

LA CRISIS DE LA LEY
EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ROMANA
(SIGLOS IV-VI D.C.)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA LUQUE / ALDO PETRUCCI

I. PREMISA

En la experiencia jurídica romana, a partir de finales del siglo III d.C., cuando se habla de 'crisis de la ley' se hace referencia a la existencia de una fuente única de producción del derecho, la legislación imperial, que pretende, pero al mismo tiempo, se revela incapaz de desarrollar un ordenamiento jurídico que dé respuestas a las exigencias reales de la sociedad, orgánico, sistemático, comprensible para todos, y por lo tanto cierto en su aplicación. La crisis inició con las transformaciones constitucionales de Diocleciano y Constantino (entre finales del siglo III e inicios del IV d.C.) y con la instauración definitiva de un régimen de 'monarquía absoluta', donde el emperador y la Cancillería imperial vienen a concentrar todo el poder de producir normas jurídicas, de interpretarlas y de aplicarlas correctamente. Las constituciones imperiales, denominadas *leges*, determinan el agotamiento de las otras fuentes, llevando consigo la idea de su unicidad y exclusividad, y la superación

definitiva del sistema vigente entre el siglo II a.C. y los primeros decenios del siglo III d.C., en el cual la *lex*, si bien en el vértice de la jerarquía, desempeñaba un papel menor por cuanto hace a la cantidad de normas producidas, tanto en el campo publicista como en el privatista, y por lo que toca a la celeridad para hacer progresar el ordenamiento.

Para comprender plenamente el fenómeno de la 'crisis de la ley' en el último periodo del derecho romano, resulta indispensable partir de una breve recapitulación del sistema clásico de las fuentes, para después detenernos en las más profundas razones de tal 'crisis' y en los remedios que fueron puestos en marcha para poder afrontarla, hasta llegar a la gran obra de codificación de Justiniano, a la cual verán como modelo los dos poderes universales del Medioevo: el Imperio y la Iglesia.

Un análisis como el presente no es un fin en sí mismo ni tiene intereses puramente eruditos, sino que puede servir, al menos en nuestra opinión, para comprender el desarrollo histórico sucesivo y para encuadrar adecuadamente el debate entre los juristas contemporáneos. En efecto, en un orden jurídico como el medieval occidental, vemos que la *lex* se confronta con un sistema plural de fuentes de producción del derecho (característico del *ius commune*), que perdura, en la sustancia, durante todo el *Ancien Régime*, no obstante las tentativas más o menos acabadas de superarlo por parte de los Estados nacionales modernos, a partir de los inicios del siglo XVII. La reacción a este estado de cosas, consumada por la Revolución Francesa y Napoleón y después por los Estados liberales del siglo XIX y su idea de 'statulegalismo', se basa también en esta ocasión en la supuesta centralidad

y unicidad de la ley de proveniencia estatal y nacional, abriendo consiguientemente la vía a la reflexión, muy viva en la edad contemporánea, sobre los resultados de esta estrategia.

II. EL CUADRO DE LAS FUENTES

DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO DURANTE
LA EDAD CLÁSICA (SIGLO II A.C.-INICIOS
DEL SIGLO III D.C.): LEYES Y PLEBISCITOS;
SENADOCONSULTOS; EDICTOS
DE LOS MAGISTRADOS JURISDICCIONALES;
CONSTITUCIONES IMPERIALES; OPINIONES
DE LOS JURISTAS; COSTUMBRE.
EL ROL DE LOS JURISTAS EN EL SISTEMA

Papiniano¹ expone que el derecho civil romano emana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y de la autoridad de los jurisconsultos, y que el derecho honorario fue aquel introducido por los pretores para coadyuvar, suplir o corregir el derecho civil.² Dedicaremos las siguientes líneas a explicar cuál era la situación de cada una de las expresadas fuentes a finales de la época clásica, destacando los valores que les correspondieron en las distintas épocas históricas.

¹ Jurisconsulto clásico tardío; prefecto del pretorio del 203 al 211 o 212 d.C. Schulz, Fritz, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Florencia, Sansoni Editrice, 1968, p. 194.

² D, 1, 1, 7 pr. y 1. Esta enunciación de las fuentes coincide fundamentalmente con las de Gayo y Pomponio (G, 1, 2, y D, 1, 2, 2, 12, respectivamente), quienes presentan unitariamente al derecho proveniente de fuentes civiles y al producido por el pretor. No deja de llamar la atención que los clásicos incluyan fuentes que en su época se encontraban agotadas, como las leyes comiciales, los plebiscitos y el edicto del pretor.

1. La ley y los plebiscitos

Los romanos distinguen la *lex privata* de la *lex publica*. La primera connotación nos remite a las relaciones entre particulares, en especial al contenido obligacional y condiciones de un contrato. Por su parte, la *lex publica* se refiere a disposiciones emanadas de una asamblea popular que regulan materias concernientes a la cosa pública; en términos generales, durante la República (509-31 a.C.) y el Principado (31 a.C.-235 d.C.) el vocablo *lex* se utilizó en esta segunda acepción.³ La *lex publica*, a la que se hará referencia en lo sucesivo, suele diferenciarse según se trate de una *lex rogata*, votada por una asamblea a propuesta de un magistrado o tribuno convocante, o de una *lex data*, dictada unilateralmente por el magistrado.

Las fuentes nos han legado tres definiciones de la *lex rogata* elaboradas por juristas de la época clásica temprana, alta y tardía, respectivamente: La primera y más antigua corresponde a Ateyo Capitón,⁴ quien la conceptúa como un *generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu*. La segunda la encontramos en las *Institutiones* de Gayo 1, 3, en donde se habla por una parte de *lex* como *quod populus iubet atque constituit*, y del plebiscito como *quod plebs iubet atque constituit*. La última es de Papiniano:⁵ *lex est commune praeceptum, virorum pruden-*

tum consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis rei publicae sponsio.

Para entender el papel que tuvo la legislación en la experiencia romana, es indispensable referirnos a su desarrollo histórico, contrastando la relación que tuvo con las demás fuentes del derecho.⁶

Debido a que sobre las leyes de la etapa precedemviral existen numerosas dudas, nuestro examen comienza con las XII Tablas (451-450 a.C.),⁷ ordenamiento legal que como parte de los reclamos de la clase plebeya, tuvo la vocación de codificar el derecho consuetudinario de corte patricio, y que a la postre fue considerado como *fons omnis publici privatique iuris*.⁸ Y en efecto, a partir de las XII Tablas ya es posible seguir con seguridad el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico: En el ámbito privado, la legislación decemviral sirvió como punto de arranque, pues una vez que la *lex* absorbió a los antiguos *mores*, dio la base para la actividad interpretativa que desarrollaron los pontífices y también la jurisprudencia laica. Esta *interpretatio* se fue independizando paulatinamente de su *fons* legal, desarrollando y ampliando el *ius civile*. Simultáneamente —y en gran medida gracias a la intervención de la misma jurisprudencia—, se fue afirmando

citadas que, a pesar de haber sido elaboradas con siglo y medio de diferencia, coinciden en el dato esencial: La ley no es una convención sino un *iussum populi aut plebis*. Serrao, *op. cit.*, p. 840.

⁶ Seguimos la exposición de Serrao, *op. cit.*, pp. 798 y ss.

⁷ Sin olvidar el nacimiento de los plebiscitos en el año 494 a.C., con los cuales los plebeyos (opuestos al patriciado) se otorgaron el poder de normarse mediante deliberaciones que sólo obligaban a los de su clase, pero que encontraban eficacia general al menos en el terreno político.

⁸ Livio, Historia de Roma (*Ab Urbe condita*) 3, 34, 6.

³ Serrao, Feliciano, "Legge (Storia)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 1971, XXIII, p. 796.

⁴ Citada por Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 10, 20, 2.

⁵ Se trata de una repetición de la definición atribuida a Demóstenes que refiere el párrafo siguiente del mismo Digesto, lo que mengua su relación con la Roma republicana, y que además pugna con las otras dos definiciones

la original creación de los magistrados con jurisdicción, el *ius honorarium*. De esta manera se puede apreciar que si bien la base fundacional del derecho privado fue una *lex*, este instrumento pasó desde un inicio a segundo plano, siendo el enriquecimiento jurídico tarea del pretor y del jurista. El desarrollo del derecho público transcurrió por vías diferentes, que fueron la *lex* y la costumbre constitucional. En efecto, después de las XII Tablas fue frecuente la legislación que introdujo reformas en materia constitucional, muchas veces concediendo a los plebeyos añejas reclamaciones. Paralelamente se desarrolló una costumbre constitucional a través de la praxis de gobierno en manos de la clase dominante. Tanto la fijación de la costumbre como las intervenciones legales de la época tuvieron estrecha relación de causa-efecto con el debate social en el que se encontraron inmersos patricios y plebeyos a lo largo de los siglos V y IV a.C.⁹

Un punto decisivo en el ascenso de la *lex* dentro del ordenamiento romano fue la equiparación de ésta con los plebiscitos, a través de la *Lex Hortensia*, en los años 287-286 a.C.¹⁰ A partir de este momento, las decisiones de la asamblea plebeya tuvieron la misma obligatoriedad que las leyes emanadas de los comicios de la República y por lo tanto debían ser acatadas por todos los ciudadanos.

⁹ Serrao, *op. cit.*, p. 808.

¹⁰ Aunque la tradición refiere tres leyes relativas a esta cuestión, *Lex Valeria Horatia* de 449 a.C., *Lex Publilia Philonis* del 339 a.C., y *Lex Hortensia* de 286 o 287 a.C. (G, 1, 3), solamente a partir de la última es indiscutible la equiparación legal de los plebiscitos. Serrao, *op. cit.*, pp. 809-810.

¶ Pero las líneas fundamentales trazadas desde los orígenes de la República se mantuvieron: El derecho público, cuando no se recurrió a la legislación, se desenvuelve en la costumbre del senado y de los magistrados, mientras que el derecho privado, en sus vertientes *ius civile* y *ius honorarium*, fue impulsado por la jurisprudencia y la jurisdicción del pretor, respectivamente.

En la República, entonces, no se recurrió a la *lex* como vehículo de adaptación del ordenamiento privado a las nuevas necesidades socioeconómicas.¹¹ En el derecho privado se observan escasas intervenciones legislativas,¹² y las pocas que conocemos de esta época incidieron sobre campos de interés social.¹³ Las razones de que <el pueblo del derecho no haya sido el pueblo de la ley>¹⁴ las debemos buscar en el mismo contexto histórico:¹⁵

a) La *interpretatio prudentium* venía actualizando la legislación decemviral a la nueva realidad socioeco-

¹¹ Serrao, *op. cit.*, p. 844; Talamanca, Mario (sotto la direzione di), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milán, Dott. A Giuffrè Editore, 2a. ed., pp. 233-238; Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, nota 30 en la p. 49; Schulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 30 y 31; Santucci, Gianni, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, en *Inchiesta sulla Legge nell'Occidente Giuridico* (a cura di Umberto Vincenti), G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, pp. 37-38.

¹² Según Kunkel, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 40, no pasan de treinta.

¹³ Protección de incapaces, proscripción de la usura, protección del patrimonio familiar contra la disgregación, etc. Kunkel, *op. cit.*, p. 41; Schulz, *Principios*, pp. 31 y 32.

¹⁴ Recurriendo entonces a la ya tradicional fórmula de los *Principios* de Schulz, p. 28.

¹⁵ Talamanca, *op. cit.*, pp. 235-238.

nómica, haciendo innecesarios retoques a las XII Tablas salvo en temas concretos y ante un especial apremio social. A la par, la misma jurisprudencia cada vez se encontró en mayor libertad respecto de la ley <fundacional>, hasta consolidarse en el último siglo de la República.

- b) El edicto del pretor fue, a lo largo de los últimos tres siglos a.C., el principal instrumento del que se sirvieron los juristas para introducir los cambios e innovaciones que requería la expansión romana.
- c) La fuerza de una tradición jurídica labrada a lo largo de varios siglos, en la cual la evolución del fenómeno social venía siendo incorporada al ordenamiento jurídico a través de un proceder casuístico y de corte jurisdiccional, con la inclusión de remedios en el edicto del pretor y gracias a los dictámenes de los jurisconsultos.

Debido a circunstancias como las anteriores no es difícil pensar que los romanos vieran en la *lex* un instrumento ajeno al desarrollo del derecho privado, al cual únicamente debía recurrirse en casos excepcionales, de alto impacto social, en los cuales fuese de utilidad la generalidad, la abstracción, la rapidez, la inmediatez¹⁶ o el sustento político propios de dicha fuente.

Augusto (31 a.C.-14 d.C.) fue el último en recurrir a la legislación popular para introducir novedades en el

¹⁶ Inmediatez en cuanto a que los efectos de una norma legal se surten directamente en contra de los ciudadanos.

ordenamiento.¹⁷ Esto se debió, en parte, a la aparente restauración augustea de la República libre, y a que la *lex* era el único instrumento accesible al príncipe para tales efectos, pues todavía no se habían consolidado el senadoconsulto y las constituciones imperiales. Con el avance del Principado la *lex* va desapareciendo del escenario de la producción normativa, y la última que nos es conocida es de la época de Nerva (96-98 d.C.).¹⁸

2. La costumbre

Las costumbres o *mores* fueron la principal expresión del derecho en la Roma arcaica, conservándose gracias a la tradición oral.

Así se mantuvieron hasta las XII Tablas, que materializaron por escrito gran parte de las costumbres vigentes hasta ese entonces. Durante la República, si bien teóricamente todo el *ius civile* se reconducía a los *mores maiorum*, en la práctica habían cesado de fungir como fuente viva del derecho después de ser absorbidas por las XII Tablas.¹⁹

¹⁷ La legislación augustea penetró el proceso civil y criminal, las relaciones de familia y el *status hominum*, por ejemplo, en el XVII a.C., la *lex Iulia iudiciorum privatorum* relativa al proceso civil, que desapareció las acciones de la ley y fijó en definitiva el procedimiento formulario, y la *lex Iulia iudiciorum publicorum* relativa al proceso criminal; alrededor del XVIII a.C., las leyes *Iulia de adulteriis coercendis*, *Iulia de maritandis ordinibus*, y del IX d.C. la *lex Papia Poppea*, que conforman la legislación matrimonial de Augusto; las leyes *Fufia Caninia*, del II d.C., y *Aelia Sentia* del IV d.C., relacionadas con las manumisiones.

¹⁸ *Lex Cocceia agraria*.

¹⁹ Cannata, *op. cit.*, nota 28 en la p. 48.

3. El edicto de los magistrados jurisdiccionales

Nos referimos a los pretores urbano y peregrino, y en menor medida a los ediles curules y gobernadores de provincias.

En el ámbito de la jurisdicción del pretor peregrino²⁰ tuvo su origen el procedimiento formulario, que vino a remediar los inconvenientes de las antiguas *legis actiones* que sólo tutelaban situaciones apoyadas en una norma de *ius civile* y que por lo mismo únicamente resultaban aplicables a controversias entre ciudadanos. El nuevo procedimiento permitió proteger hipótesis fácticas no previstas por el *ius civile* o en las cuales intervenían extranjeros, mediante un nuevo trámite que, en lugar de las típicas y formalistas *actiones*, se basaba en una *formula* escrita, es decir, en un decreto del magistrado que contenía las instrucciones dirigidas al juez sobre cómo decidir la controversia. En el procedimiento por fórmulas tuvo un papel predominante el edicto²¹ de los magistrados jurisdiccionales, mediante el cual el pretor fijó y comunicó los principios a que se sujetaría la *iurisdictio* durante su encargo, insertando las fórmulas de las acciones, excepciones y demás remedios procesales que concedería para la solución de controversias. Gracias a la libertad propiciada por el procedimiento

²⁰ Creado en el 242 a.C., con función jurisdiccional en aquellos litigios en los cuales al menos una de las partes no era ciudadano romano, contribuyó a la formación del *ius gentium*, conjunto de normas basadas en la buena fe que resultaban aplicables a todas las personas sin referencia a la nacionalidad.

²¹ Instrumento derivado del *ius edicendi* o facultad de informar oficialmente a los ciudadanos sobre cuestiones relacionadas con la actividad magistral. Entre otras cosas, mediante el edicto los magistrados comunicaban al pueblo su programa anual de trabajo.

formulario, el pretor no debía constreñirse al *ius civile* al incluir fórmulas en el edicto, sino que libremente elegía las situaciones e intereses que serían tutelados durante su gestión. La situación de hecho podía estar ya protegida por el derecho civil, caso en el cual el edicto sólo confirmaba su efectividad, o bien la tutela ofrecida por el pretor podía suplir una laguna del *ius civile* o atender ciertos intereses en contra de lo dispuesto por el mismo ordenamiento civil.²² Además, el contenido del edicto gozaba de gran flexibilidad para adaptarse al caso, al ser revisable anualmente, o susceptible ser adicionado mediante *edicta repentina*, a diferencia de las acciones de la ley que eran inmodificables y formalistas.²³

Si bien los clásicos ubican al edicto dentro de las fuentes del derecho, hay que reconocer que se trata de un instrumento que a veces resulta difícil de comprender. En el edicto los derechos y obligaciones aparecen no como reglas generales vinculativas para los destinatarios,²⁴ sino como posibilidades de accionar, de excepcionarse o de pedir algún otro remedio jurisdiccional. En la medida en que el pretor fue protegiendo determinadas hipótesis de hecho no reconocidas por el derecho civil, o en aquellos casos en los cuales se obró en contra de lo dispuesto por el *ius civile*, se aprecia una

²² A esta triple actividad se refiere Papiniano en D, 1, 1, 7, 1, al afirmar que el pretor actúa *adiuvandi, vel supliendi, vel corrigendi iuris civilis*.

²³ Igualmente rígida era la legislación popular, que solamente podía ser modificada a través del proceso legislativo o adaptada a las nuevas realidades por los complejos procedimientos de la *interpretatio*.

²⁴ Formalmente, el edicto es una autorregulación de la actividad del magistrado, cuyas normas no van dirigidas a los destinatarios de dicha actividad. Talamanca, *op. cit.*, p. 151.

clara producción de normas jurídicas, si bien expresadas abstractamente como promesas de protección jurisdiccional, que configuran el *ius honorarium*. Este derecho honorario, guiado por la jurisprudencia, fue el principal mecanismo de adaptación del ordenamiento a la nueva realidad socioeconómica en los últimos dos siglos de la República.

A finales de la República el edicto se estabilizó.²⁵ A lo anterior se añadió la nueva figura del emperador, que rápidamente se irrogó facultades normativas, así como el ascenso de la ciencia jurídica clásica, factores que terminaron por hacer a un lado a la que había sido la principal fuerza creadora y renovadora del derecho.

4. Senadoconsultos

Con este nombre se conoció a las deliberaciones y decisiones del senado. A efecto de determinar el valor normativo de los senadoconsultos, que es lo que aquí interesa, debemos distinguir su función en la República, a lo largo del Principado y, por último, en el periodo de consolidación del Dominado.

Durante la República los senadoconsultos instrumentaron la actividad de gobierno del senado en las ramas que eran competencia de este cuerpo —*relaciones internacionales, mando militar, finanzas públicas, etc.*— bajo

²⁵ El proceso de <estabilización> del edicto culminó hacia el año 130 d.C., con una intervención de Adriano (117-138 d.C.), quien encomendó a Salvio Juliano la redacción definitiva del edicto del pretor urbano (aunque dicha fuente ya estaba prácticamente agotada desde finales de la República). La obra del jurista fue ratificada por un senadoconsulto, y en adelante solamente el emperador pudo variar su contenido. Cfr. *Tanta*, 18.

la forma de sugerencias o consejos dirigidos a los magistrados, que normalmente eran obedecidos sobre la base de la *auctoritas* y el peso político de que gozaba el órgano senatorial.

Este estado de cosas vino a cambiar con la llegada del Principado. Augusto apoyó al senado para legitimar la apariencia republicana del nuevo régimen, pero al mismo tiempo, además de controlar políticamente a los senadores, asumió las funciones políticas y administrativas del viejo senado. Para “compensar” esta pérdida, se impulsó la práctica de fomentar la creación de derecho privado por conducto del senado, misma que se fue consolidando a lo largo del Principado con la correlativa decadencia de la legislación. Aunque el mismo Augusto prefirió introducir sus innovaciones jurídicas sirviéndose de la legislación popular, ya en su época se dieron algunos senadoconsultos con efectos normativos.²⁶ En lo sucesivo, la producción de senadoconsultos relativos a temas jurídico-privados se acrecentará, sin que debamos soslayar que detrás de estas deliberaciones siempre estará la voluntad del *princeps*.²⁷ En el siglo II de nuestra era se afirma la <fuerza de ley> de los senadoconsultos.²⁸

²⁶ El primer senadoconsulto de época imperial fue el Calvisiano del IV a.C., relacionado con el procedimiento del *crimen repetundarum*; otro, del año X d.C., fue el senadoconsulto Siliano, relativo a ciertas disposiciones que se debían tomar sobre la servidumbre en caso de homicidio del *dominus*. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Storia del diritto romano*, Napoles, Eugenio Jovene, 7a. ed., 1998, *op. cit.*, pp. 238 y 239. No pasa desapercibido que ambos ejemplos pertenecen al derecho público.

²⁷ El príncipe, además de poder proponer el texto de los senadoconsultos, tenía el control político de la asamblea senatorial.

²⁸ Gayo 1,4.

Durante el Principado, entonces, el senadoconsulto se convirtió en el instrumento por excelencia para crear normas generales y abstractas, y por ello es utilizado por el emperador para introducir innovaciones en el ámbito jusprivatístico que requieran de un cauce con estas características. Como se puede ver, la normatividad senatorial ocupó el puesto de la *lex*, la cual se había agotado como fuente desde el principado de Augusto.²⁹

A finales de la edad clásica, en consonancia con la consolidación del imperio absoluto sin fachadas republicanas, prevaleció la práctica de la *oratio principis in senatu habita*. La *oratio*, que antes hacía referencia a un discurso, era el texto por medio del cual el emperador enviaba una propuesta al senado, órgano que progresivamente dejó de introducir modificaciones al proyecto. A finales del siglo II esta *oratio* valía por sí misma como fuente de *ius civile*, y el senado fungía en realidad como un lugar de publicación de la voluntad del emperador.³⁰

5. Las constituciones imperiales

A medida que el principado avanzaba hacia una monarquía absoluta, en particular a partir de Adriano, la intervención del emperador en el derecho comenzó a sentir-

²⁹ Talamanca, *op. cit.*, p. 396. El mismo autor observa, p. 398, que por razones no bien comprendidas el emperador prefirió introducir cambios legislativos por conducto de los senadoconsultos, en lugar de recurrir a los *edicta* (a los cuales nadie les negaba su carácter normativo abstracto y general).

³⁰ Los senadoconsultos desaparecieron con la época clásica. El último parece ser la *oratio Antonini* del 206 d.C. D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 9a. ed., 1997, p. 73.

se cada vez más. El principal cauce de la intervención fueron las constituciones imperiales, denominación en la cual se incluyen todas las disposiciones emanadas del emperador, aunque diferentes en cuanto a su forma y alcance: Son los edictos y mandatos, de observancia general, y los decretos y rescriptos, relacionados con casos concretos. En esta novedad normativa predominaron las intervenciones particulares, sobre todo a través de *rescripta*.

Los *edicta* provienen del *ius edicendi* del emperador, igual al que correspondía a los magistrados de la República, sin embargo, lejos de ser programas de trabajo los edictos imperiales contienen disposiciones generales y abstractas sobre distintas materias, dirigidas a un grupo determinado, a una región o provincia o incluso a todo el imperio.

Por su parte, los *mandata* consistían en instrucciones emitidas por el príncipe a magistrados y funcionarios imperiales. Ordinariamente su contenido era administrativo, aunque a veces fueron utilizados para introducir cambios, indirectamente, en el ordenamiento jurídico, a través de la actuación de los mismos magistrados y funcionarios.

Los decretos eran sentencias judiciales dictadas por el príncipe con motivo de sus facultades jurisdiccionales, en única instancia o en apelación, según sea el caso. En ocasiones fueron fuente de innovaciones en materias como fideicomisos, alimentos y honorarios, que se tutelaban en vía extraordinaria.

En el género *rescripta* se consideran el *rescriptum* en sentido estricto y la epístola. Ésta es una comunicación ordinaria del príncipe con la cual él responde a otra que

le fue enviada por un magistrado o funcionario para obtener respuesta a una cuestión jurídica decisiva para un litigio pendiente. Por otro lado, *rescriptum* es la respuesta del emperador a la consulta de un privado efectuada a través de un *libellus*, en torno a una cuestión de derecho sobre un proceso pendiente o futuro, que se redactaba al calce de la misma petición. A semejanza de los dictámenes jurisprudenciales, mediante rescriptos y epístolas el emperador solamente zanjaba la cuestión jurídica propuesta, condicionándola a la veracidad de la exposición fáctica del solicitante. A partir de la *auctoritas principis*, *rescripta* y *epistulae* eran vinculativas para el caso concreto.

En el primer siglo del Principado el valor normativo de las *constitutiones* tuvo distintas fuentes según la forma de que se trate: Edictos y mandatos provenían del *imperium proconsulare*; los *decreta* de la *iurisdictio*; y los rescriptos de la incontestable *auctoritas principis*. La jurisprudencia les atribuye <fuerza legal>: Gayo³¹ no duda en afirmar que las constituciones *legis vicem optineant*; y es conocida la declaración de Ulpiano³² según la cual una disposición del príncipe *legis habet vigorem*.

La actitud de los juristas frente a las constituciones de tipo particular, especialmente respecto de los rescriptos, tuvo especial relevancia para el desarrollo del derecho de la época.³³ Recordemos que la obligatoriedad de es-

tas fuentes para el caso concreto nunca se puso en duda, y que detrás de estas disposiciones se encontraban distinguidos expertos en derecho vinculados al Principado por el *consilium* y la burocracia imperial. Ahora bien, lo que sucedió fue que de conformidad con la tradición casuística estas constituciones de tipo particular, una vez que se independizaron del caso concreto, pasaron a formar parte, junto con las *responsa*, del *ius controversum*.³⁴

Conforme los romanos se acercaban cada vez más a un imperio absoluto en el siglo III d.C., el uso de rescriptos —y las demás formas de intervención del emperador— iba en progresivo aumento, lo que a la postre produjo el agotamiento de la jurisprudencia.

6. La jurisprudencia

En términos generales, el periodo de mayor esplendor de la jurisprudencia romana coincidió con el Principado instaurado por Augusto, que se prolongó hasta mediados del siglo III d.C. Durante esta época, la jurisprudencia fue la principal fuente de derecho.

Los clásicos se encuadraban en una tradición de varios siglos que, desde el punto de vista de las fuentes, incluía el derecho civil representado por las leyes popu-

³⁴ Cannata explica con precisión el valor normativo que estas disposiciones imperiales adquirieron dentro del sistema jurisprudencial: "En suma los *rescripta* y los *decreta* de la época clásica forman parte de las fuentes de carácter jurisprudencial de la historia del derecho romano. Su función y por tanto su origen les acercan al método y a la naturaleza de los *responsa* de los juristas, lo que confiere el carácter de reglas casuísticas a los principios que contienen; de ese modo, fueron recibidos por los juristas como precedentes a tener en cuenta junto a sus propias opiniones", *op. cit.*, p. 93. En el mismo sentido véase Santucci, *op. cit.*, p. 45, y Talamanca, *op. cit.*, p. 421.

³¹ Gayo 1,5.

³² D, 1, 4, 1, Ulpiano.

³³ Al igual que con las demás constituciones imperiales, fue a partir del principado de Adriano cuando las de carácter casuista cobraron auge en el sistema de las fuentes del derecho. Véase D'Ors, *op. cit.*, p. 80, y Cannata, *op. cit.*, nota 233 en p. 92.

lares —comenzando por las XII Tablas—, la *interpretatio* de la jurisprudencia pontifical y de la primera jurisprudencia laica y las creaciones de los juristas del último siglo y medio de la República. Igualmente, aunque estabilizado progresivamente, los clásicos heredaron el conjunto del *ius honorarium* de creación jurisdiccional. Desde el punto de vista del quehacer jurisprudencial, los juristas clásicos fueron educados en un ambiente que giraba en torno a la creación casuística del derecho, que se había nutrido del método dialéctico de los griegos, y que suponía el conocimiento de la técnica del procedimiento formulario y del edicto de los magistrados, y el dominio del binomio *ius civile-ius honorarium*. A los anteriores factores los juristas de esta época agregaron el perfeccionamiento de su método, que los llevó a sus más refinadas creaciones; y mantuvieron una sana vinculación con el régimen político, que a través del *ius publice respondendi* reforzó la *auctoritas* de sus opiniones, y que por conducto del *consilium principis* y los cargos de la burocracia imperial les abrió nuevos campos de acción, como las constituciones de tipo particular y el acervo imperial de expedientes judiciales.

Algunos de los cambios de la época clásica surgieron en relación con las transformaciones políticas que trajo el Principado, que modificó el sistema de fuentes de la época anterior. Sin embargo, en esta relación entre ciencia jurídica y régimen político hubo cierto equilibrio, pues los emperadores, si bien se interesaron ampliamente por la jurisprudencia, dejaron que ésta se desarrollara en un ambiente de libertad y no monopolizaron la creación normativa.

Para comprender la situación de la jurisprudencia de la época clásica tardía, es imprescindible resaltar algunos aspectos de los vínculos que se dieron entre la jurisprudencia y el poder. El primero de tales vínculos fue el *ius respondendi*, factor que aumentó considerablemente el valor de los dictámenes de los juristas al considerarse que estaban respaldados por la *auctoritas* del príncipe.³⁵ A este trabajo no corresponde una exposición detallada de los móviles que pudieron llevar a Augusto a la introducción de esta medida, o del efecto que la misma tuvo en los juristas que no fueron seleccionados por el emperador. Basta con decir que a partir de entonces³⁶ las opiniones de los juristas dotados del *ius respondendi* se considerarían como emanadas de la *auctoritas principis*, por lo que difícilmente dejarían de ser observadas en juicio, sobre todo si al prestigio imperial se agregaban el del autor del *responsum* y el valor intrínseco de la opinión.

En segundo lugar está el *consilium principis*. Desde los tiempos de la República los magistrados usaban rodearse de un *consilium* (consejo) informal de asesores, práctica que fue adoptada por Augusto. Conforme el Principado se fue consolidando, el *consilium* dejó de

³⁵ Pomponio, D 1, 2, 2, 47, nos informa que: *Divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent* (el divino Augusto para que fuese considerada mayor la autoridad del derecho, estableció con constitución que <los juristas> respondiesen con base en su autoridad). El jurista, entonces, responde *ex auctoritate principis*.

³⁶ El i.p.r., como facultad general concedida a todas las opiniones de los juristas seleccionados, tan sólo es verificable a partir de Tiberio; los alcances de esta medida bajo su predecesor estarían sujetos a discusión. De Churrua, Juan, *Introducción histórica al derecho romano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 8a. ed., 1997, pp. 154-155; D'Ors, *op. cit.*, p. 75.

estar formado por simples personas de confianza del gobernante, y se fue tecnificando para integrar a personajes destacados en las diversas áreas de gobierno, incluidos desde luego el derecho y la administración de justicia. A partir de Adriano, se generaliza la práctica de que todos los juristas de renombre formen parte del *consilium principis*.

Por último, el tercer vínculo, que también se perfecciona desde la época de Adriano, consiste en la práctica de que los principales exponentes de la jurisprudencia asuman cargos de importancia en la administración del Imperio, como el gobierno de provincias o las prefecturas del pretorio y de la urbe.³⁷

En el periodo clásico tardío (bajo los Severos, 193-235 d.C.), la relación entre juristas y administración imperial, representada por los tres vínculos apenas mencionados, se volvió cada vez más intensa. No obstante que se trata de expertos de gran erudición, se observa en ellos menor creatividad, muestran señales de agotamiento.³⁸ Si a lo anterior agregamos la proliferación de constituciones y la creciente burocratización de los juristas,³⁹ el resultado

³⁷ Dos ejemplos de renombrados juristas de la era antoniniana: Salvio Juliano, además de miembro del *consilium* de Adriano, fue cónsul en el 148 d.C., gobernador de las provincias de la Germania Inferior, España del Norte y de África; y Juvenio Celso hijo, también miembro del *consilium* adrianeo, gobernador de Tracia y tal vez de Asia. Schulz, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

³⁸ Su nivel jurídico fue comparable al de los exponentes de la etapa previa, y su erudición aún mayor. Lo que falta es originalidad y creatividad. De Churruca, *op. cit.*, p. 161.

³⁹ A partir de Adriano las fuentes normativas, incluyendo a la jurisprudencia, giran cada vez más en torno del Príncipe; llegó el momento en el que la única forma de cooperar, mediante la práctica jurisprudencial, a la creación jurídica, fue a través del aparato burocrático. Talamanca (M. Brutti), *op. cit.*, p. 439.

es una jurisprudencia sofocada, en vías de decadencia. La intervención de figuras como Augusto y Adriano en la actividad jurisprudencial, que en su momento dieron apoyo al desarrollo de la ciencia jurídica, generaciones después provocaron la debacle.

7. El rol de los juristas en el sistema

El derecho público romano se configuró, en la República, gracias al recurso de la *lex* y, sobre todo, por medio de una costumbre constitucional guiada por el senado, mientras que en el Principado cobraron auge las constituciones imperiales. La jurisprudencia se mantuvo más bien al margen de este desarrollo. Por el contrario, la figura del jurista jugó el papel central en el derecho privado romano; éste tiene, por consecuencia, un marcado carácter jurisprudencial, que se revela directa e indirectamente.

Directamente, mediante la creación de un derecho de juristas o jurisprudencial, principal motor en la época clásica, que consiste en un conjunto de normas jurídicas creadas a través de dictámenes y literatura. Indirectamente, la ciencia jurídica siempre estuvo detrás de todas las creaciones provenientes de fuentes no jurisprudenciales: Los antiguos pontífices y los primeros juristas laicos realizaron la labor de actualización de las XII Tablas; los juristas fueron los verdaderos autores del *ius honorarium* sugiriendo la inclusión en el edicto de acciones, excepciones y otros remedios; fungieron como asesores en torno a la esporádica legislación de derecho privado; intervinieron en la creación de senadoconsultos y cons-

tituciones imperiales cuando el Principado impulsó estas fuentes normativas.

La obra de los juristas, entonces, se refiere a todo un ordenamiento jurídico que goza de pluralidad de fuentes, y en ese sentido brindó coherencia al conjunto.

III. LA CRISIS DEL SISTEMA Y SUS RAZONES:

VULGARISMO JURÍDICO E INFLUENCIA

DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS ORIENTALES;

AGOTAMIENTO DEL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA;

EXCLUSIVIDAD DE LAS FUENTES NORMATIVAS

DE ORIGEN IMPERIAL; PRODUCCIÓN EXCESIVA

Y DESORGANIZADA DE LAS MISMAS; AGOTAMIENTO

DE LAS OTRAS FUENTES DE PRODUCCIÓN

El sistema de fuentes descrito en el párrafo precedente decayó durante el siglo III d.C. La producción del derecho se concentró casi exclusivamente en las *leges*, término con el cual se vinieron a designar las constituciones imperiales.⁴⁰ Este proceso de concentración se desenvuelve al mismo paso que la profunda crisis del ordenamiento constitucional del Principado y su transformación en monarquía absoluta o Dominado luego de las reformas de Diocleciano (284-305 d.C.) y de Constantino (307-337). Un poder absoluto que tiene a la cabeza al emperador, sólo, y que se ejercita a través de una compleja burocracia de exclusiva designación imperial, y que puede admitir, dentro de ciertos límites rígidamente reglamentados, la creación de normas jurídicas de parte de otras fuentes. Por lo tanto, es la

⁴⁰ Serrao, *La legge*, op. cit., pp. 124 y ss.

transformación de los esquemas constitucionales hacia un "Estado" centralizador y absoluto lo que determina el monopolio de la creación del derecho en las manos de quien detentaba el poder.⁴¹

La tendencia hacia esta dirección se manifiesta en modo evidente desde los primeros decenios del siglo III, cuando todavía el sistema clásico de las fuentes conservaba su vitalidad. Sobre el particular es indicativo un conocido texto de Ulpiano, extraído del libro primero de sus *Instituciones* (1 *inst.* en D. 1.4.1 pr.), en el cual el jurista dice:

quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.

[aquello que al príncipe le parece bien, tiene vigor de ley, puesto que el pueblo con la ley regia, que viene aprobada sobre el poder de imperio que corresponde al príncipe mismo, le confiere a él y en él todo su imperio y potestad].

La voluntad del príncipe, traducida en sus constituciones, viene proclamada como fuente de producción del derecho capaz de sustituirse a todas las otras, siempre apoyándose en la justificación, expuesta en las *Instituciones* de Gayo (1, 5), que con la *lex de imperio* (acto formal de reconocimiento del emperador como tal) el pueblo le había transferido toda su potestad legislativa.

⁴¹ Serrao, *La legge*, op. cit., pp. 123 y ss.; De Martino, Francesco, *Storia della costituzione romana*, Napoles, Jovene, 1975, V, pp. 219 y ss.; Garbarino, Paolo, *Storia del diritto romano (a cura di A. Schiavone)*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 225 y ss.

La firmeza de este principio se consideraba subsistente todavía, no obstante que después de los primeros emperadores no esté testimoniado ningún acto de reconocimiento de parte de una asamblea popular. La consecuencia era que el emperador podía regular a voluntad cualquier materia, alejándose eventualmente del derecho hasta aquel momento vigente.

Como hemos visto en el parágrafo 2, la creación de normas jurídicas por obra del príncipe comenzó con la instauración misma del nuevo régimen constitucional; sólo que en los primeros doscientos años las *constitutiones principum* se habían insertado en el sistema existente, respetándolo en su complejo, y produciendo un derecho que, sobre todo en los primeros tiempos y en el campo privatista, estaba en línea con aquel que estuvo vigente anteriormente. El nuevo clima constitucional que se afirma durante el siglo III d.C., abre, en cambio, el camino a una producción legislativa de proveniencia imperial, caótica y aluvial, en los más disparatados campos, que pretende afrontar y resolver todos los problemas de orden jurídico: ésta viene sustituyendo completamente a la precedente y parte en modo definitivo el equilibrio cuantitativo y armónico entre las varias fuentes, propio de la fase histórica precedente.

Los senadoconsultos, paralelamente al total redimensionamiento del papel constitucional del senado, desaparecen como fuente del derecho en el curso del siglo III, completándose así un proceso ya iniciado algunos decenios antes, cuando, como se dijo en el punto precedente, las deliberaciones senatoriales representaban sólo la vestimenta formal de disposiciones ya decididas

por el príncipe y leídas con posterioridad a los senadores (*orationes in senatu habitae*).

Un destino análogo toca a los edictos de los magistrados (pretore, ediles curules y gobernadores de las provincias senatoriales), como consecuencia de la desaparición definitiva de las magistraturas en favor del aparato administrativo de los funcionarios imperiales. También en este caso se vino madurando, durante el siglo III, una situación cuyas raíces se hunden cerca de un siglo antes, con la redacción del Edicto perpetuo por parte del jurista Salvio Juliano, por encargo del emperador Adriano (117-138 d.C.). Así había cesado la función creadora de derecho conexas a la jurisdicción del pretor (urbano y peregrino) y de los ediles curules (para las materias de su competencia), y poco después también de los gobernadores con la cristalización del Edicto provincial para las materias comunes a las diversas provincias, debiendo cada innovación ser aprobada a través del "filtro" de un senadoconsulto (por iniciativa del príncipe) o, aún más frecuente, por una constitución imperial.

También declina el papel de los juristas, cuya función se había demostrado esencial en el desarrollo de un ordenamiento formado por fuentes tan diferentes, armonizándolo, colmando las lagunas y volviendo cierta su aplicación. Después de mediados del siglo III, de hecho, no tenemos más noticia de grandes figuras en el seno de la jurisprudencia; los últimos epígonos son Hermogeniano y Arcadio Carisio, quienes vivieron a finales del siglo III e inicios del IV, cuyas obras son por lo general colecciones sintéticas y actualizaciones de los materiales de juristas anteriores, como tendremos modo de ver en el parágrafo próximo. La falta de noticias so-

bre juristas no significa su desaparición en cuanto tales, sino el final de su rol como fuentes del derecho, desde el momento en que ahora aparecen como funcionarios anónimos encuadrados en el aparato burocrático imperial. De todas formas queda la gran masa de las obras de la jurisprudencia clásica, que comienzan a ser señaladas con el nombre genérico de *iura* en contraposición a las *leges* de origen imperial.

Conforme estas fuentes se tornan áridas, disminuye la capacidad del ordenamiento para renovarse y adaptarse con celeridad a los empujes provenientes de la sociedad y de la economía.

Un factor de crisis ulterior pero no menos grave, fue el originado por las consecuencias de la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio con motivo de la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C.⁴² De esta tenemos, además de confirmaciones en fuentes histórico-literarias y en el célebre Papiro Giessen 40, I, un testimonio explícito en el Digesto, D. 1.5.17 (Ulp. 22 *ad ed.*):

In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt

[Aquellos que viven en el mundo romano se convirtieron en ciudadanos romanos con base en una constitución del emperador Antonino].

Con tal disposición, entonces, la ciudadanía fue concedida a todos los habitantes del imperio, salvo a algunas categorías marginales (*Latini Iuniani* y *Aeliani*,

⁴² De Martino, *Storia della costituzione romana*, op. cit., IV, pp. 777 y ss.

poblaciones bárbaras que se habían rendido sin condiciones <*dediticii*>), volviendo obligatorio el derecho romano, según la opinión que todavía hoy prevalece,⁴³ para todos. Lo que, naturalmente, dio lugar durante el siglo III a un fuerte conflicto entre este derecho y los varios derechos "nacionales", que, especialmente en las ciudades y en las regiones orientales, se habían continuado aplicando en muchas materias incluso después de la conquista romana. Todos los problemas jurídicos ocasionados por esta tensión ya no se resuelven a través de la actividad de las varias fuentes de producción que existían precedentemente, sino que se recargan en los órganos imperiales, y en particular en la Cancillería, llamada a mediar con continuas intervenciones sobre el derecho aplicable a casos concretos, sobre todo durante los reinos de Diocleciano y Constantino (307-337 d.C.).

Los derechos locales vinieron a ser considerados por la legislación imperial como costumbres, admisibles como fuentes de derecho sólo en la medida en que no la contrasten. Es significativo el comportamiento de Constantino, el cual, asumiendo que la voluntad del soberano expresada en una constitución debía prevalecer sobre cualquier otra fuente, enuncia el principio según el cual la autoridad de la costumbre no puede contradecir el contenido de las *leges* imperiales (esta constitución del año 319 d.C. nos es referida en C. 8.52.2).

A un lado de la mayor o menor apertura de los varios emperadores en torno a los derechos locales, el resultado de este estado de cosas es, al final de cuentas, una

⁴³ Talamanca, Mario, *Diritto e prassi nel mondo antico en Règle et pratique du droit* (a cura di I. Piro), Catanzaro, Rubettino, 1999, pp. 201 y ss.

contaminación entre "derecho oficial" y "derecho vulgar", y entre derecho y praxis, con los inevitables reflejos negativos en la posibilidad de conocer y aplicar las diversas normatividades.⁴⁴

La situación antes descrita lleva al inevitable resultado de la proliferación de una masa legislativa enorme, frecuentemente incierta y contradictoria, que quiere regular cada tipo de problema, con la consecuencia de ser difícilmente aplicable o, más a menudo, del todo inaplicable. El fenómeno se agrava durante los siglos IV y V, manifestándose principalmente sobre: a) la dificultad de conocer efectivamente las provisiones legislativas, b) la decadencia de la técnica legislativa, paralela a la decadencia general de la cultura jurídica, de lo cual deriva una pérdida de claridad de las disposiciones y una dificultad notable de comprensión e interpretación de las mismas.

En torno al primer perfil, de las respuestas de la Cancillería podemos obtener las dificultades, sobre todo a nivel local y periférico, para conocer el contenido de muchas intervenciones imperiales, desde el momento en que los originales de las constituciones se conservaban en los archivos de la Capital (y luego de las Capitales, ante la división del Imperio en dos partes oficiales) y los instrumentos de reproducción y difusión de las mismas presentaban graves límites, facilitando al contrario las falsificaciones. Ello explica también la desconfianza

⁴⁴ Talamanca, Mario, "L'esperienza giuridica del tardo Antico fra volgarismo e classicismo", en *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità* (a cura di C. Giuffrida e M. Mazza), Roma, Jouvence, 1985, I, pp. 27 y ss. *Idem*, *Diritto e prassi nel mondo antico*, op. cit., pp. 200 y ss.; Guarino, Antonio, 'Vulgarismus' e diritto volgare in *Pagine di diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1993, I, pp. 363 y ss.

del poder imperial sobre las decisiones en torno a casos concretos, con la consecuente limitación de la eficacia de los rescriptos (por ejemplo, CTh. 1.2.11 del 398 y C.I. 1.14.2 del 426).⁴⁵

En relación con el segundo aspecto, desde hace mucho tiempo los estudiosos han notado el cambio radical del estilo y de la precisión técnico-jurídica de conceptos, entre las constituciones emanadas bajo el reino de Diocleciano, cuando los cargos de la Cancillería todavía eran ocupados por juristas formados adecuadamente, y las promulgadas desde Constantino y sus demás sucesores. Estas últimas, de hecho, se caracterizan por una forma retórica y sobre abundante, por expresiones oscuras y poco precisas y por una frecuente confusión terminológica. Las razones de ello no parecen reconducibles a la introducción de personal de fe cristiana en la Cancillería, sino más bien a la falta de una educación jurídica suficiente, ligada a la profunda degradación de este tipo de estudios.⁴⁶

⁴⁵ Garbarino, *Storia del diritto romano*, op. cit., p. 227.

⁴⁶ Amelotti, Mario, *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali* en *Scritti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 492 y ss.; Cervenca, Giulano, *Lineamenti si storia del diritto romano*, op. cit., pp. 543 y ss.

IV. LOS REMEDIOS A LA INCERTIDUMBRE
DEL DERECHO. LA REACCIÓN DE LOS PRÁCTICOS:
LAS PRIMERAS OBRAS DE CODIFICACIÓN
DE LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES
(*CODEX GREGORIANUS E HERMOGENIANUS*)
Y SU CARÁCTER PRIVADO; LAS COLECCIONES
MIXTAS DE CONSTITUCIONES IMPERIALES
Y DE OBRAS DE JURISTAS (*VATICANA FRAGMENTA,*
COLLATIO LEGUM MOSAICARUM
ET ROMANARUM); LAS *PAULI SENTENTIAE*

La reacción al contexto antes descrito se manifiesta desde finales del siglo III d.C., pero no proviene de los ambientes oficiales, sino de la praxis de los "operadores jurídicos", que buscan poner orden de alguna manera a la superproducción legislativa de la Cancillería imperial y de remediar su incapacidad de resolver problemas concretos. Esta reacción toma como objeto tanto a las constituciones imperiales como a los materiales de origen jurisprudencial, y se concretiza en las dos codificaciones privadas conocidas como *Codex Gregorianus* y *Codex Hermogenianus*, en el *Epitome iuris* del mismo Hermogeniano y en las *Pauli Sententiae*.

Del autor del primer código sólo sabemos que se trataba tal vez de un jurista de nombre Gregorio o Gregoriano, que lo realizó en los años 292-293 d.C., durante el reino de Diocleciano. Tal código no nos ha llegado, pero una pequeña parte de su contenido ha sido transmitida por las leyes romano-bárbaras, en particular por el *Breviarium Alaricianum* o *lex Romana Visigothorum* del 504 d.C. por el rey visigodo Alarico II, y por algunas colecciones de constituciones imperiales y fragmentos

de obras de juristas, como los *Vaticana Fragmenta* y la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, sobre las cuales regresaremos después.

Con base en tales datos sabemos que este código se articulaba en al menos 14 libros, subdivididos en títulos, organizados por tema y con una rúbrica que indicaba cada contenido, y al interior de cada título las constituciones eran recogidas cronológicamente. El orden de exposición de las materias era sistemático y seguía el esquema de los libros de digestos de los juristas clásicos, esquema que en gran parte correspondía al del edicto del pretor. Las constituciones comprendidas en el Gregoriano corrían desde Adriano (117-138 d.C.), o, según algunos, incluso desde Augusto (31 a.C.-14 d. C.), hasta el 292.⁴⁷

En cuanto al Código Hermogeniano, prevalece hoy la opinión de que su autor se puede identificar con el jurista homónimo autor del Epítome del derecho. Con ambas obras el jurista se proponía el objetivo de proporcionar en primer lugar a los funcionarios imperiales, sobre todo a los gobernadores de provincias que aumentaron de número por las reformas de Diocleciano, y después también, en general, a los operadores jurídicos, un cuadro sintético del derecho vigente en su tiempo.⁴⁸

En el Código, Hermogeniano se limitaba a una puesta al día del Gregoriano, agregando las constituciones dioclecianas de los años 293-294 d.C. Esta obra tampoco ha llegado a nosotros, pero podemos reconstruir

⁴⁷ Sperandio, Marco, *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Nápoles, Jovene, 2005.

⁴⁸ Cenderelli, Aldo, *Ricerche sul Codex Hermogenianus*, Milán, Giuffré, 1965; Wieacker, Franz, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Diocletien* en *Revue historique de droit français et étranger*, 40, 1971, pp. 219 y ss.

una parte de su contenido a través de las leyes romano-bárbaras y de las colecciones indicadas para el Gregoriano. Una característica del Hermogeniano es que está subdividido solamente en títulos, en los cuales las constituciones aparecen recogidas en orden cronológico.

En el Epítome, por el contrario, el jurista autor del Código reelabora los materiales de las obras de la jurisprudencia clásica, que, en su concepto, se debían considerar como las más importantes para los fines prácticos de su tiempo.

Las dos codificaciones, aun siendo privadas y no oficiales, desempeñaron un papel muy importante. No sólo durante todo el siglo IV su existencia impidió cualquier proyecto de código oficial, sino que, incluso después de que el mismo fue redactado (el Código Teodosiano del 438), aquellas no fueron tocadas, prefiriéndose seguir el camino de su continuación, recogiendo las constituciones de los emperadores sucesivos. Los dos códigos además fueron actualizados por comentaristas anónimos, que les agregaron algunas constituciones de épocas sucesivas, hasta el año 365. Su difusión y supervivencia duran hasta el Código de Justiniano del 529, que decretó su abolición, y son largamente utilizados tanto en la praxis como en la educación jurídica. Este éxito se explica gracias a la facilidad de conocimiento de la legislación imperial que tales códigos permitían, eliminando la necesidad de consultarla dentro de los archivos imperiales, y facilitando la búsqueda por medio de su exposición en un orden sistemático.

Finalmente, es de observarse que, por primera vez, el término *código* aparece empleado para indicar una colección normativa.

Entre las obras de juristas, además del mencionado *Epítome* de Hermogeniano, tenemos noticias de algunos trabajos, probablemente de carácter compilatorio, de Arcadio Carisio, sobre el oficio del prefecto del pretorio, las prestaciones públicas impuestas por el "Estado" (*munera civilia*) y los testimonios.⁴⁹

De mayor importancia resultan por el contrario las *Pauli Sententiae*, que se remontan, en su núcleo central, a finales del siglo III o inicios del IV, y que han sido transmitidas en forma casi integral hasta nuestros días, en tanto que fueron reproducidas en las leyes romano-bárbaras y en las colecciones de constituciones imperiales y de fragmentos de la jurisprudencia clásica, que acabamos de mencionar. La obra está subdividida en cinco libros, repartidos en títulos con una rúbrica que indica sus respectivos temas, y fue realizada por un jurista anónimo, que utilizó materiales provenientes fundamentalmente de escritos de Paulo, pero también de otros juristas clásicos (que, sin embargo, no se nombran). Es interesante señalar como con frecuencia estos textos aparecen adaptados a las exigencias de la práctica de la época, representando para los abogados y jueces un prontuario del derecho vigente y aplicable. Esto explica también por qué Constantino, en una constitución del 327 (en CTh. 1.4.2), elogia esta obra, reafirmando la validez de su uso ante los tribunales.⁵⁰

⁴⁹ Bretone, Mario, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 364 y ss.

⁵⁰ Bretone, Mario, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*, Nápoles, ESI, 1984, pp. 40 y ss.; Cervenca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, op. cit., pp. 617 y ss.; Liebs, Dieter, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie* en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 112, 1995, pp. 151 y ss.; Bianchi

El éxito de las *Pauli Sententiae* ha sido demostrado también por el hecho de que en el curso del siglo IV, y durante los inicios del V, su texto fue puesto al día en varias ocasiones, con el añadido de una serie de preceptos extraídos de constituciones imperiales (que, sin embargo, no se mencionan) y de la praxis consuetudinaria. De esto se puede deducir que se trata de una obra que, al menos en la versión que ha llegado a nosotros, es fruto del trabajo de una jurisprudencia anónima, dirigida a la simplificación y a la sistematización del material jurídico existente, para facilitar su conocimiento y aplicación. En efecto, contrariamente a la redacción de la legislación imperial de este tiempo, caracterizada por un estilo prolijo y frecuentemente oscuro, los textos de las *Sententiae* que la resumen se presentan en una forma sintética y clara.

Durante el siglo IV, la tendencia a la realización de obras de compilación con finalidad práctica se refuerza. Además de la actualización de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y de las Sentencias de Paulo, de las cuales ya hemos hablado, recordamos otras obras que contienen tanto *leges* (constituciones imperiales) como *iura* (fragmentos de obras de juristas clásicos), los *Vaticana Fragmenta* y la *Collatio legum*, cuya importancia se subrayó al transmitir parte del texto de tales códigos.⁵¹

Los primeros consisten en 341 fragmentos, descubiertos en 1821 por el cardenal Mai en un códice de la

Fossati Vanzetti, Marcella, *Introduzione a Pauli Sententiae. Testo ed interpretatio*, Padova, CEDAM, 1995, pp. XIII y ss.

⁵¹ Sobre la *Collatio* Barone Adesi, Giorgio, *L'età della lex Dei*, Nápoles, Jovene, 1992; sobre los *Vaticana fragmenta*, Cervenca, *Lineamenti*, op. cit., pp. 620 y ss.; Bretonne, *Storia*, op. cit., pp. 365 y ss.

Biblioteca Vaticana, formando parte de una obra más vasta, redactada por un jurista anónimo tal vez durante el reino de Constantino, y después puesta al día por otros o tal vez completada directamente hacia finales del siglo IV. Los textos de los juristas clásicos provienen de Papiniano, Paulo y Ulpiano, mientras que las constituciones imperiales se refieren al periodo entre el 205 y Constantino (además de una del 369-372 de Valentiniano, Valente y Graciano) y vienen reproducidas en una versión extendida, probablemente correspondiente a la original. Las finalidades prácticas emergen del orden sistemático por temas (indicados por las rúbricas) en que están distribuidos los materiales, relativos, al menos en la parte nos ha llegado, solamente al derecho privado.

La *Collatio*, también llamada *Lex Dei*, puede definirse como un manual de "derecho comparado", en tanto su fin radica en instituir una confrontación entre derecho romano y antiguo derecho mosaico, para probar que el primero deriva del segundo, y por ende la superioridad de este último. El autor de tal obra también ha quedado anónimo y su compilación data de finales del reino de Diocleciano o durante el de Constantino. En ella confluyen textos de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino y constituciones extraídas de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, ordenadas en libros y títulos, de los cuales nos han llegado sólo los primeros dieciséis del libro primero, que nos impiden conocer cuáles fueron la extensión y el plano originarios. Tal orden, sin embargo, nos demuestra que, prescindiendo de la finalidad que se proponía el autor, la *Collatio* también constituía una tentativa de hacer posible el conocimiento y la aplicación del derecho en su época, justificando así los sucesi-

vos añadidos del mismo siglo IV. En ella encontramos normas de derecho penal y de derecho privado.

V. LAS REACCIONES OFICIALES: LA LEY DE CITAS DEL 426; EL PROYECTO DE CODIFICACIÓN DE TEODOSIO II (408-450 D.C.) Y SU REALIZACIÓN PARCIAL CON EL *CODEX THEODOSIANUS* DEL 438

Las reacciones oficiales, limitadas a enfrentar la excesiva producción legislativa imperial y su desorganización, no se traducen en actos concretos de una cierta eficacia sino hasta principios del siglo V d.C., es decir, con un siglo de retraso respecto a las reacciones de los prácticos. Hasta este momento, de hecho, la intervención imperial, representada por dos constituciones de Constantino del 321 y del 327 (referidas en CTh. 1.4.1 y 1.4.2), se había limitado a prohibir el uso ante los tribunales de las anotaciones de Paulo y Ulpiano a los textos de Papiniano y a admitir, por el contrario, las de las *Pauli Sententiae*.

La primera medida fue adoptada en el imperio de Occidente y no está enfocada a dar un orden a las numerosas *leges* vigentes, sino más bien a regular legalmente la utilización práctica del inmenso material constituido por las obras de los juristas clásicos. Con una constitución del 426 el emperador Valentiniano III (425-455) redujo drásticamente el número de textos que se podían producir en juicio, estableciendo una jerarquía entre los diversos juristas (de aquí el nombre de "Ley de citas" que le ha dado la doctrina moderna).⁵²

⁵² Volterra Edoardo, *Sulla legge delle citazioni* en *Scritti giuridici*, Nápoles, Jovene, 1994, VI, pp. 415 y ss.

En esta constitución, conocida por nosotros a través del Código Teodosiano (CTh. 1.4.3), se dispone que se pueden hacer valer sólo las obras de cinco juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, y que, en caso de oposición de opiniones sobre el mismo punto de derecho, se debe seguir la opinión de la mayoría; en caso de empate, prevalece el parecer de Papiniano y, si este último no se expresa al respecto, el juez es libre de decidir según su propia discreción:

Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur [...] Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus [...] Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis

[Confirmamos todos los escritos de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, de tal suerte que la misma autoridad acompañe a Gayo, Paulo, Ulpiano y los otros <dos> y los pasos extraídos de todo el cuerpo de sus obras sean citados <ante los tribunales> [...] Cuando sean manifestadas opiniones diferentes, que prevalezca la del mayor número de juristas o, si el número es igual, que prevalezca la autoridad de aquella parte <de juristas> en la cual se pronuncie Papiniano, hombre de excelente ingenio, el cual, así como prevalece sobre los singulares, cede <de frente a la opinión concordante> de dos [...] Cuando luego sean citadas en número igual las opiniones de aquellos

juristas, cuya autoridad se considera igual, que la discreción de quien elija a aquellas que se deben seguir].

En cuanto a los otros jurisconsultos, la segunda frase (atribuible, según algunos, a Teodosio II y no a Valentiniano III)⁵³ de esta constitución prevé que sus opiniones puedan ser citadas sólo si son mencionadas por los cinco juristas arriba indicados y confirmadas mediante la confrontación con los textos originales:

Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur

[Establecemos también que se ha de confirmar la ciencia de aquellos juristas, cuyos tratados y opiniones todos los precitados <cinco> han insertado en sus obras, como Scevola, Sabino, Juliano y Marcelo y todos aquellos que ellos han citado, siempre que sus libros sean confirmados por la confrontación con los textos originales, a causa de la incertidumbre debida a la antigüedad].

Como se ha observado con exactitud, la elección de los cinco juristas no es ocasional, sino que corresponde a un criterio preferencial que desde hacía tiempo se había seguido en la práctica, como se puede ver en las obras de compilación privadas como los *Vaticana Fragmenta* o la *Collatio*, de las que hemos hablado en el punto precedente, y en las cuales los textos jurispuden-

⁵³ Sobre el tema cfr. Cervencia, *Lineamenti*, op. cit., pp. 606 y ss.

ciales provienen solamente de las obras de los expresados juristas.

Como una ulterior demostración de la confirmación de criterios ya aplicados en el siglo precedente acerca del uso de las obras de la jurisprudencia, esta constitución corrobora la invalidez de las anotaciones de Paulo y Ulpiano al *corpus* de los escritos de Papiniano y la plena legitimidad de las Sentencias de Paulo.

De mayor importancia resulta por el contrario el diseño concebido en el imperio de Oriente por el emperador Teodosio II (408-450). Con una constitución del 429 (en CTh. 1.1.5) él designó una comisión de ocho miembros encargada de redactar dos distintas colecciones: la primera bajo la forma de código, teniendo por objeto todas las constituciones de carácter general emitidas desde Constantino en adelante, ordenadas según el sistema de los códigos Gregoriano y Hermogeniano; tal obra, en cuanto destinada sobre todo a la ciencia, debería haber comprendido también las *leges* que ya no estaban en vigor:

Ad similitudinem Gregoriani et Ermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas [...] Sed cum simplicius iustiusque sit praetermissis eis, quas posteriores infirmant, explicari solas, quas valere conveniet, hunc quidem codicem et priores diligentioribus compositos cognoscamus, quorum scholasticae intentioni tribuitur nosse etiam illa, quae mandata silentio in desuetudinem abierunt, pro sui tantum temporis negotiis valitura.

[Establecemos que, a semejanza de los códigos Gregoriano y Hermogeniano sean coleccionadas todas las constitucio-

nes, que el renombrado Constantino y después de él los divinos príncipes y nosotros mismos hemos emanado bajo forma de edictos o de constituciones de carácter general ... Pero, siendo más simple y más conforme al derecho omitir aquellas que las constituciones posteriores han abolido y reproducir solamente las que deben valer, reconocemos sin embargo que este código y los dos precedentes vienen compuestos por personas más diligentes, en cuyas intenciones escolásticas se les ha concedido el conocer también aquellas constituciones, que, consignadas al silencio, han caído en desuso, valiendo sólo para los negocios del tiempo en el que estuvieron vigentes].

La segunda colección, por el contrario, debía tener un carácter práctico y limitarse por ello a recoger de los tres códigos (Gregoriano, Hermogeniano y el redactado para la ciencia) solamente las constituciones en vigor, que se deberían haber integrado después con pasajes selectos extraídos de las obras de la jurisprudencia clásica:

Ex his autem tribus codicibus, et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis, eorundem opera, qui tertium ordinabunt, noster erit alius, qui nullum errorem, nullas patietur ambages, qui nostro nomine nuncupatus sequenda omnibus vitandaque monstrabit

[Además de estos tres códigos y de los tratados y respuestas de los juristas ligados a los títulos singulares, mediante la obra de las mismas personas, que redactarán el tercer código, será redactado otro nuestro, que no tolerará ningún error o ambigüedad y se llamará con nuestro nombre

y mostrará aquello que se debe seguir y aquello que se debe evitar por parte de todos].

La técnica de redacción de los códigos oficiales dirigidos, ya sea a la teoría o a la práctica, no era diversa de la que se siguió por los códigos privados de finales del siglo III y por las compilaciones privadas del siglo IV, como demostración de los buenos resultados que habían dado y de las dificultades de encontrar soluciones alternativas.⁵⁴

El proyecto, como es sabido, no fue realizado, probablemente por su grandeza y la inadecuada preparación jurídica de los integrantes de la Comisión, que volvía sumamente difícil la tarea de consulta y selección de las obras de la jurisprudencia clásica. Con una nueva constitución del 435 (en CTh. 1.1.6) Teodosio abandona la idea de codificar conjuntamente constituciones imperiales y textos de juristas y nombra una segunda comisión de dieciséis miembros, a quienes encarga la redacción de un solo código oficial, comprensivo únicamente de las *leges generales* desde Constantino en adelante, destinado a completar los dos precedentes (Gregoriano y Hermogeniano) y dirigido ya sea a la ciencia que a la práctica.⁵⁵

Este código debía ser redactado según el esquema libros-títulos, al igual que el Gregoriano y el Hermogeniano, y cada título debía tratar el tema indicado en la rúbrica. Las constituciones eran distribuidas en varios

⁵⁴ Volterra, *Sulla legge delle citazioni*, op. cit., pp. 423 y ss.

⁵⁵ Volterra, *Sulla legge delle citazioni*, op. cit., pp. 469 y ss. *Idem*, *Sul contenuto del Codice Teodosiano in Scritti giuridici*, op. cit., pp. 346 y ss.

títulos en orden cronológico y podían eventualmente estar subdivididas entre varios títulos, si se referían a temas diversos. No era necesario que sus textos fuesen reproducidos integralmente, pudiendo los comisionados resumirlos o variarlos con modificaciones y agregados, con el fin de eliminar contradicciones y ambigüedades.

El trabajo fue realizado en tres años, y el nuevo código fue publicado en el 438 y entró en vigor en las dos partes del imperio en el 439. El Teodosiano se compone de 16 libros, que contienen todas las ramas del ordenamiento jurídico: el derecho privado (libros II-V y parte del libro VIII); las fuentes del derecho y el derecho administrativo relativo a las competencias, a la jerarquía y a los privilegios de los funcionarios públicos (libro I y VII y parte del VIII); el derecho militar (libro VII); el derecho criminal (libro IX); el derecho financiero y fiscal (libros X y XI); el derecho relativo a las corporaciones (libros XII-XV) y el derecho eclesiástico (libro XVI).

La tentativa, representada por este código, de crear *—al menos al nivel de legislación imperial—*, un ordenamiento cierto y sencillo de aplicar, encuentra evidentes límites, entre los cuales se pueden indicar:

1. El Teodosiano no privó de validez a los dos códigos precedentes, atribuyendo por el contrario a éstos un reconocimiento oficial. El nuevo código es por lo tanto sólo una actualización e integración de los precedentes, casi para demostrar la incapacidad del gobierno imperial para realizar una obra de más amplia envergadura capaz de sustituirlos.

2. El Teodosiano logró dar sistematización sólo a las *leges* generales, mientras que omitió tomar en consideración la legislación imperial de carácter particular, como los rescriptos o las epístolas, que debía ser vastísima y por ello había sido ordenada en el Gregoriano y en el Hermogeniano.

Una importante innovación, por el contrario, constituye el esfuerzo, el primero en tal dirección, de reordenar la legislación emitida en el campo del derecho público.

VI. LA CODIFICACIÓN DE JUSTINIANO (527-565 D.C.): CARACTERES Y FINALIDAD

La solución de codificar el derecho como remedio a las dificultades derivadas de su conocimiento, interpretación y aplicación, también fue adoptada por Justiniano (527-565), emperador de Oriente, en cuanto decidió la redacción del *Codex*, de los *Digesta* y de las *Institutiones*. Su proyecto resulta todavía más amplio que el de Teodosio II del año 429, sobre el cual nos detuvimos en el punto precedente, y la posibilidad de realizarlo se debe ciertamente al florecimiento de la cultura jurídica en las escuelas de Constantinopla y Berito a principios del siglo VI.⁵⁶

⁵⁶ Sobre la codificación de Justiniano *cfr.* Cervenca, *Lineamenti*, *op. cit.*, pp. 636 y ss.; Archi, Gian Gualberto, *Studi sulle fonti del diritto nel tardo Impero romano. Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari, Edes, 1987, pp. 143 y ss.; Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 3 y ss.

En relación con la legislación imperial, las *leges*, se redactó un nuevo Código destinado a sustituir los tres existentes (Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano), tomando de éstos las constituciones que todavía estaban vigentes y agregándole las posteriores, según la acostumbrada sistemática de división en libros y títulos, ordenados por temas indicados en la rúbrica, que comprendían textos de diversas disposiciones cronológicamente ordenadas, abreviadas y adaptadas a las exigencias del momento. Nace así el Código de Justiniano en 12 libros, del cual se realizó una primera versión en el año 529, que luego fue integralmente sustituida por una definitiva del 534 (el *Codex repetitae praelectionis*).

Las razones prácticas para la redacción de este código fueron puestas a la luz por la constitución *Summa rei publicae* del 529, con la cual fue promulgada la primera edición. El emperador, en efecto, en el § 1 subraya la necesidad de recopilar en un único código las constituciones contenidas en los tres precedentes, reduciéndolas y haciendo más clara su disposición, "con el fin de eliminar del todo su caligine que insidiaba las decisiones correctas de los jueces" (*caliginem earum rectis iudicium definitionibus insidiantem penitus extirpare*). Además en el § 3 prohíbe a los litigantes y a los abogados hacer uso, bajo pena de falsedad, de las constituciones de los tres códigos precedentes ("a fin de que todos, sean litigantes o expertísimos abogados, sepan que de ningún modo les está permitido citar en los juicios ante los tribunales las constituciones de los tres códigos precedentes [...] y aquellas que hasta hoy se venían llamando constituciones nuevas [...] y quienes hayan osado hacer alguna cosa en contra de tales disposiciones se sujetarán al

crimen de falsedad", *ut sciant omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere ...constitutiones ex veteribus tribus codicibus...vel ...quae novellae constitutiones ad praesens tempus vocabantur, in cognitionalibus recitare certaminibus ...falsi crimini subdendis his, qui contra haec facere ausi fuerint*) y niega la posibilidad de valerse de las interpretaciones jurisprudenciales de cualquier modo contrarias al texto de las *leges* del nuevo Código.

Las mismas razones y prohibiciones se encuentran en la constitución de promulgación de la segunda edición del Código, la *Cordi* del año 534. También aquí, en efecto, en el § 1 se indican como justificaciones de su redacción la necesidad de incluir en el mismo las numerosas constituciones emanadas después del 529 y las exigencias de coordinación con el Digesto y las Instituciones, promulgados ambos en el 533. Y también aquí se repitió la prohibición de hacer referencia a los Códigos precedentes (incluyendo al del 529), en cuanto "sólo aquello que se encentra escrito en nuestro Código renovado debe tener eficacia y ser citado en todas las cuestiones y procesos" (*quod [...] renovato codice nostro scriptum inveniatur, hoc tantummodo in omnibus rebus et iudiciis et obtineat et recitetur*).

Las necesidades concretas de certidumbre emergen de modo más decisivo en la codificación de las *iura* realizada con el Digesto. En la constitución *Deo autore* del año 530, con la cual se dispone el proyecto de la obra, Justiniano ordena a los comisionados redactores:

- a) "Leer y limar los libros relativos al derecho romano de los antiguos juristas, a los cuales los sacratísimos príncipes dieron la autoridad de escribir e

interpretar las leyes, a fin de que ... sin dejar (en la medida en que es posible) ningún texto ni parecido ni discordante ... de ellos se recoja aquel único texto que baste para todos" (...*antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes prae-buerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ... nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta ...ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat*) (§ 4).

- b) Construir todo el material recogido en una obra única y "casi consagrar un templo propio y santísimo a la justicia y ordenar todo en cincuenta libros y en títulos ciertos y determinados" (*et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere*), a fin de que todo el derecho antiguo resulte fusionado en ellos y ninguna parte quede fuera (§ 5).
- c) Reconocer a todos los juristas igual dignidad, sin observar para ninguno alguna posición de superioridad (*omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quondam praerogativa serranda*), con la consecuencia de abolir tanto el contenido de la Ley de citas como las prohibiciones de utilizar las anotaciones de Paulo y Ulpiano a las obras de Papiniano (§ 5 *in fine* y § 6).
- d) Suprimir las prolijidades encontradas en las obras de la jurisprudencia, colmar sus partes incompletas, corregir sus errores, "de modo que cuanto ustedes elijan y pongan, resulte ser el texto verdadero, el mejor, como si hubiese sido escrito así

desde el inicio, y que ninguno ose, con base en la confrontación con volúmenes antiguos, denunciar que lo escrito ha sido alterado" (*ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat*) (§ 7).

- e) Evitar antinomias (§ 8), repeticiones de lo que ya esté dispuesto en el código (§ 9) y excluir todas las normas caídas en desuso "porque queremos que tengan valor sólo aquellas que o la actividad judicial utilizó frecuentemente o la larga costumbre de esta Urbe ha aprobado plenamente" (*cum haec tantummodo optinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit*) (§ 10).

Todas estas directivas imperiales encuentran plena actuación en la redacción del Digesto, como lo confirma la constitución *Tanta* del año 533, con la cual la obra fue promulgada. En lo que a nosotros toca, esta constitución presenta una pluralidad de aspectos interesantes. Antes que nada sobresale la entidad del trabajo desarrollado por los comisionados, que debieron manejar cerca de dos mil escritos de la jurisprudencia clásica y leer y seleccionar más de tres millones de líneas contenidas en ellos (§ 1); en segundo lugar, la indicación de la finalidad con la cual se venía dirigiendo la codificación, que era el poner fin a la incertidumbre del derecho expuesto en los *iura*, refleja la caótica situación existente precedentemente. Afirma el emperador en el § 13:

omnibus itaque hominibus eandem sanctionem manifestam facere necessarium perspeximus, ut sit eis cognitum, quanta confusione et infinitate absoluti in quam moderationem et legitimam veritatem pervenerunt: legesque in posterum habeant tam directas quam compendiosas omnibusque in promptu positas et ad possidendi libros earum facilitatem idoneas

por lo tanto hemos considerado necesario que lo sancionado se haga del conocimiento de todos los hombres, para que sepan lo grande que eran la confusión y la indeterminación de las que fueron liberados y cuáles fueron la medida y la verdad de la importancia de los textos que contienen derecho, los cuales han llegado a nosotros, y para que tengan en el futuro textos jurídicos lineales y sucintos, de fácil consulta para todos e idóneos para hacer fácil la posesión de los libros que los contengan].

Además, poner un remedio a esta caótica situación había permitido “redescubrir” la existencia y la importancia de muchos textos jurisprudenciales que, aunque teniendo valor de ley, ya no se aplicaban más para resolver controversias, o por la escasez de libros que los consignaban o por verdadera ignorancia, de tal suerte que las mismas se decidían más bien según la voluntad de los jueces que con base en la autoridad de los textos legales (§ 17):

Mirabile autem aliquid ex his libris emersit, quod multitudo antiqua praesente brevitate paucior invenitur. Homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant vel propter inopiam librorum [...] vel propter ipsam inscientiam, et voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur.

[Además de estos libros ha surgido algo sorprendente, esto es, que la antigua abundancia se revela en realidad más limitada de cuanto lo es el actual compendio. En efecto, los hombres que precedentemente intentaban los litigios, si bien existían muchos textos con valor de ley, conducían las controversias con base en pocos, o por la escasez de libros ... o por verdadera y propia ignorancia; por lo tanto los pleitos se decidían más bien según la voluntad de los jueces que con base en la autoridad de los textos que producían derecho].

En fin, para evitar el riesgo de que se pudiera recaer en un estado de confusión e incertidumbre normativa, el emperador prohíbe cualquier comentario a los textos recopilados de esta manera, salvo su traducción al griego según el mismo orden, y la realización de resúmenes también en lengua griega. De tal modo se quiere evitar todo lo que había sucedido cuando los comentadores del Edicto Perpetuo habían tergiversado el texto y lo habían arrastrado a la indeterminación (§ 21).

Por último, la redacción de las Instituciones se dirigía por el contrario al perfil de la formación jurídica, proveyendo bases para una específica educación que en tal sentido se completaría con el estudio del *Codex* y de los *Digesta*. Tales finalidades se reflejan: a) en la constitución promulgadora de la obra, la *Imperatoriam maiestatem* del 533, en la cual, después de recordar la redacción del Código (§ 2) y del Digesto (§ 4), concluye con el auspicio de que los alumnos puedan convertirse en juristas eruditos en grado de que algún día *nostram rempublicam gubernare* (§ 7); b) en la constitución *Omnem*, emanada el 16 de diciembre del mismo año, en la cual la

reforma del ordenamiento de los estudios jurídicos fue justificada con la absoluta insuficiencia de la educación legal precedente, conducida con desorden sobre pocos libros de contenido poco interesante o superado en el terreno jurídico, y a través de lecciones en la mayor parte inútiles (§ 1).

El significado de la codificación de Justiniano es inmenso para toda la tradición jurídica occidental. También desde la óptica de esta investigación representa una piedra angular, en cuanto pone fin temporalmente al estado de incertidumbre e inadecuación del derecho debidos a la 'crisis de la ley', en el sentido descrito, durante los tres siglos precedentes. Pero el remedio solamente fue temporal, en cuanto ni siquiera Justiniano se preocupó de remover las razones estructurales de tal crisis y de las consecuencias que inevitablemente surgieron de la misma. El emperador, de hecho, corroboró con fuerza la unicidad y la centralidad del papel imperial como único creador e interprete del derecho. Particularmente explícita es la afirmación contenida al final del § 21 de la *Tanta*:

si quid vero ...ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari

[si de verdad ... cualquier cosa aparece ambigua, que los jueces la refieran a la alteza imperial y que sea aclarada por obra de la autoridad del emperador, a la cual se le ha atribuido exclusivamente el poder de emanar leyes e interpretarlas].

Entonces, las *leges* imperiales vienen confirmadas no sólo como fuentes únicas de producción del derecho, destinadas a regular todos los posibles aspectos del mismo, sino que también están destinadas a resolver todas las dudas interpretativas, sin que se atribuya a los órganos jurisdiccionales la facultad de realizar interpretaciones "creativas", diferentes de la mera aplicación de las normas vigentes.

Algunos años después, se reconstituyó la situación de desorden legislativo. A partir del 535, Justiniano fue llamado, en efecto, a legislar de modo continuo y desordenado en los más diversos campos a través de la emanación de constituciones, que encuentran lugar en la codificación oficial, pero que serán recogidas después de su muerte (565), en varias compilaciones privadas, todas, en mayor o menor medida, según el acostumbrado método inaugurado con los códigos Gregoriano y Hermogeniano.