOCERA, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milán 1962, CAMACHO EVANGELISTA, "*Ius naturale*" en *las fuentes jurídicas romanas*, Estudios Alvarez Suarez, 1978, pp. 45 y ss.; STEIN, *The development of the Notion of "naturalis ratio"*, en Daube noster, 1974, pp. 305 y ss.

<sup>94</sup>. D. 1.1.1.3 (Ulpiano, 1 *inst.*): "*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censei*".

- b) *Ius naturale* como derecho basado en la razón natural (*naturalis ratio*), entendiendo por tal, con Lombardi, la lógica natural que se deduce de la realidad objetiva de las cosas. Este concepto de *ius naturale*, se identificaría con la definición de *ius gentium* dada por Gayo y aceptada mayoritariamente por la doctrina<sup>95</sup>.
- c) *Ius naturale* como derecho basado en la equidad. En un texto de Paulo, contenido en D. 1.1.11, se afirma que el derecho natural es lo que siempre es justo y bueno. Se trata de una concepción ideal del derecho, sin consecuencias prácticas, en el que lo jurídico se encontraría mas cerca de la equidad (*aequitas*) que de la bondad (*bonum*)<sup>96</sup>.
- d) *Ius naturale* como un orden ideal transcendente inspirado por la providencia divina, que puede y debe servir de inspiración al derecho positivo, que quedará en consecuencia subordinado a él. Se trata de una concepción que proveniente de determinados escritos de la patrística cristiana de época postclásica, es acogida en algunos textos de la compilación justiniana. Así en Instituciones de Justiniano 1.2.11 cuando se hace referencia a "...derechos naturales que observan igualmente todas las gentes, establecidos por cierta providencia divina, que permanecen firmes e inmutables"<sup>97</sup>.

A mi juicio, la concepción clásica del derecho natural es la que lo identifica con la razón natural de las cosas y la equidad.

#### IV. *IUS SCRIPTUM - IUS NON SCRIPTUM*

Se trata de una distinción procedente del derecho y la filosofía griegas, como expresamente se afirma en los textos contenidos en el Digesto, que no tuvo apenas importancia en Derecho Romano. Parece probable, a la luz de los textos correspondientes, que dentro de la categoría de *ius non scriptum* se comprendió en las distintas etapas la interpretación de los juristas, propia de

<sup>95</sup>. GAI, *Institutiones*, 1.1.1: "...quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur..."

<sup>96</sup>. D. 1.1.11 (Paulo, 14 Sab.): "...id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale..."

<sup>97</sup>. *Institutiones* J. 1.2.11: "Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes paraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent..."

las épocas republicana y clásica y la costumbre, de manera específica así considerada en Derecho justinianeo. En todo caso, la terminología escrita-no escrita no responde a la realidad, pues más bien por derecho escrito cabe considerar el derecho del poder público (comicios, senado, magistrados, emperadores), esté o no recogido por escrito, aunque normalmente lo estaría, y por derecho no escrito cabe entender el derivado de la observación uniforme de la regla de conducta sentida como jurídica (costumbre) o la interpretación que del ordenamiento jurídico realizan los juristas<sup>98</sup>.

La adaptación al tardío derecho romano de la clasificación griega incorpora la distinción no arraigada en Roma, y sí en las provincias romanas de Grecia, entre *nomoi agrafoi* (normas no escritas) y *nomoi engrafoi* (normas escritas).

Los textos que fundamentan las observaciones anteriores relativas a la consideración como *ius non scriptum* de la interpretación de los juristas son los siguientes:

D. 1.2.2.5 (Pomponio): “Dadas estas leyes, comenzó a ser necesaria la discusión en el foro (como suele ocurrir naturalmente, que la interpretación requiere la autoridad de los prudentes). Esta discusión y este derecho, que, sin escribirse vinieron a formar los prudentes, no se denomina por una parte especial del mismo, como se designan las demás partes del derecho por sus nombres particulares, teniendo como tienen las demás partes del derecho sus propios nombres, sino que se denomina con el nombre general de “derecho civil”<sup>99</sup>.

D. 1.2.2.12 (Pomponio): “Así, en nuestra ciudad, hay constituídas «las siguientes fuentes»: el derecho «legítimo», esto es la ley, el derecho civil propiamente dicho, el cual, sin estar escrito, consiste en la sola interpretación de los prudentes...”<sup>100</sup>.

Los textos que fundamentan el origen griego de la distinción y la consideración de la costumbre como *ius non scriptum* son los siguientes:

<sup>98</sup>. Vid. al respecto, BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, BIDR, 1935, pp. 139 y ss.; GAUDEMET, *La coutume au Bas-Empire*, Labeo, 2, 1956, pp. 147 y ss.; GUARINO, *La consuetudine e la legge alle luce della esperienza romana*, Diritto e Giurisprudenza, 1956, LXXI, pp. 413 y ss.; BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, 1971.

<sup>99</sup>. D. 1.2.2.5, vid. el texto citado en la nota 71.

<sup>100</sup>. D. 1.2.2.12, vid. el texto citado en la nota 71.

D. 1.3.35 (Hermogeniano): “También lo que se ha confirmado por antigua costumbre y se viene observando durante muchísimos años, a modo de tácito acuerdo de los ciudadanos, se aplica como el derecho escrito”<sup>101</sup>.

I. J. 1.2.3 y 9 (Justiniano): “Pero consta nuestro derecho o del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas. Es derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los jurisconsultos”<sup>102</sup>.

“Procede del no escrito, el derecho que el uso convalidó. Pues las costumbres, aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, se semejan a la ley”<sup>103</sup>.

## VII. *IUS COMMUNE. IUS SINGULARE. BENEFICIUM. PRIVILEGIUM*

Con la expresión *ius commune* se hace referencia a las normas vigentes y aplicables con carácter general a los miembros de una comunidad, en los casos concretos en los que proceda dicha aplicación<sup>104</sup>.

En aquellos supuestos en los que concurren circunstancias especiales de tal naturaleza que la aplicación de la regla general no parezca equitativa, resulta justificada una regulación específica, no dirigida a una persona o personas en concreto, sino que pueda afectar, en atención a sus notas de abstracción y generalidad en su aplicación, a cualquier ciudadano que se encuentre incurso en el supuesto concreto que la norma contempla. Estaremos entonces en presencia del denominado *ius singulare*. Tres son los textos fundamentales en esta materia:

<sup>101</sup>. D. 1.3.35 (Hermogenianus, l. I *iuris epitomarum*): “*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*”.

<sup>102</sup>. *Institutiones J.*, 1.2.3: “*Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium*”.

<sup>103</sup>. *Institutiones J.*, 1.2.9: “*Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*”.

<sup>104</sup>. Sobre la problemática de la contraposición *ius commune-ius singulare*, vid.: ORESTANO, “*Ius singulare*” e “*privilegium*” in *diritto romano*, Annali Macerata, 1937, XI pp. 39 y ss. y 1939, XII-XIII, pp. 89 y ss.; GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singulare*, Annali diritto comparato, 18, 1946, pp. 1 y ss.; AMBROSINO, “*Ius singulare*”, Milán 1940; LONGO, *Ius singulare*, Etudes Macqueron, pp 451 y ss.

D. 1.3.16 (Paulo): “Es derecho singular el que contra el tenor de la razón, ha sido introducido a causa de alguna utilidad concreta, con base en la autoridad del que lo establece”<sup>105</sup>.

D. 1.3.14 (Paulo): “Lo que se ha admitido contra la razón del derecho no debe extenderse hasta sus últimas consecuencias”<sup>106</sup>.

D. 1.3.15 (Salvio Juliano): “De lo que se ha establecido contra la razón del derecho, no podemos deducir una regla del Derecho”<sup>107</sup>.

Cuando los textos mencionan el tenor de la razón o la razón del derecho, parece claro que se están refiriendo a los principios generales que informan el sistema jurídico y, en consecuencia, cuando consideran el *ius singulare* contra el tenor de la razón o del derecho, se hace referencia a una regulación contraria a estos principios generales, pero introducida -nos dice Paulo- a causa de alguna utilidad concreta, lo que no quiere decir que las normas del *ius commune* no se fundamenten asimismo en la *utilitas*, sino que la *utilitas* del *ius singulare* tiene unas connotaciones especiales, que justifican lo específico de su regulación. En definitiva, no es que el *ius singulare* no responda a la razón del derecho, sino que tiene una razón o justificación diversa de la del *ius commune*. Y no es que el *ius commune* no se fundamente en la *utilitas*, sino que la *utilitas* en que se basa el *ius singulare* tiene una significación diferente que la *utilitas* general informante del *ius commune*.

Se consideran supuestos de *ius singulare* por ejemplo, el testamento de los militares, en atención a la exención de formalidades a estas personas cuando encontrándose en campaña decidían otorgar testamento<sup>108</sup>; la prohibición de donaciones entre cónyuges, realizadas en vida, en atención al posible engaño o coacción que dada la especial situación en la que se encontraban los cónyuges, pudiera producirse<sup>109</sup>; los codicilos que eran declaraciones escritas, mediante las cuales el

<sup>105</sup>. D. 1.3.16 (Paulus, libro singulari de iure singulari): “Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est”.

<sup>106</sup>. D. 1.3.14 (Paulus, libro LIII ad edictum): “Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias”.

<sup>107</sup>. D. 1.3.15 (Salvius Iulianus, libro XXVII digestorum): “In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris”.

<sup>108</sup>. D. 29.1.2 (Gaius, libro quinto decimo ad edictum provinciale): “De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari”.

<sup>109</sup>. D. 24.1.1 (Ulpianus, libro trigesimo secundo ad Sabinum): “Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate...”. Vid. al respecto en GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium*, Roma 1958, pp. 78-105.

testador procedía a completar sus disposiciones testamentarias pero a las que no exigían, en contraposición al testamento, particulares exigencias formales<sup>110</sup>; el *postliminium*, en virtud del cual cuando un ciudadano romano, caía en poder del enemigo, perdía la libertad y la ciudadanía, pero la vuelta a Roma, implicaba automáticamente la recuperación de todos sus antiguos derechos<sup>111</sup>; el trato de favor, en relación a determinadas obligaciones cívicas, que se establece respecto de los que se ausentan en viaje oficial (*rei publicae causa*)<sup>112</sup> etc.

El otro aspecto importante mencionado en los dos últimos textos es la referencia a que el derecho singular no puede aplicarse por analogía a otros supuestos semejantes y a que no cabe deducir de un derecho singular una norma o regla general. Aunque resulta una cuestión polémica en la doctrina romanística, en atención básicamente a las excepciones existentes en relación con los criterios expresados en los textos mencionados, parece razonable argumentar, a mi juicio, que las normas contrarias a los principios generales del sistema, al *ius commune*, no puedan aplicarse analógicamente, ni constituirse en reglas de derecho de aplicación generalizada, salvo que la propia norma así lo establezca o pueda deducirse de una adecuada interpretación de la misma<sup>113</sup>.

Como casos encuadrables dentro del *ius singulare* cabe considerar los beneficios (*beneficia*), así denominados por constituir una ventaja (*beneficium*) reconocida por la ley, a aquellas personas que se encuentren en circuns-

<sup>110</sup>. D. 29.7.2.2 (*Iulianus, libro trigesimo septimo digestorum*): “*Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent...*”

<sup>111</sup>. D. 41.2.23.1 (*Iavolenus, libro primo epistularum*): “*In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur...*”.

<sup>112</sup>. D. 4.6.1.1 (*Ulpianus, libro duodecimo ad edictum*): “*Verba autem edicti talia sunt: ‘Si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur: item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneque qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset: sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, etem si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit’.*”

<sup>113</sup>. En relación con el tema de la analogía, vid. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, 1938; SAINZ-EZQUERRA, *Proporcionalidad analógica en un razonamiento de Paulo*, AHDE, 1980, pp. 789 y ss.

tancias predeterminadas. Tales beneficios o ventajas debían de solicitarse expresamente y en este matiz radica quizás su especificidad en relación con los restantes supuestos de *ius singulare*<sup>114</sup>.

Como supuestos de beneficios cabría mencionar: 1) el *beneficium competentiae*, en virtud del cual el deudor era condenado sólo a lo que buenamente pudiese soportar (*in id quod facere potest*)<sup>115</sup>; 2) el *beneficium inventarii*, en virtud del cual el heredero responde solamente del importe de las deudas que no excedan del caudal inventariado<sup>116</sup>; 3) el *beneficium excusionis*, en virtud del cual se establece que antes de dirigirse contra el fiador, el acreedor entable la acción contra el deudor<sup>117</sup>; 4) los beneficios de división y cesión de acciones, en materia de solidaridad, etc<sup>118</sup>.

<sup>114</sup>. D. 50.17.68 y 69: (*Paulus, libro singulari de dotis repetitione*): “*In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii, Invito, beneficium non datur*”.

<sup>115</sup>. Vid. en materia de *beneficium competentiae*, GUARINO, *Studi sulla taxatio in id quod facere potest*, SDHI, 1941, pp. 3 y ss.; Id. *Nihil facere potest*, Scritti Beatificazione Ferrini, 1, pp. 299 y ss.; MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. “beneficium competentiae”*, Annali Palermo, 36, 1976; Id. *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli 1978.

<sup>116</sup>. C.J. 6.30.22: “*Scimus iam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones, unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverunt, aliam autem de improvisis debitis et incerto exitu per diversas species eis imposito, sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur: cuius sensus ad unam praefatarum constitutionum a nobis redactus est. arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit. Ex omnibus itaque istis unam legem colligere nobis apparuit esse humanum et non solum milites adjuvare huiusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere*”.

<sup>117</sup>. D. 29.2.98 (*Scaevola, libro vicessimo sexto digestorum*): “*Quae neptis suae nomine, quam ex Seia habebat, Sempronio tot dotis nomine sponderat et pro usuris in exhibitionem certam summam praestabat, decessit relicta Seia filia et aliis heredibus: cum quibus Sempronius iudicio egit condemnatique pro portionibus hereditariis singuli heredes, inter quos et Seia, Sempronio caverunt summam, qua quisque condemnatus erat usuris isdem, quae ad exhibitionem a testatrice praestabantur: postea excepta Seia filia ceteri heredes abstinerunt hereditate beneficio principis et tota hereditas ad Seiam pertinere coepit, quaero, an in Seiam, quae sola heres remansit et omnia ut sola heres erat, pro eorum quoque portionibus, qui beneficio principali hereditate abstinerunt, utilis actio dari debeat respondit pro parte eorum, qui se abstinuissent, actiones solere decerni in eam, quae adisset et maluisset integra hereditaria onera subire*”.

Contrapuesto al *ius singulare*, basado en la *aequitas* o en la *utilitas*, abstracto en su creación y general en su aplicación, aparece el *privilegium* (de *lex* y *privis*), literalmente ley para un particular, el cual se caracteriza por su excepcionalidad en todos sus aspectos y por la ausencia de justificación y de abstracción. Con este término se alude a disposiciones referidas a persona o personas concretas<sup>119</sup>.

Ya en las XII Tablas, 1,9, se prohíben las leyes especiales referidas a personas concretas: *privilegia ne inrogante*. Parece que entonces tenían un sentido de disposición desfavorable. Todavía a finales de la República Cicerón define al privilegio como “ley contra una persona”, *De legibus* 3.19. Con posterioridad, los privilegios suponen en ocasiones un trato favorable para un particular y en otras ocasiones desfavorable, para el final de la evolución del significado del término, hace referencia sólo a disposiciones favorables para determinadas personas.

Los privilegios suelen encubrir exenciones de gravámenes o de cargas a determinadas personas o estamentos, no se justifican por la *aequitas* ni por la *utilitas*, por lo que no deben tolerarse, ni confundirse con el *ius singulare*, aunque algunos textos de las fuentes produzcan en ocasiones cierta confusión en supuestos que en parte podrían considerarse *privilegium* y en parte *ius singulare*<sup>120</sup>.

<sup>118</sup>. D. 4.6.10.pr. (*Ulpianus, libro septimo disputationum*): “*Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores convenientur in parte dico audiendum eum esse, ‘ita tamen, et si satisfationes offerat et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint’: nec enim semper facilis est nominis emptio, cum numeratio totius debiti non sit expedito*”. D. 46.1.17 (*Ulpianus, libro septimo disputationum*): “*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina*”.

<sup>119</sup>. Vid. en materia de *privilegium*: LEGRAS, *Le “privilegium” en droit publique a la fin de la République romaine*, RH, 32, pp. 585 y ss. y 650 y ss.; ARIAS RAMOS, J., *Notas en torno al “privilegium”*, Rev. Universidad de Madrid, 1943, pp. 183 y ss.; MELILLO, *sub voce privilegium*, NNDI, 13, 1966, pp. 977 y ss.; VENTURINI, *I “privilegia” da Cicerone ai romanisti*, SCDR., 2, 1990 pp. 155 y ss.

<sup>120</sup>. Vid. al respecto lo afirmado por BONFANTE en relación con el testamento militar, en *Instituzioni di diritto romano*, 10ª ed., reimpr. Milano 1987 pp. 16 ss. En opinión de este autor, si bien algunas exenciones del testamento militar, por ejemplo, la concerniente a las formalidades graves del testamento, pueden ser justificadas por las condiciones de los militares, por su alejamiento de las poblaciones, por su ignorancia real del derecho, ya que a menudo eran hechos ciudadanos y, por consiguiente, partícipes del Derecho romano en el acto de ingresar en la milicia, para otras muchas exenciones, la razón de justicia equitativa que se busca es con frecuencia muy débil y forzada, y la impresión que se recibe de una excepción tan vasta a beneficio de clase..., no es, por cierto, la de una pura institución de derecho singular.

## VIII. IUS PUBLICUM - IUS PRIVATUM

Si bien constituye la presente dicotomía la que quizás mayor fortuna ha tenido a lo largo de la historia del derecho, todavía hoy polemizan los estudiosos acerca de la naturaleza y contenido de los términos de la distinción<sup>121</sup>.

Ya a finales de la República comienzan a utilizarse las expresiones *ius publicum* y *ius privatum*, y hay textos de Cicerón que así lo atestiguan, si bien los términos de la contraposición tal y como han llegado hasta nosotros se encuentran en un fragmento del Digesto atribuido a Ulpiano, que es recogido de forma más breve en las Instituciones de Justiniano, 1.1.4

D. 1.1.1.2 (Ulpiano): “Dos son las posiciones en este estudio: lo público y lo privado. Es derecho público el que corresponde al estado de la cosa pública, privado el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay asuntos de utilidad pública y otros de utilidad privada...”<sup>122</sup>

Lo primero que hay que resaltar es que derecho público y privado, no son dos campos antitéticos, sino como resalta Ulpiano dos posiciones, dos puntos de vista para el estudio del derecho “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum...*”, y como veremos a continuación, las diferentes acepciones

<sup>121</sup>. ROMANO, S., *La distinzione fra “ius publicum” e “ius privatum” nella giurisprudenza romana*, Scritti Santi Romano, 4, p. 159 y ss.; COLI, *Sul paralelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, SDHI, 4, 1938, p. 68 y ss.; LOMBARDI, *Il concetto di “ius publicum” negli scritti di Cicerone* RIL, 72 (1938-39), p. 10 y ss.; *Sul concetto di “ius gentium”*, Rome, 1947, p. 21 y ss.; SCHWIND, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, Munich, 1940, y la recensión de GUARINO, SDHI, 8, 1942, p. 332 y ss.; NOCERA, *Ius publicum (D. 2.14.38)*, Roma, 1956; *La nozione di ius publicum*, Studi Rossi, Milán, 1954, p. 237 y ss.; DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, Scritti Ferrini, Milán, 1, p. 211 y ss.; GROSSO, *Riflessioni in tema di “ius publicum”*, Studi Solazzi, p. 461 y .; PÉREZ LEÑERO, *Sobre la distinción romana entre “ius publicum” y “ius privatum*, I.J. 73, 1949, p. 29 y ss. KASER, *Ius publicum-Ius privatum*, SDHI, 17, 1951, p. 267 y ss.; Id. *Römische Privatrecht*, 1 y p. 174 ss.; *Der Privatrechtsakt der römischen Rechtsquellen*, Fest Wieacker, 1978, p. 102 y ss.; BONIFACIO, “*Ius publicum-ius privatum*”, *Iustitia*, 16, 1963, p. 67 y ss.; ANKUM, *La noción de ius publicum en Derecho Romano*, en AHDE, 53, 1983, p. 523.

<sup>122</sup>. D. 1.1.1.2.(Ulpianus libro primo institutionem): “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripertitum est: colectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*”.

o sentidos con que son utilizadas en las fuentes ambas expresiones, tienen un lazo de unión que los relaciona entre sí.

Hasta cuatro matices diferenciales se pueden encontrar en las fuentes en relación con estas expresiones: a) en relación con el origen, b) en relación con el contenido, c) en relación con el interés, d) en relación con la derogabilidad de las normas.

En atención al origen de producción de las normas, son de *ius publicum* las disposiciones contenidas en las *leges publicae*, los senadoconsultos, los edictos de los pretores y las constituciones imperiales. Corresponderían al derecho privado las costumbres, las interpretaciones de los juristas y los pactos y negocios que los particulares en uso de su autonomía individual se procuran para regular sus intereses.

En atención al contenido, son de derecho público las normas relativas a la organización y gestión de la ciudad, (*res publica* para Cicerón, *statum rei Romanae* para Ulpiano), gestión de los tributos, relaciones con otras comunidades, delitos públicos (*crimina*) y proceso penal. Son de derecho privado la normativa reguladora de las relaciones patrimoniales y familiares de los individuos, los delitos privados y el proceso civil (en la etapa de juez-privado que dicta sentencia). Hay que añadir, no obstante, que determinadas normas que regulan relaciones entre particulares, son consideradas, en cierta medida, de derecho público, en atención al interés social o general ínsito en las mismas, que no las hace susceptibles de ser derogadas por los particulares, por ejemplo: las partes no pueden excluir el exigirse recíprocamente en sus relaciones contractuales la responsabilidad por engaño o dolo.

En atención al interés o utilidad, son de derecho público aquellas disposiciones en las que prima el interés público, general o social, y de derecho privado aquellas otras en las que lo que se protege especialmente es el interés de los particulares, por lo que hay que afirmar que la *utilitas* o interés que es fundamento del derecho se da tanto en una como en todo tipo de normas jurídicas.

En atención a la derogabilidad de las normas, se considera que las normas de derecho público son imperativas, *ius cogens*, por lo que no pueden ser derogadas ni incumplidas por las partes, mientras que las normas de derecho privado son facultativas o dispositivas, por lo que pueden ser incumplidas o no tenidas en cuenta por los particulares.

En relación con esta última distinción se contienen en las fuentes dos textos fundamentales al respecto:

D. 2.14.38 (Papiniano): “el derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares”<sup>123</sup>.

D. 50.17.45.1 (Ulpiano): “el pacto de los particulares no deroga el derecho público”<sup>124</sup>.

Conviene finalmente reiterar la idea, ya aludida, consistente en que hay determinadas normas que regulan relaciones entre particulares (y desde este punto de vista serían de derecho privado) que, en atención a la especial relevancia del interés social o general contenido en los preceptos (y desde este punto de vista serían de derecho público), no resultan derogables por la voluntad de los particulares, por ejemplo: la ya mencionada no exención de la responsabilidad por dolo<sup>125</sup>; la no posibilidad de eximir al tutor de prestar fianza o de rendir cuentas<sup>126</sup>; la imposibilidad de eximir de responsabilidad a los empresarios de transportes marítimos<sup>127</sup>; la imposibilidad de pactar la no responsabilidad por delitos privados<sup>128</sup>; la imposibilidad de pactar que no se ejercerá el interdicto en caso de violencia; en cuanto tiene lugar por razón pública<sup>129</sup> etc.

<sup>123</sup>. D. 2.14.38 (Papinianus, libro secundo quaestionum): “Ius publicum privatorum pactis mutari non potest”

<sup>124</sup>. D. 50.17.45.1 (Ulpianus, libro trigensimo ad edictum): “...Privatorum conventio iuri publico non derogat”.

<sup>125</sup>. D. 2.14.27.3 (Paulus, libro tertio ad edictum): “Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit”.

<sup>126</sup>. D. 27.1.30.3 (Papinianus, libro quinto responsorum): “Patronus impuberi liberto quosdam ex libertis tutores aut curatores testamento dedit. quamvis eos idoneos esse constet, nihilo minus iure publico poterunt excusari, ne decreto confirmantur”.

<sup>127</sup>. D. 14.1.1.20 (Ulpianus, libro vicensimo octavo ad edictum): “Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exercent. ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. at institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributariae dabimus? in re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem...”.

<sup>128</sup>. D. 2.14.27.4 (Paulus, libro tertio ad edictum): “Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscatur ne furti agat vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam: sed post admissa haec pacisci possumus.”

<sup>129</sup>. D. 2.14.27.4 (Paulus, libro tertio ad edictum): “... item ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum: ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat.”