

V

V A R I A R O M A N A

I

«IUS», POSICIÓN JURÍDICA

A. Burdese, *Il concetto di «ius naturale» nel pensiero della giurisprudenza classica*, en *Riv. Ital. Sc. Giur.*, 1954 página 409, n. 5: «Mi sembra non riuscito il tentativo perseguito dal D'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de «ius»*, in *Studi Albertario*, II, Milano, 1953, pag. 279 segg., di individuare un concetto unico de *ius* inteso como «posición» (o «disposición»), «justa»: mi pare infatti che con ciò, quand'anche si accogliesse l'interpretazione proposta dall'a. in ordine a tutte le acezioni in cui è usato nelle fonti il termine *ius*, si otterrebbe solo di tradurre il termine stesso con espressioni egualmente plurivalenti o comunque troppo generiche per poter individuare un concetto unitario.»

Quien esto escribe me parece—pues conoce bien el español—que no ha leído con suficiente calma mi artículo citado. Porque no creo haber dicho que *ius* tuviera un concepto unívoco y fijo, que, naturalmente, no se daría con la equivalencia «posición justa», sino que los romanos de la época arcaica y clásica no distinguían dos acepciones—objetiva y subjetiva—con el mismo rigor que se hace hoy y mantenían un valor que se puede llamar «dinámico» del término *ius*, que abarcaba oscilantemente aquellos dos aspectos y otros intermedios, difíciles de clasificar para una mentalidad moderna. Así, *ius praedii, ita ius esto, ius potestasque esto*, etc. La ventaja que para mí tiene la expresión «posición justa» es precisamente su vaguedad y su elasticidad para comprender todos los matices sin caer en la polarización «Derecho-derecho». Cfr. *Varia Romana*, en *AHDE*. 24, 635 s.

II

TODAVÍA SOBRE EL DERECHO NATURAL

Fiel a la definición del Decreto de Graciano—*ius naturale est quod in lege* (sc. el Decálogo) *et in evangelio continetur*—,

he venido insistiendo en que el *ius naturale* es, ante todo, un derecho divino. No obstante, no me ha faltado buena voluntad para adecuarme a la línea de pensamiento, en buena parte tomista, que subraya el carácter puramente racional de la ley natural, pues creo que este esfuerzo debe ser lealmente hecho en toda discusión intelectual. Pero, francamente, sin éxito.

No es que dude de la existencia de un derecho divino no revelado, perceptible por las luces de la sola razón; pero lo que no veo es esa razón pura en la realidad. Y mi realismo jurídico me obliga a no desprenderme de la realidad.

¿Cómo es posible un convencimiento con argumentos puramente racionales cuando se discute la «naturalidad» de un determinado precepto? ¿Hubiéramos podido convencer a un racionalista como Platón de que su «amor» era una impudicia contra la naturaleza? ¿Y a Aristóteles de que los hombres no podían nacer naturalmente esclavos? ¿Cómo convencer racionalmente a un racista de que no es lícito esterilizar a los deficientes mentales, a un musulmán de que la poligamia no es natural o a un comunista de que la ley natural manda respetar los pactos aunque sea contra el gusto del proletariado? ¿Dónde está la regla de contraste decisiva?

Si, en cambio, partimos de que el Derecho Natural es de origen divino, tenemos este contraste de lo que es natural o no en la misma Revelación y en la *auctoritas* de la Iglesia. De ahí mi tendencia a dar preeminencia en el orden total a la ley divina revelada, considerando que el llamado derecho natural es aquel mínimo exigible de los pobrecitos infieles, que, naturalmente, no pueden ser formuladores de tal derecho, pues su razón suele estar obnubilada por la misma infidelidad.

III

GRAMMA Y PNEUMA

En *Sefarad* 14 (1954) 157 s., me refería a un artículo de Boaz Cohen, *Letter and Spirit in Jewish and Roman Law*, en *Kaplan Jubilee Volume* (Filadelfia, 1953), pág. 109. El conocido comparativista del derecho judío y romano llega ahí a la conclusión de que no hay una diferencia esencial entre la antítesis de la Retórica ῥητὸν καὶ διάνοια y la Paulina de γράμμα καὶ πνεῦμα, allí donde dice S. Pablo (II Cor. 3, 6) que la letra (*gramma*) mata y el espíritu (*pneuma*) vivifica. Ahora insiste el autor, *Note on Letter and Spirit in the New Testament*, en *The Harvard Theological Review* 47 (1954) 197, en su punto de vista, para lo que aduce un texto de Orígenes (*contra Cel-*

sum VII, 18-20), en el que se presenta tal aproximación entre las dos antítesis. Pero esto no es todavía una prueba «beyond all doubt».

Me complace haber coincidido con Nock, cuyas palabras a este propósito reproduce Cohen, pero sin dar la procedencia: «Paul meant much more by Spirit: it is the dynamic power of God poured forth in the New Age. It is not an antithesis between the wording of the Law and the sense that can be read into it; it is the antithesis of a written code and the new light that has been vouchsafed.» Contra esto se remite Cohen (página 201) al texto del pasaje Paulino, pero es este texto lo que más claramente excluye su punto de vista.

Transcribo el texto en latín para mayor comodidad tipográfica: *Quod si ministratio mortis litteris deformata in lapidibus fuit in gloria, ita ut non possent intendere filii Israel in faciem Moysi propter gloriam vultus eius, quae evacuatur: quomodo non magis ministratio Spiritus erit in gloria?* (II Cor. 3, 7-8). Y la antítesis continúa en la secuencia. Antítesis paladina. No se trata de contraponer a la interpretación literal de la Ley otra espiritualista (contra la tradición rabínica), sino de contraponer a una «ley de letras» una «nueva ley del Espíritu Santo». Cuando Cohen dice que, en vez de *διακόνους* (ministros: *idoneos nos fecit ministros novi testamenti*, en 3, 6), San Pablo hubiera debido decir *ἐπιμελητάς* (*executores*), eso indica que no ha entendido bien a San Pablo. Es ridículo pensar que el gusto por la aliteración iba a inclinar al Apóstol a elegir el término *διάκονος* (por aliteración con *διάθηκε*). Precisamente San Pablo no se deja llevar jamás de efectismos estilísticos y sus palabras manan con un puro sentido espiritual, que llega, a veces, a defraudar las exigencias estilísticas más elementales.

Los apóstoles no son «ejecutores testamentarios», sino «ministros de la ley evangélica». No se trata tampoco de la revocación de un testamento por otro, en cuyo caso el nuevo testamento debería ser interpretado a la letra, sino de la suplantación de una «letra de muerte» por un «Espíritu que vivifica».

Si se tratara de una dúplice interpretación, tendríamos un texto único a interpretar, y aquí son dos las leyes. No se trata de una antítesis de interpretaciones, sino de normas.

El utilizar la antítesis Paulina en referencia a la interpretación es abusivo, como ya insinuaba en mi reseña citada, y lo sigue siendo, aunque el abuso se dé ya en antiguos autores.

Me parece que estas mis palabras son ya excesivas para una cosa de suyo tan clara, pero los pecadores no tenemos virtud para abrir las orejas rebeldes con una sola palabra.

IV

GENERALIZACIONES JURÍDICAS DETERMINADAS POR UNA CONCEPCIÓN CAPITALISTA (*)

El antiguo derecho romano sentía como muy viva e importante la distinción entre dos grandes grupos de bienes materiales: aquellos que no son para gastar, sino para tener y disfrutar en familia de una manera continuada, y aquellos otros productos que están destinados al tráfico y consumo cotidiano y que, por ocupar entre ellos un papel primordial el dinero, son llamados bienes pecuniarios. En realidad, sólo los primeros son bienes en propiedad, pues sólo ellos son fácilmente identificables y no hay que olvidar que lo que no se puede identificar como propio no se puede decir, prácticamente, que está en nuestra propiedad. Dos tipos fundamentales de acción corresponden a una y otra clase de bienes: la *vindicatio*, para los familiares, y la *condictio*, para los pecuniarios. Fruto de la influencia de la economía capitalista es la mayor relevancia concedida al dinero, y, por tanto, a los bienes pecuniarios, que vienen a constituir así la masa fundamental de todo patrimonio, ya que los mismos bienes familiares representan dentro del patrimonio un valor reducible a dinero. Por esta transformación trascendental para la Historia del Derecho romano, la idea de la *vindicatio*, acción de la propiedad, se extendió, pese a todas las dificultades prácticas que tal extensión implicaba, a los bienes pecuniarios. Así, cuando los mismos juristas romanos parecen hablar de *vindicatio* del dinero, lo que prácticamente es irrealizable en tanto el dinero siga teniendo el carácter de cosa fungible que su misma función de valor de cambio exige, esa no pasa de ser una idea constructiva para explicar en terminología de la propiedad aquella disposición de consumo que viene a ser la propiedad de las cosas pecuniarias. Pero tal idea constructiva no hubiera sido posible sin esa nueva idea, de origen capitalista, de que todos los bienes pueden unificarse, dentro del patrimonio en que se engloban, gracias a que todo tiene, en último término, un valor pecuniario.

Viceversa, la *condictio*, acción esencialmente pecuniaria, por la que se reclama de un deudor determinado una cantidad de bienes pecuniarios, viene a extenderse, merced al mismo fenómeno de concepción económica, en una acción general, al lado de la reivindicatoria. Esta se utiliza para la reclamación de las cosas que todavía se pueden pretender incluidas en el propio pa-

(*) [De mi *Discurso inaugural* en la Universidad de Santiago, año 1955-56.]

trimonio y de las que hemos sido injusta pero efectivamente desposeídos; la *condictio*, en cambio, se utiliza como acción para reclamar cualquier cosa cuya propiedad hemos perdido injustamente. Pero ambas acciones, al menos en principio, conducen, como es sabido, a una indemnización pecuniaria.

Todavía en relación con esta profunda transformación de las ideas económicojurídicas nos parece debe considerarse la que podríamos llamar generalización de la compraventa. En efecto, según los estudios que hemos venido realizando en estos últimos años, el contrato consensual de compraventa que los romanos practicaron—y constituye una creación muy original dentro de la historia jurídica—es, por su genuina función, un contrato mercantil, en el sentido de que obedece primariamente a las necesidades del tráfico de aquellos géneros limitados que llamamos mercancías. La compraventa no estaba hecha para la enajenación de los bienes familiares; para eso existía un antiguo negocio solemne que se llama la mancipación, en virtud del cual un propietario renunciaba, ante testigos y siguiendo un determinado rito, a reclamar, él o sus herederos, un bien familiar contra otra persona o sus sucesores, a la vez que asumía una responsabilidad casi de tipo penal para el evento de que, en un proceso futuro, el juez viniera a decir que él había hecho aquella solemne renuncia respecto a un bien familiar de otra persona. La idea central de tal solemnidad era la de una nueva adquisición de la propiedad. En el contrato de compraventa, en cambio, la propiedad de las mercancías no interesa para nada, pues el comprador no pretende la propiedad sobre un bien familiar, sino la disponibilidad de una mercancía que está dispuesto a pagar con dinero. Toda la estructura genuina del contrato de compraventa, en la que nada hay que revele un miramiento por la cuestión de la propiedad—como es sabido, la responsabilidad natural del vendedor frente al comprador por el hecho de haber vendido una cosa ajena es un elemento muy posterior y añadido por la transformación a que nos vamos a referir inmediatamente—, en la que nada repugna el tráfico de un objeto que todavía no ha sido fabricado u obtenido de la naturaleza, en la que la entrega se realiza por la convenida especificación del género que se vende, en la que el centro de toda la institución parece ser claramente la misma venalidad, es decir, el hallarse la mercancía a la apropiación de quien esté dispuesto a pagar un precio, toda esa genuina estructura de la compraventa, contrato internacional que facilita el tráfico de la manera más perfecta, está proclamando que ese contrato no surgió para la enajenación de los bienes familiares, que no son, por su misma naturaleza e independientemente de que su actual

propietario quiera o no despojarse de ellos, cosas venales, no son mercancías. La venalidad lleva, ya en sí misma, el principio que podemos individuar como de signo capitalista de que las cosas valen un precio en dinero, y la tendencia capitalista generaliza la compraventa de las cosas venales, de las mercancías, extendiéndola sin escrúpulo a los respetables bienes familiares y dejando la antigua mancipación como una formalidad destinada a desaparecer, lo que efectivamente sucedió. La compraventa se hizo así un contrato general, para el tráfico de cualquier tipo de cosas. Pero esta generalización no pudo dejar de influir en la configuración del mismo contrato. En efecto, en esa nueva figura de compraventa general para toda clase de cosas, aquel tipo de compraventa que versaba sobre inmuebles adquirió, precisamente por el valor más elevado de los mismos, unas características particulares, pero que, al configurarse como única la compraventa, llegaron a incorporarse a la estructura normal de esa compraventa única. La compraventa se hizo así, como se dice en la sistemática en uso, un contrato traslativo del dominio. En realidad, esa compraventa de inmuebles, que altera la estructura genuina de la compraventa de mercancías, es el negocio que ha sucedido a la mancipación.

Tenemos con lo dicho dos interesantes aspectos que un estudio propiamente romanístico no puede menos de tomar en consideración, pero que tienen utilidad para la formación del jurista moderno, por cuanto proyectan nueva luz sobre algunos problemas que la moderna civilística tiene planteados. La sistemática, siempre pronta a presentar figuras abstractas, desvinculadas de las conexiones personales o reales que determinaron su existencia y siguen influyendo en su ulterior desarrollo histórico, embotó el sentido de los juristas para captar esas concreciones históricas a las que nosotros damos un valor, y un valor formativo, del todo especial.

V

GAYO, «PRE-POSTCLÁSICO»

En el Congreso de Verona de 1948, en el resumen que leí de mi comunicación (*Re et verbis*, en *Atti*, sep. 1951, III, página 267), reproducido en este ANUARIO 19 (1948-49) 602, presenté a Gayo como precursor de los postclásicos. Decía literalmente: «Gayo, *Gaius noster*, a pesar de vivir en el siglo II, era, en cierto modo, tanto por sus aficiones como por sus esquemas escolásticos, una mentalidad post-clásica. Por eso Gayo no es siempre una fuente segura para mostrarnos el verdadero pensa-

miento de los clásicos». Esto decía en 1948, en relación con mi crítica de la cuatripartición de las causas de las obligaciones contractuales inventada por Gayo (no se han presentado pruebas contra esta tesis mía). En mis cursos, a propósito de muchos aspectos de las Instituciones gayanas, he venido caracterizando a Gayo como «pre-postclásico». Vid. mi *Discurso inaugural* en la Universidad de Santiago, 1955.

Mis relaciones con Gayo son bastante antiguas. En 1932-33, en las clases del profesor Castillejo, era yo, casi cotidianamente, el lector público de Gayo. En 1940 hice, ya como profesor ayudante, un curso de exégesis de Gayo, y de 1941 a 1943 mis lecciones de Procedimiento en la misma Universidad de Madrid tomaban como base siempre a Gayo. Por aquella época edité y traduje (Madrid, 1943), sus cuatro libros, lo que me obligó a hacer, por lo menos, siete veces la lectura completa de sus Instituciones. Francamente, mi idea estaba formada como resultado de esta familiaridad con él: aquél no era un jurista clásico, sino un profesor de derecho romano.

Hasta qué punto mi declaración de 1948 ha podido ser tenida en cuenta por la polémica posterior es dudoso, aunque debo agradecer al profesor Kaser que se haya referido a mi posición, al menos por lo que toca al punto concreto de la cuatripartición de los contratos (vid. *SZ.* 70 [1953] 157 ss.). Naturalmente, cuando ahora algunos romanistas (como van Oven y Guarino) han reaccionado contra la caracterización del Gayo «postclásico», no seré yo quien pretenda eludir el ataque. No es momento éste de hacer una réplica; únicamente debo aclarar, para tranquilidad de los defensores de Gayo, que si de lo que se trata es de que en Gayo hay muchos glosemas, no voy a negarlo, como ya dije en mi citado texto leído en Verona, tanto menos cuanto considero el código veronés como una edición totalmente retocada.

VI

NUEVOS FRAGMENTOS DE LAS «PAVLJ SENTENTIAE» (*Cod. Leid. B. P. L.* 2589) (*)

En 1954 la Biblioteca Universitaria de Leiden adquirió un trozo de pergamino escrito por recto y verso en una letra que se puede datar en el IV siglo. Aunque se hallaba junto con otros fragmentos procedentes de Egipto, tal procedencia dista mucho de ser cierta para nuestro fragmento.

(*) [De *Estudios Clásicos* 3 (1955-56) 121.]

El interés de esta pieza, de la que M. David y H. L. W. Nelson han dado un avance inmediato en *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis* 23 (1955) 75-82, anunciando un estudio más amplio para la serie *Studia Gaiana*—; buen ejemplo para aquellos eruditos que guardan celosamente toda novedad, y por años y años a veces!—, está en que nos conserva líneas del texto de las llamadas *Sententiae Pauli*, es decir, de aquella obra postclásica que fué el manual de derecho más usado en los siglos IV y V hasta ser insertado en el Breviario de Alarico (506), y de la que se conservan algunos trozos a través de la excerpta de los *Digesta* de Justiniano y de otras fuentes menores, como la llamada *Consultatio cuiusdam veteris iurisconsulti* (compilada en el siglo V, en Occidente) y algunos apéndices que siguen, en ciertos manuscritos, al mismo Breviario de Alarico II.

La parte conservada en este fragmento de pergamino viene a completar lo que teníamos de las PS. 5, 28 (*ad legem Iuliam repetundarum*) y 29 (*ad legem Iuliam maiestatis*). Reproducimos a continuación la transcripción de David y Nelson:

Recto

- 1] tur. let []
 2] . . u(el) principi c(au)sam .[]
 3 leg(e) repetundar(um) te[ne-
 4 t(ur) q]uicumq(ue) in curia u(el) c(on)cilio auctor fue[rit
 5 h]onorib(us) p(rae)sidi comitib(us)q(ue) eius decernen-
 6 d]is decretumue su[p(er)] ea re fecerit faciend(um)-
 7 ue curauerit. Senator[es p]arentes-
 8 u]e eor(um) in quor(um) pot(estate) s(unt), uectigali[a]
 pu[bli]cae c(on)ducere,
 9 nauem in q(uae)stum habere eq[uosu]e curules
 10 p(rae)bendos suscipere prohibentur: idq(ue) factum
 11 repetu[n]dar(um) le[g]e uindicatur.
 12 Senator qu[i] seruo alieno u(el) homine lib[e]ro [pr]o
 13 suo ut[i]tur, p(rae)ter l[eg(em)] Fab[iam d]e supp[ress]is,
 et re-
 14 petundar(um) tenetur. P(rae)sides pr[oui]n-
 15 ciarum legati q(uae)stores prou(inciae) eq[u]e[st]res (?)
 eo [an]no
 16 quo Roman redier(int), m a g(i s t r a t u s) imp[er]ium
 pot(estatem)
 17 capere p(ro)hibentur.
 18 Repetundar(um) c(on)uictus eam p e c (u n i a m), q(uam)
 [damnatus est,
 19 soluere intra diem XXX c(on)pellit[ur].
 20 Leg(e) Iul(ia) repetundar(um) nemo in p[ublico] (?) iud(icio)
 (?) accu-

- 21 satur, sed id quod, datum est) repeti potest).
 22 Si iudices) pedanei pecunia corrupti dicantur, ple-
 23 rumque) a praeside aut curia submouentur aut in

Verso

- a [exilium mittuntur aut ad tempus relegantur.]
 b [Leg(e) Iul(ia) maiestatis tenet(ur) is, cuius ope consilio]
 c [aduersus imp(eratore) uel) rem publicam) arma mota
 sunt exerci-]
 1 tuse) eius in insidia[s deductus est), q(ui)ue iniussu
 2 im]p(eratoris) bellum gesserit [dilectumue habuerit, ex-
 3 erciturum cons]par[auert[it s]ollic[itauerit dese-
 4 r]ueritque) in m p(er) a t o r e m). aqua eis e[st igni] antea
 i(n)terdiceb[atur];
 5 nunc uero humilior(es) bestiis obiciunt(ur) uel) u[er]i
 6 exuruntur. quod crim[en] n(on) solum facto ue[rum]
 7 et uerb[is] in]p[ro]p[ri]is aut m[a]i[est]at[is] dictis maxime exa-
 8 cerbatu[r]. Mulieres milites famosi
 9 adulti huius] l[eg]is] reos deferre n(on) p(ro)hibentur;
 10 salus (e)n(im) prin[ci]pis et sta[t]us rei p(ublicae) p(er)
 omnes tu-
 11 e]ndu[s est):] ideoque) serui et in domin[os] rogant(ur)
 12 et [filii pa]rentes u(e) parentes f[ili]os in hac c(ausa)
 13 exhib[er]e cog[un]tur.
 14 In [re]um maiest[at]is inq(ui)ri prius c(on)uenit, q(ui) b(us)
 opib(us),
 15 qua pactione, q(ui) b(us) hoc auctorib(us) fecerit:
 16 t]anti (e)n(im) [cri]minis reus n(on) obtentu adulat(io)-
 17 n]is ali[cuius], sed ipsius admissi gr(atia) punien-
 18 dus] est); [ideo]q(ue) cum de eo q(uae)ritur, nulla dignitas
 19 a torme]ntis excipitur.
 20 Hac lege d]amnari n(on) p(otest), qui p(er) salutem prin-
 cip[i]s
 21 periurauerit: h]oc (e)n(im) nos lubrico linguae in poe-
 22 nito dare tantu]m (?) c(on)uenit; fustib(us) t(a)m(en)
 animad-
 23 uersus aut releg]atur aut curia ad tempus
 en la hoja siguiente: [submouetur.]

CÓDICE: Recto: 4 cecilloue. fuse.

Verso: 2 libellum. 6 qui. 7/8 ex[.]ccbatu. 11 inn. 12]rrentes.
 21 librico. 22/23 anema[.]

Lo que conocíamos de estos capítulos era el final del recto (desde la línea 22), cuya continuación, al comienzo del verso, es reconstruida por el cotejo con el Breviario; las primeras líneas del verso (hasta la línea 8, primera palabra) y, finalmente,

el trozo de las líneas 14 a 19 del mismo verso. Esto puede dar una idea de la brutal reducción a que fué sometido ese libro hasta su inserción en el Breviario. Todavía hay que advertir que, en la parte coincidente, se observan algunas variantes respecto al texto del Breviario, la que nos parece de más interés es la de la línea 4 del verso, donde el texto del Breviario dice: *his antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur*. La *interdictio aqua et igni* era siempre *in perpetuum*, y el hecho de que se haya tenido que agregar la frase *in perpetuum* parece reflejar un momento histórico en el que el término *interdictio aqua et igni* abarca tanto la *deportatio* como la *relegatio*, la cual sí puede ser *ad tempus*. Este pequeño reloque induce a pensar que tenemos en el Códice de Leiden una edición anterior y distinta a la utilizada por los compiladores alaricianos.

Aunque todavía no se ha alcanzado una conclusión cierta acerca de los estratos que se pueden distinguir en la tradición de las *Sententiae Pauli*, he llegado en mis estudios sobre esta importante fuente jurídica tardía a la opinión siguiente, que acepta fundamentalmente los resultados de Ernst Levy, aunque los modifica en algún punto: Un autor anónimo de fines del siglo III (de mediados, según H. J. Wolff) hizo una primera obra con ese título, tomando materia de distintas obras del juriconsulto Paulo, que había vivido a principios de aquel siglo. Este primer estrato, que podemos llamar con Levy estrato A, reflejaría todavía el derecho clásico, pero de una manera muy tosca y resumida. Observemos por nuestra parte que esta obra de A corresponde a este importante momento en que las obras jurídicas en forma de *volumen* ceden el puesto al nuevo formato del *codex*. Esta obra de A es la que Constantino habría tenido en cuenta al afirmar su valor. Pero, según mi opinión, a fines del siglo IV las *Sententiae* son objeto de una nueva edición reformada (estrato B de Levy), en la que se introducen cambios importantes. Esta edición es la que habría estado a la vista de los autores de la Ley de Citas (426). A mediados del siglo V las *Sententiae* son objeto de un comentario, la llamada *Interpretatio*, que se conserva en el Breviario. Este sería el momento C; pero, a diferencia de Levy, yo creo que ni en este momento, ni tampoco en otro poco anterior, se modificó el texto de las *Sententiae*. El autor o el compilador de la *Interpretatio* se limitó a eliminar muchos trozos, incluso títulos enteros, que no le parecían útiles. Finalmente, los compiladores alaricianos tomaron el texto y la *Interpretatio* sin alterarlos, pero eliminando, sí, muchas sentencias, aunque no títulos enteros, pues habrían respetado las rúbricas introducidas por B. Por otro lado, en Oriente, la edición B habría sido objeto de una reforma antes de llegar a manos de los compi-

ladores justinianos. Esa misma edición *B* sería la reflejada por los apéndices del Breviario. El Código de Leiden, en cambio, reflejaría la edición *A*.

Los nuevos fragmentos se prestan para un comentario interesante en el que no podemos entrar aquí.

VII

LIBERTAS *

Libertas es un término del derecho civil. *Libertas* quiere decir lo contrario de *servitus*; el que está sometido a un *dominus*, ése es *servus*, esclavo; el que no está sometido a un *dominus*, ése es *liber*, libre. Dentro de la familia, hay *servi* y hay *liberi*; pero éstos no son independientes, sino que están sometidos civilmente a un *pater*, al *pater familias*. También hay huérfanos libres que, por su incapacidad de obrar, están sometidos a un *tutor*. La *libertas* es susceptible, pues, de limitaciones, y de limitaciones importantes; lo único que hace desaparecer la *libertas* es el hecho de que la limitación venga por parte de un poder que se proclama *dominium*, *dominatio*.

Ahí está, a mi entender, el concepto radical de la *libertas*. No me parece que la *libertas* política sea algo esencialmente distinto de esa *libertas* jurídica (1).

Si en la época del principado se llama *libertas*, por antonomasia, a la época republicana (2), ello se debe al peso his-

(*) [De mi *Introducción* a la edición de: *Panegírico de Trajano*, por Plinio el Joven (Instituto de Estudios Políticos, 1955).]

1. Sobre la *libertas* política vid. los recientes estudios de CH. WIRSZUBSKI: *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate* (Cambridge, 1950), y U. VON LUBTOW: *Blüte und Verfall der römischen Freiheit* (Berlin, 1953). Cfr. la recensión de P. DE FRANCISCI, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 20 (1954), 330. Por lo demás: H. KLOESEL: *Libertas* (Diss. Breslau, 1935); F. SCHULZ: *I principii del diritto romano* (Florenca, 1946), pág. 122 y 66.—En el concepto de los filósofos, *libertas* era «el vivir como uno quiere» (ARISTÓTELES: *Polit.*, 6, 2, 7: τὸ ἕν ὡς βούλεται τις). La definición que aparece atribuida al jurista FLORENTINO, en *Digesta*, 1, 5, 4 pr., dice así: *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibetur*. Los retoques parciales que se han querido hacer a este texto (por ALBERTARIO y SCALLOJA, seguidos por SCHULZ y completado el segundo por VON LUBTOW) no me parecen justificados. Antes daría que se trata de una definición no-jurídica y probablemente espuria, toda ella y tal como está. Los juristas quizá usaran del concepto filosófico para el *redire in libertatem* de los animales capturados, pero para ellos *libertas* tenía que ser normalmente el *status* del que no era esclavo.

2. Vid. PLINIO: *Pan.*, 44, 6; 57, 4; 58, 3 (*exactis regibus coepit liber annus*); 69, 4. En 63, 5, habla de *simulatio liberae civitatis*.—*Res publica*, por

lógico de aquellos príncipes que, como Domiciano, se habían proclamado *domini*, que habían sido tiranos, pues el *dominatus* es la tiranía. Pero no hay que olvidar cómo Augusto, al instaurar el Principado, había restaurado la *libertas*. Así se dice oficialmente en sus *Res Gestae* 1: *annos undeviginti natus exercitum privato consilio et privata impensa comparavi, per quem rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi* (3). Augusto había sido vindicador de la *libertas* porque había barrido la *dominatio* de las banderías civiles. Así, el temor de que volviera la opresión de las facciones, las mismas necesidades de la política imperial, todo había llevado a la persuasión general de que la república era irrestaurable: que había que vivir en régimen de principado (4). Pero esto no quería decir que hubiera que renunciar a la *libertas*. Esta subsistía siempre que el Príncipe fuera un buen *basileus* según el modelo de la filosofía helenística, y no un *dominus*, un tirano. Y esta adaptación de la *libertas* era posible precisamente por aquel carácter puramente negativo del concepto radical. Aunque se hubiera perdido la democracia, aunque la voluntad imperial se erigiera en norma suprema, la ausencia de un *dominus* por sí sola bastaba para que subsistiera la *libertas* (5). Este concepto negativo quizá resulte difícil para una mentalidad moderna, acostumbrada a concebir la libertad como un conjunto de derechos políticos del ciudadano, pero tales derechos dependían en Roma, no de la *libertas*, sino de la *civitas*. Si en

lo demás, resultaba equivoco, como se ve en *Pan.*, 93, 3: *ita versemur in re publica ut credamus esse rem publicam*.

3. Cfr. CÉSAR: *Bell. civ.*, 22, 5: *ut se et populum Romanum factione paucorum oppressum in libertatem vindicaret*.—De hecho, la bandera de la *libertas*, servía a cualquier bando para atacar al que estaba en el poder; cfr. TÁCITO: *Hist.*, 4, 73: *libertas et speciosa nomina praetexuntur, nec quisquam alienum servitium et dominationem sibi concupivit ut non eadem ista vocabula usurparet*.

4. Cfr. TÁCITO: *Hist.*, 2, 28: *...nunquam postea nisi de principatu quae situm*.

5. CICERÓN, *de rep.*, 2, 43, lo entendía así, después de todo: *libertas, quae non in eo est ut iusto utamur domino, sed ut nullo*—porque el Príncipe no era en manera alguna un *dominus*. Este carácter negativo no ha sido bien percibido por los autores citados supra; sí, en cambio, por SYME: *Roman Revolution*² (Oxford, 1952), pág. 155: «*Libertas is a vague and negative notion—freedom from rule of a tyrant or a faction*.» Creer que la *libertas* fué algo positivo—derechos del ciudadano de la República—y después degeneró en algo puramente negativo me parece un error de perspectiva producido quizá por el hecho de que, al designar los autores de época imperial la antigua República como *libertas*, referían a este último término el contenido positivo de la constitución republicana; pero la *libertas* misma, no como época constitucional, es simplemente la no-sujeción a un «dueño», y el texto de CICERÓN citado lo declara paladinamente. Dada la importancia del arraigo y genuino concepto de la *libertas* en derecho civil, no podía ser de otra manera.

el mundo moderno, en la teoría constitucional, la *libertas* se ha llenado de aquel contenido positivo, ello se debe en buena parte a la influencia del pensamiento anglo-sajón (6), para el que la palabra «freedom» tiene evidentemente un sentido más concreto y positivo. Como tantas otras veces, la traducción de un término extranjero por otro de la tradición romana ha tenido consecuencias perturbadoras. Piénsese en todo el patetismo que el hombre moderno ha gastado al defender una determinada «freedom»—pongamos por caso la «libertad» de prensa—como si con la supresión de aquélla hubiera perdido su entera *libertas*.

Como los *liberi* están sometidos a un *pater*, también los hombres libres de la época del Principado estaban sometidos, no a un *dominus*, pues no eran *servi*, pero sí a un *pater*, el *pater patriae* (7). La república—la experiencia lo había demostrado—no podía vivir sin tutor. Augusto había asumido el título de *tutor rei publicae*, lo que era ya una idea ciceroniana. Pero resultaba más amable no sentirse huérfanos y tener, no un *tutor*, sino un verdadero *pater (patriae)*.

A. D'ORS

VIII

UN OLVIDADO TEXTO DE SÉNECA

Dentro del procedimiento formulario, conocida es la libertad del juez en cuanto a la valoración de las pruebas aducidas por las partes. Esa libertad debe conjugarse, sin embargo, con la sumisión tajante a los términos en que viene concebida la fórmula. Que los términos puedan ser más o menos elásticos, no por ello se desvirtúa el principio de la sujeción a la fórmula, y así resulta, por tanto, que el juez no puede rectificar, a través de su *sententia*, las posibles inexactitudes o discordancias que la fórmula presente. Los distintos casos de inexactitud (especialmente la llamada *plus petitio*) y sus consecuencias jurídicas son tratados especialmente en GAYO, IV, 52-60, nuestra principal fuente de información en esta materia. Solamente teniendo en cuenta esos pasajes podría ya deducirse el principio general referente a la vinculación del juez a la fórmula, aun cuando GAYO no lo mencione explícitamente. La literatura romanística, al tra-

6. Vid. R. HENNE: *Der englische Freiheitsbegriff* (Diss. Zurich, 1927), cit. por VOX LUERTOW op. cit.

7. Cfr. PLINIO: *Pan.*, 2, 3; 29. 2; 67. 1; 87. 3. También SÉNECA: *De Clem.*, 3, 12, 2, decía que la potestad del príncipe es como una patria potestad.

tar este tema, suele aducir, además, como texto que presenta abiertamente aquel principio, CICERÓN, *In Verrem*, II, 12, 31: «Si vero illud quoque accedet, ut praetor in ea verba iudicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare si iudicium sit eius modi: 'L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur ex iure Quiritium P. Servili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur', non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat?».

Indudablemente, el testimonio ofrecido por CICERÓN es valioso, y, aun cuando el supuesto referido pueda estimarse exagerado (1), las palabras ciceronianas concuerdan con lo que GAYO nos dice. Sin embargo, no debe pensarse que CICERÓN es la única fuente en que se habla expresamente del sometimiento del juez a la fórmula. Existe otro texto que, en lo que se me alcanza, no es recordado como se merece en la literatura romanística pertinente al tema. Se trata de SÉNECA, *De beneficiis*, III, VII, 5, donde, a propósito de la inoportunidad de perseguir judicialmente al que cometió una ingratitud, y considerando las diferencias entre *iudex* y *arbiter*, se dice: «Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur: quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit».

También aquí, como se ve, se expresa claramente el principio de la sujeción del juez a la fórmula, aunque en rigor se trate de una sujeción específica. Es cierto que el *arbiter* ha de observar también fidelidad a la fórmula, pero el *iudex* en sentido estricto está más rigidamente vinculado al enfrentarse con aquellos *iudicia* que implican una *intentio certa* y que en consecuencia, no permiten la menor elasticidad. Este contraste es el que, sin duda, tiene presente SÉNECA, pero ello no impide que a efectos de ilustrar el principio de vinculación a la fórmula—siquiera en un aspecto particular—el pasaje en cuestión merezca ser recordado.

J. A. ARIAS BONET.

1. Vid. U. ALVAREZ: *Curso de Derecho romano*, I (1955), págs. 440-476