

F 4255



# *Ex Roma ius*

The Global Law Collection  
Garrigues Lectures Series  
Director: Rafael Domingo

Rafael Domingo  
Director de la Cátedra Garrigues de Derecho Global  
Universidad de Navarra

# *Ex Roma ius*

The Global Law Collection  
Garrigues Lectures Series

**THOMSON**  
  
**ARANZADI**

UNIVERSIDAD DE NAVARRA  
SERVICIO DE BIBLIOTECAS

. L 19218898

© Rafael Domingo - 2005  
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL  
Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5  
31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 674/2005

ISBN 84-9767-763-3

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

*A Antonio Garrigues Walker.*





# ÍNDICE

Presentación .....	11
Lecciones .....	17
I. La jurisprudencia romana, cuna del Derecho .....	19
1. <i>Los orígenes de la jurisprudencia romana</i> ..	20
2. <i>La primera jurisprudencia clásica</i> .....	27
3. <i>El apogeo de la jurisprudencia romana</i> ....	36
4. <i>La literatura jurídica clásica</i> .....	45
5. <i>La jurisprudencia posclásica</i> .....	52
6. <i>La compilación de Justiniano</i> .....	56
7. <i>Aportación de la jurisprudencia romana al incipiente Derecho global</i> .....	62
II. <i>Auctoritas</i> , un concepto romano tan olvidado como necesario .....	65
1. <i>Significado de «auctoritas»</i> .....	68
2. <i>«Senatus Populusque Romanus»</i> .....	71
3. <i>«Auctoritas augurum»</i> .....	79
4. <i>«Auctoritas prudentium»</i> .....	83
	9

5.	«Auctoritas tutoris», «auctoritas» del mancipante y «auctoritas patris» .....	87
6.	«Auctoritas iudicis», «auctoritas testis» y «auctoritas rei iudicatae» .....	89
7.	«Auctoritas Principis» .....	94
III.	El Código civil japonés, un logro iuscompa- ratista .....	101
1.	<i>Antecedentes: el llamado Código civil anti- guo o de Boissonade</i> .....	101
2.	<i>Elaboración y contenido del Código civil de 1898</i> .....	112
3.	«BGB patet, Code civil latet» .....	115
4.	<i>Posible influencia del Código civil español</i>	121
5.	<i>Ubi ius nipponicum?</i> .....	124
6.	<i>La revisión de 1947: la «americanización» del Derecho japonés</i> .....	129
7.	<i>Otras importantes reformas: en particular, la Ley 149/1999, de 8 de diciembre</i> .....	134
8.	<i>Las reformas de 2003 y 2004; especialmente la Ley 147/2004, de 1 de diciembre, de re- forma parcial del Código civil japonés</i> .....	138
IV.	Cinco escritos menores .....	141
1.	<i>Hacia un Derecho global</i> .....	141
2.	<i>Repensar el matrimonio civil</i> .....	145
3.	« <i>La science n'a pas de patrie!</i> » .....	153
4.	<i>Robert Schuman, padre de Europa</i> .....	157
5.	<i>Antonio Garrigues Díaz-Cañabate, «in memoriam»</i> .....	161
	Índice de tópicos selectos .....	167

## PRESENTACIÓN

Iniciamos con este libro la *Garrigues Lectures Series*, donde se publicarán las lecciones magistrales que, en diferentes lenguas, preferiblemente inglés, español, chino o japonés, se vayan impartiendo en la Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra.

Creada por acuerdo entre esta universidad y la Fundación Garrigues en marzo de 2003, la Cátedra Garrigues de Derecho Global tiene por objeto el estudio de los efectos jurídicos de la globalización, así como la fundamentación de un Derecho global, configurador de un *ordo orbis* más justo, democrático y libre, basado, entre otros, en los principios de personalidad, igualdad, solidaridad, subsidiariedad, integración y autoridad.

*Ex Roma ius* contiene las primeras lecciones que, como director de la Cátedra Garrigues, me

ha correspondido impartir a lo largo de 2004. El título elegido refleja bien una idea latente en todas ellas, a saber: que cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico mundial debe hacerse a la luz de las fuentes del Derecho romano. En efecto, en mi opinión, es misión del *ius Romanorum*, en este siglo XXI, servir de puente entre los distintos sistemas jurídicos del mundo, y muy particularmente, *hodie et nunc*, entre el *civil law* y el *common law*. Estos dos grandes sistemas, sin duda distintos, no son paralelos, como se ha dicho, pues tienen un sólido fundamento común en el Derecho romano, que influyó de forma determinante, aunque con manifestaciones distintas, tanto en uno como en otro. Corresponde a los juristas actuales armonizar ambos sistemas, mucho más próximos, en realidad, de lo que habitualmente se piensa. Tantas veces, lo que cómodamente atribuimos a las «diferencias entre sistemas», no son sino simple manifestación de «desconocimiento de los sistemas».

A propósito del tópico del distanciamiento entre ambos sistemas, el jurista alemán Ernst Rabel (1874-1955), romanista antes que comparatista, solía decir que el *civil law* tenía más de *uncommon law* que de *civil law* propiamente; y que el *common law* se caracterizaba mejor como *uncivil law* que como Derecho angloamericano. Razón no le faltaba.

La primera lección, titulada «La jurispruden-

cia romana, cuna del Derecho», se dictó en septiembre de 2004. Se ofrece en ella las claves para comprender el nacimiento del Derecho como Ciencia, que es tanto como hablar del oficio de jurista. Una versión más amplia, que comprende también otros Derechos de la Antigüedad, puede verse en el volumen primero de la obra *Juristas universales* (Marcial Pons, 2004).

«*Auctoritas*, un concepto romano tan olvidado como necesario» es el título de la segunda lección, dictada en octubre de 2004. Se trata en ella de la necesidad de recuperar para el nuevo orden mundial el concepto romano de *auctoritas* como contrapuesto a la *potestas*.

En esta lección, son constantes las referencias a la obra de mi maestro Álvaro d'Ors (1915-2004). Comprenderá el lector que veintitrés años (1981-2004) de intenso y sereno diálogo genuinamente universitario, y por tanto crítico, primero como alumno y luego como colaborador, con un pensador tan original como él, han dejado en mí una huella intelectual indeleble. El tema de esta lección fue desarrollado más ampliamente en mi libro *Auctoritas* (Ariel, 1999).

La tercera lección, «El Código civil japonés, un logro ~~iuscomparatista~~», fue leída en mayo de 2004, dentro del ciclo de conferencias organizado por la Cátedra Garrigues conmemorativo del bicentenario del Código civil francés (1804-2004). Debido a las importantes reformas que ha

sufrido el Código civil japonés estos últimos meses, el texto ha sido ampliado y actualizado. El embrión de esta conferencia se halla en el estudio preliminar que acompaña a la traducción del *Código civil japonés*, que publicamos el profesor Nobuo Hayashi, catedrático de Derecho romano de la Universidad de Kioto, y yo en la editorial Marcial Pons, en 2000.

A modo de apéndice, he incorporado cinco intervenciones breves en la Cátedra Garrigues de Derecho Global, publicadas ya, en su momento, con adaptaciones, en el diario *ABC* o en *La Gaceta de los Negocios*: «Hacia un Derecho global», sobre la necesidad de este nuevo Derecho superador del Derecho internacional moderno; «Repensar el matrimonio civil», sobre la esencia del matrimonio civil como institución no sólo jurídica, sino también y principalmente social, religiosa y antropológica; «*La science n'a pas de patrie!*», sobre el nuevo rumbo que ha de tomar la universidad española ante una sociedad globalizada; «Robert Schuman, padre de Europa», en homenaje a este gran constructor de la Unión Europea, con ocasión del cuadragésimo aniversario de su fallecimiento, y, por último, una necrología de Antonio Garrigues Díaz-Cañabate, de quien recibe el nombre esta Cátedra, fallecido el 24 de febrero de 2004, a la edad de cien años.

No quiero terminar estas líneas sin agradecer a José María Bastero de Elizalde, rector de la

Universidad de Navarra, a Antonio Garrigues Walker, presidente de la Fundación Garrigues, a quien, por tantas razones, dedico este libro, a Fernando P. Méndez, decano presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y a Juan Carlos Franquet, director general de la editorial Thomson en España, el inestimable apoyo recibido para poner en marcha este gran proyecto jurídico global que me ocupa desde hace unos años.

*Rafael Domingo*





# LECCIONES

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10



## I. LA JURISPRUDENCIA ROMANA, CUNA DEL DERECHO

Los actuales ordenamientos jurídicos europeos, americanos y algunos del Este asiático (Japón, Corea, Filipinas y Taiwán, entre otros) pueden comprenderse integradamente si partimos de aquellos principios que informaron el Derecho romano, es decir, ese orden de convivencia conforme a justicia creado por los jurisprudentes de la antigua Roma republicana y coronado magistralmente, tras la *pax Augusta*, por los juristas del Principado.

Conceptos básicos, constitutivos de nuestra civilización, como estipulación, testamento, buena fe, ~~servidumbre~~, usufructo, posesión, propiedad, contrato, obligación, sociedad, condición, etc. se crearon en un momento histórico muy concreto en que las relaciones de justicia entre los ciudadanos y entre los pueblos fueron tratadas, como

tales, desde una perspectiva científica, que, en el Derecho romano, es tanto como decir jurisprudencial.

En efecto, de la misma manera que en la Grecia antigua floreció una cultura filosófica, gracias a unos hombres dedicados apasionadamente a la sabiduría, así también, en Roma, se creó, muy particularmente desde mediados del siglo II a.C. hasta mediados del III d.C., un ambiente jurisprudencial del más elevado nivel científico por la concurrencia de unos juristas expertos en el *ars boni et aequi*, como definió el Derecho elegantemente uno de ellos, Celso (Celso-Ulpiano, D. 1.1.1 pr.).

Si dirigimos nuestra mirada a los *arcana iuris Romanorum*, descubriremos inestimables principios jurídicos de una gran utilidad para la configuración de este nuevo Derecho global en ciernes. Y es que hablar de Derecho global es tanto como hablar de juristas globales, y los juristas romanos, precisamente porque fundaron el Derecho en la persona y no en la idea de territorio, lo fueron desde el momento en que pusieron las primeras piedras de la Ciencia del Derecho, mucho antes de que Roma dominara el mundo civilizado.

## 1. LOS ORÍGENES DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA

Los orígenes de la jurisprudencia romana los conocemos, en parte, gracias al discutido «enqui-

*ridion*» o «manual» de historia del Derecho romano escrito por el jurista Pomponio, a mediados del siglo II d.C., con el que ciertamente se inauguró un modelo de literatura jurídica. En esta historia elemental, recogida en el título II del libro I del Digesto de Justiniano (D. 1.2.2.6), Pomponio afirma que de la llamada Ley de las XII Tablas manó el Derecho civil (*lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile*). De ahí que esta importante y peculiar ley de en torno al 450 a.C., que Tito Livio calificó como *fons omnis publici privatique iuris* (Livio 3.34.6), caída ya por tanto la monarquía (753 a.C.–509 a.C.) y en período de formación de la república, pueda ser –paradójicamente, pues los romanos no se caracterizan como legisladores– el más genuino punto de partida.

Pero hay fundamentos del *ius civile* más antiguos. En efecto, una tradición de los llamados posteriormente *mores maiorum*, así como de las leyes regias recopiladas por el pontífice Sexto Papirio (*ius Papirianum*, cfr. Pomponio, D. 1.2.2.2: *leges sine ordine latas in unum composuit*), existen ya desde el siglo VI a.C. Estos *mores maiorum* son como la constitución no escrita de un pueblo, por lo que propiamente nunca fueron derogados, aunque sí adaptados a los nuevos modos de vida.

Pomponio (D. 1.2.2.4) nos dice que esta Ley de las XII Tablas fue encargada a un colegio de

patricios (*decemviri legibus scribundis*, de ahí que se denomine también como ley «decenviral»), y que éstos, después de pedir información a otras ciudades griegas, probablemente de la Magna Grecia (Sur de Italia), las escribieron en tablas de marfil –hecho muy discutible– y ordenaron colocarlas en el foro para que fueran conocidas por todos (... *in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi*). Habiéndose concedido a los decenviros la facultad de corregir las leyes, hicieron uso de ella añadiendo, a las diez existentes, dos nuevas tablas; por eso son conocidas con el nombre de Ley de las XII Tablas (E. Varela, en *Textos de Derecho romano*, 2ª ed., 2002 §1, págs. 19-36); más datos históricos nos ofrecen Tito Livio, en el libro tercero de su *Ab urbe condita*, y Dionisio de Halicarnaso, en el libro X de sus *Antiquitates Romanae*.

Redactada con un estilo sobrio heredado por la jurisprudencia romana posterior, contenía breves preceptos funerarios y jurídicos, penales y procesales, también de carácter interpretativo o incluso corrector de las costumbres al uso. Por desgracia, sólo la conocemos muy parcialmente, por citas de autores bastante posteriores, como Cicerón y Aulo Gelio, y con un lenguaje más moderno, pues al parecer se perdieron con el saqueo e incendio de Roma por los galos en 387 a.C. Nos cuenta Cicerón (*De legibus* 2.23.59) que, siendo niño, memorizó, como era costumbre, la

ley «cantándola»: «*discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium*». Es probable que esta versión de las XII Tablas, tan prestigiada durante los dos últimos siglos de la República, proceda de los *Tripertita* de Sexto Elio Peto Cato, del siglo II a.C., a la que enseguida me referiré.

La Ley de las XII Tablas, al reproducir ciertos principios del *ius antiquum*, vino a limitar el amplio poder discrecional del colegio pontifical, que fue verdaderamente quien, al adaptar las formalidades jurídicas a las prácticas sociales, se erigió en la fuente principal de creación del Derecho y guardián de este nuevo saber práctico. En efecto, los comienzos de un conocimiento jurídico técnico se corresponden con la actividad desarrollada por el colegio pontifical concretada en la interpretación del Derecho vigente (*interpretandi scientia*) y en la elaboración de fórmulas judiciales (*actiones*) (cfr. Pomponio, D. 1.2.2.6). Esta conexión entre la religión y el Derecho, en virtud de la forma constitutiva que los vivifica, justifica plenamente la competencia pontifical. A esta interrelación entre Derecho y religión, que nunca llegó a una plena identificación, como sucedió en otros Derechos de la Antigüedad, se refiere el propio Cicerón: «... *ius nostrum pontificium, qua ex parte cum iure civili coniunctum est...*» (*Brutus* 42.156). Esto explica la definición ulpiana de jurisprudencia (D. 1.1.10.1) como *divinarum atque humanarum rerum notitia*, recogida siglos después por Justiniano al inicio de sus

Instituciones (1.1.1). Por lo demás la *auctoritas* de los pontífices no fue de distinta naturaleza que la que posteriormente revistió a los juristas laicos.

Este monopolio jurídico pontifical, que cuidaba celosamente de sus fórmulas, se extendió aproximadamente hasta finales del siglo IV a.C. En efecto, en torno al 300 a.C., el escriba Gneo Flavio (edil en 304 a.C.), publicó el libro de acciones de Apio Claudio, el Ciego (Pomponio, D. 1.2.2.7), que vino a denominarse «Derecho civil flaviano» (*ius civile Flavianum*), al parecer, a semejanza del citado *ius Papirianum*. A Apio Claudio –que fue censor en 312 a.C. y cónsul en dos ocasiones, el año 307 a.C. y el año 296 a.C., y poseedor máximo de la ciencia del Derecho (Pomponio, D. 1.2.2.36: *maximam scientiam habuit*)–, se atribuye también (Pomponio, D. 1.2.2.36) un libro, de contenido incierto, aunque probablemente recogiera fórmulas de acciones y caucionales.

A mediados del siglo III a.C., fue al parecer Tiberio Coruncanio, primer plebeyo que alcanzó el pontificado, quien por vez primera respondió en público (*respondere publice*) a las consultas de los particulares, privando así al colegio pontifical de la exclusividad jurisprudencial. Este *modus operandi* de la jurisprudencia a través de los *responsa* o dictámenes orales constituirá durante siglos el centro de la actividad jurisprudencial de apoyo fundamentalmente a magistrados ju-



risdccionales, a jueces y a particulares. Esta jurisprudencia preclásica es llamada también «cautelar» (de *cavere*) por consistir principalmente su labor jurisprudencial en el auxilio a los ciudadanos en la redacción de fórmulas negociales. Por último, fue actividad típicamente jurisprudencial la de *agere*, es decir, la consistente en la elaboración de fórmulas procesales. Con todo, el arbitrio de esta actividad en los siglos IV y III a.C. mermó sustancialmente con la aparición de las ciertas acciones de la ley (*legis actiones*), caracterizadas por su rigor formal. A partir de la Ley Ebuca, de 130 a.C. aproximadamente, que señala el nacimiento del procedimiento *per formulas*, la actividad jurisprudencial en tema de *agere* volvió a resurgir hasta la codificación del Edicto en torno al 130 d.C., bajo Adriano (117-138 d.C.).

Sexto Elio Peto Cato, cónsul en el año 198 a.C. y censor en 194 a.C., muy respetado por los juristas posteriores, es considerado propiamente el primer jurista en sentido pleno. Hermano de Publio Elio, también jurista y cónsul (Pomponio, D. 1.2.2.38: «*ut duo Aelii etiam consules fuerint*»), su penetrante inteligencia justifica precisamente su *cognomen* «Catus» (agudo). Amplió el número de acciones en su obra *Tripertita*, de la que conservamos algunas referencias (Lenel, *Palingenesia* I, 1889, reimpr. 2000, cols. 1-2), denominada así por estar dividida en tres partes: un comentario a las XII Tablas; una segunda parte destinada a

la interpretación y la tercera, a las acciones (Pomponio, D. 1.2.2.38).

Junto a estos dos *Aelii*, atribuye Pomponio la máxima autoridad jurídica a Publio Atilio (D. 1.2.2.38: «*maximam scientiam in profitendo habuerunt*»), en realidad Lucio Atilio, de quien dice que fue el primero en ser llamado «Sabio» por el pueblo («*primus a populo Sapiens appellatus est*»), por sus conocimientos en Derecho (Cicerón, *De amicitia* 2.6: «*quia prudens esse in iure civili putabatur*»). A los tres une la condición de haber comentado la Ley de las XII Tablas (Cicerón, *De legibus* 2.59).

Contemporáneo de Lucio Atilio (Cicerón, *De amicitia* 2.6) fue M. Porcio Catón, el Viejo (234-149 a.C.), cónsul en 195 y censor el año 184 a.C., quien, al parecer, dio *responsa* como jurista, tras haber combatido felizmente contra los indómitos habitantes (*ferox genus*, Livio 34.17) de Hispania y Siria; así como su hijo Marco Porcio Catón Liciniano, que premurió al padre en 152 a.C. (Plutarco, *Catón, el Viejo* 24.9 y Aulo Gelio 13.20.9). A Catón Liciniano se atribuye un comentario de Derecho civil (Aulo Gelio 13.19.9: «*et egregios de iuris disciplina libros reliquit*»), aunque no debe descartarse que estos libros recogieran los *responsa* del padre (A. Guarino, *Storia del Diritto romano*, 12ª ed., 1998, §152).

A esta jurisprudencia preclásica se deben aportaciones tan importantes como la invención

de la emancipación, con apoyo en las XII Tablas 4.2b («*si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*»), y del verdadero testamento, que evidencia el genio jurídico romano (Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §30).

## 2. LA PRIMERA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

La ordenación y más plena interpretación del Derecho, precisamente en un período crítico de la república romana, viene unida al nombre de tres juristas, de mediados del siglo II a.C., conocidos tan sólo por citas, que son considerados por Pomponio (D. 1.2.2.39) como sus fundadores (*qui fundaverunt ius civile*), quizá por haberlo consolidado definitivamente: Manio Manilio, cónsul el año 149 a.C., Marco Junio Bruto, pretor en torno al 140 a.C., y Publio Mucio Escévola, cónsul en 133 a.C.

De gran modestia y equidad (Zonaras, *Annales*, 9.27, ed. M. Pinder, pág. 285), amigo de Escipión Emiliano (185-129 a.C.) y recordado con admiración por Cicerón (*De oratore* 3.133), Manio Manilio gozó de gran autoridad como jurisconsulto, tanto por sus *responsa* como por su actividad cautelar. Entre su obra escrita fueron famosos sus formularios negociales para la compraventa (*Manilianae venalium vendendorum leges*). Pertenciente a una ilustre familia cuya *nobilitas* se remontaba al siglo IV a.C., el segundo fundador del *ius civile*, Marco Junio Bruto, puede ser tenido por precursor de la fuerte influencia he-

nista que sufrirá al poco la jurisprudencia romana. Fue autor de una colección de *responsa* en forma dialogada con su hijo, que aparece como interlocutor, conforme al más genuino estilo griego. El tercero de los fundadores fue Publio Mucio Escévola, cónsul en 133, como se ha dicho, y *pontifex maximus* desde el 131 hasta su muerte en 115 a.C. Pertenecía a una estirpe de juristas insignes como su hermano P. Licinio Craso Muciano (Cicerón, *Brutus* 26.98) –que Pomponio confunde con el orador L. Licinio Craso (D. 1.2.2.40)–, su primo Quinto Mucio Escévola, el Augur, cónsul el año 117 a.C., y sobre todo su hijo, cónsul el año 95 a.C., Quinto Mucio Escévola, el Pontífice. No se nos ha conservado el título de ninguna de las diez obras que al parecer escribió Publio Mucio Escévola (Pomponio, D. 1.2.2.39: «*Publius Mucius etiam decem libellos reliquit*»).

Una discusión científica sobre la consideración o no como fruto del hijo habido por una esclava en usufructo, protagonizada por los tres fundadores del *ius civile*, puede constituir un buen ejemplo sobre los intereses de esta primera jurisprudencia clásica. Cicerón nos da noticia de ella en *De finibus* 1.12: «*an partus ancillae sitne in fructu habendus, disseretur inter principes civitatis P. Scaevolam M'. que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet...*». La opinión de Bruto –a saber, que un hombre no puede pertenecer como fruto a otro hombre («*neque enim in fructu hominis homo*

*esse potest*) por lo que el hijo de la esclava usufructuada sería del dueño de la esclava y no del usufructuario— fue la que prevaleció en la tradición jurisprudencial (Ulpiano, D. 7.1.68 pr.). Otra disputa científica entre los fundadores del *ius civile* versó acerca del posible efecto retroactivo en la aplicación de la *lex Atinia de usucapione* (s. II a.C.), que prohibía la usucapión de cosas hurtadas (Aulo Gelio 17.7.3: «*utrumque in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta*»).

Discípulos de los fundadores fueron: Publio Rutilio Rufo, cónsul en Roma en 105 a.C., a quien se debe, entre otras aportaciones, la incorporación edictal de una acción con transposición de personas a favor del *bonorum emptor* llamada precisamente *actio Rutiliana* (Gayo 3.35); Aulo Virginio (al que Pomponio, D. 1.2.2.40, llama erróneamente Paulo Verginio) y Quinto Elio Tuberon, el Viejo, cónsul en 118 a.C. Contemporáneos fueron también Quinto Mucio Escévola, el Augur, cónsul en 117 a.C., el excelente jurista Sexto Pompeyo (Cicerón, *Brutus* 47.175), Celio Antípato, más orador e historiador que propiamente jurista, y su discípulo, ya mencionado, L. Licinio Craso, cónsul en 95 a.C., famoso orador y elocuente jurista (Cicerón, *Brutus* 39.145).

Dos son las principales características de los juristas republicanos, a saber: su *auctoritas* personal y su mencionada helenización. En efecto, a diferencia de los juristas modernos, acostumbra-

dos a emitir dictámenes y dictar sentencias prolijas, cuyo valor deriva más de la propia argumentación que de su personal autoridad, en la jurisprudencia republicana el *responsum*, es decir, la respuesta al caso concreto que se plantea, no estaba motivado pues su valor residía precisamente en la autoridad del que lo profería. Cuenta Cicerón (*De oratore* 56. 239-240), por boca del orador Marco Antonio, cónsul en 99 a.C., que, en cierta ocasión, un campesino se acercó a Licinio Craso Muciano para consultarle un caso y que éste le respondió según la verdad y no sus intereses («*verum magis quam ad suam rem accomodatam*»). Entristecido el campesino, se lo comentó al orador Galba, que le dio la razón. Habiendo intentado éste convencer a Licinio Craso de que el campesino tenía razón, Craso se apoyó en la autoridad (*ad auctores confugisse*) de su hermano Publio Mucio y de Sexto Elio Peto alegando que ellos mantenían el mismo criterio.

En muchos de estos juristas republicanos se advierte una cuidada educación helenística tan propia de la culta aristocracia romana, a la que normalmente pertenecían. En efecto, durante este período, la jurisprudencia romana se «helenizó» plenamente. Tanto es así que Fritz Schulz denomina esta época: «*The Hellenistic period of Roman Jurisprudence*» (*History of Roman Legal Science*, 2ª ed., 1953, pág. 38). Considera Schulz (págs. 38 s.) que la influencia helenista fue extraordinariamente importante por hallarse en-

tonces la jurisprudencia romana lo suficientemente madura para ser estimulada por la filosofía griega pero también para no ser desnaturalizada por ella: «*Roman legal science contained in itself great potentialities, but to release them and bring them into activity there was needed the solvent energy of Greek forms*».

Con razón, observa Franz Wieacker (*Römische Rechtsgeschichte* I, 1988, pág. 639) que, si bien la jurisprudencia romana utilizó métodos para la formación de conceptos jurídicos o de clasificación propios de la filosofía política o jurídica, la ontología, la retórica o la gramática griegas, no puede hablarse propiamente de una repentina transformación, por este camino nuevo, de la jurisprudencia romana en un *ars iuris* dialéctico.

De las tres artes, gramática, retórica y dialéctica, fue la retórica la que se introdujo en el foro romano, creando el oficio de abogado no jurista, en el que brilló Cicerón, interesado más por los *facta* que por el *ius*. Los jurisprudentes, en cambio, se vieron más atraídos por el método dialéctico de división por géneros, excelentemente descrito por Platón en su diálogo sobre *El sofista* (253 d-e), de ca. 365 a.C., por boca del extranjero de Elea. **Consistía la dialéctica en un método** conducente a la obtención de un orden coherente de conocimientos. En primer lugar, se distinguían (*diαιρεσεις, differentia*) géneros (y entre éstos, especies) del conjunto de conocimientos o

de cosas objeto de estudio; en un segundo momento, por inducción o analogía, se extraía la *regula* (o canon, en griego) aplicable a cada género o especie e incluso una definición del concepto para finalmente clasificarlos lógicamente conforme a un orden racional. En efecto, los juristas romanos incorporaron la técnica divisoria del *genus* y *species* para hallar la mejor solución a cuestiones relativas a instituciones singulares, aunque lejos todavía de los proyectos ciceronianos –el gran helenista del atardecer republicano– recogidos en su diálogo *De oratore* (1.41.185-1.42.191), a fin de conseguir la perfección en el arte de la jurisprudencia (*De oratore* 1.42.190: «*perfectam artem iuris civilis habebitis...*»). De los juristas de esta época, tanto Publio Rutilio (*De officiis* 3.2.10) y Tuberón, el Viejo (Cicerón, *De oratore* 3.23.87, *Tusculanae* 4.2) como Quinto Mucio Escévola, el Augur (Cicerón, *De oratore* 1.11.45; 1.17.75), tuvieron como maestro a Paneccio, cuyas doctrinas fueron determinantes en la preparación cultural del Principado.

Influencia helenista, por su singular conocimiento de la dialéctica, recibió quien quizá fuera el jurista más importante de la *res publica*: Quinto Mucio Escévola, el Pontífice. Utilizando esta técnica de la «*diairesis*», individuó, por ejemplo, entre otros, los *genera tutelae* (Gayo 1.188) y los *genera possessionum* (Paulo, D. 41.2.3.23). Pero además –y esto es realmente lo meritorio– a él atribuye Pomponio la primera ordenación del



Derecho, inspirado en el método de la dialéctica, en dieciocho libros (D. 1.2.2.41: «... *ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*»), conforme a la siguiente clasificación: herencia (testamento y sucesión intestada); personas (matrimonio, tutela, *statuliberi*, *patria potestas*, *dominica potestas*, *liberti*, apéndice: *procurator* y *negotiorum gestio*); cosas (posesión y usucapión; no uso y *libertatis usucapio*), y obligaciones (*ex contractu* y *ex delicto*) (cfr. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., 1953, pág. 95). La importancia teórica y práctica de esta obra (*De iure civili libri XVIII*, *Palingenesia* I. cols. 757-762), decisiva para la posterior ordenación sabiniana, lo evidencia el hecho de que fuera extensamente comentada, hasta en el siglo II d.C., por juristas como Lelio Félix (*Ad Q. Mucium*, *Palingenesia* I, cols. 557-558), Gayo y Sexto Pomponio (*Ad Q. Mucium libri XXXIX*, *Palingenesia* II, cols. 60-79), obra esta fundamental para la reconstrucción del orden muciano. Atribúyese también a Quinto Mucio un *liber singularis definitionum*, intitulado en griego, del que el Digesto nos ha conservado algunos fragmentos (D. 41.1.64; D. 43.20.8; D. 50.16.241; D. 50.17.73). La alta creatividad de este jurista, que «*non rimase prigioniero della tradizione civilistica più antica*» (M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed., 1982, págs. 108 s.), se manifiesta, por citar algún ejemplo, en la invención de la caución a la que dio nombre (*cautio Muciana*), para resolver

el problema de la adquisición de legados sometidos a condición negativa (Juliano, D. 35.1.106; Gayo, D. 35.1.18), y de la presunción Muciana, conforme a la cual todo lo que recibió la mujer procede del marido (aunque no llamada así por las fuentes; cfr. Pomponio, D. 24.1.51 pr. y CJ. 5.16.6.1, del 229).

Muchos fueron los discípulos de Quinto Mucio Escévola, el Pontífice. Gozaron de especial *auctoritas* Aquilio Galo –a quien se debe la *stipulatio Aquiliana* (Inst. 3.29.2; Florentino, D. 46.4.18.1), la acción de dolo, quizá como pretor peregrino el 66 a.C., y los *postumi Aquiliani* (Escévola. D. 28.2.29 pr.)– Volcacio, Lucilio Balbo, Cayo Juvencio y probablemente Cornelio Máximo (F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I, 1988, pág. 615), maestro de Trebacio Testa (Pomponio, D. 1.2.2.45, y Cicerón, *Ad familiares* 7.8.2; y 7.17.3).

Rival de Quinto Mucio, con quien polemizó en su obra *Reprehensa Scaevolae capita* o *Notata Mucii*, y discípulo de Lucilio Balbo (*institutus*) pero principalmente (*instructus autem maxime*) de Aquilio Galo (Pomponio, D. 1.2.2.43), fue Servio Sulpicio Rufo (ca. 105-43 a.C.), el jurista republicano más importante de la generación siguiente a Mucio. Pretor el año 65 a.C. y cónsul en 51 a.C., su buen amigo Cicerón, con quien estudió oratoria en la escuela de Molón de Rodas (Cicerón, *Brutus* 41.151), lo tiene –opinión que debe

tomarse con muchas reservas por lo dicho hasta ahora— por auténtico fundador de la dialéctica jurídica (*Brutus* 42.153). Dedicado al Derecho ya a edad tardía, a causa de la fuerte reprensión de Quinto Mucio precisamente por ignorar el Derecho (D. 1.2.2.43: «*et ita obiurgatum esse a Quinto Mucio*»), dejó sin embargo muchos discípulos (Pomponio, D. 1.2.2.44: «*ab hoc plurimi profecerunt*»), cuyas obras fueron ordenadas por Aufidio Namusa en ciento cuarenta libros. Junto a éste, Pomponio menciona a nueve *auditores Servii*: Alfenio Varo, Aulo Ofilio, Tito Cesio, Aufidio Tuca, Flavio Prisco, Cayo Ateyo, Pacuvio Antistio Labeón (padre de Marco Antistio Labeón), Cayo Cinna y Publicio Gelio. De éstos, Alfenio Varo, cónsul *suffectus* el año 39 a.C., y Aulo Ofilio, amigo de César (*familiarissimus Caesari*) y maestro de Tuberón el Joven, fueron los que contaron con mayor autoridad (*plurimum auctoritatis*), en opinión de Pomponio (D. 1.2.2.44).

Entre los ciento ochenta libros que dejó escritos Servio (Pomponio, D. 1.2.2.43), se halla un breve comentario al edicto del pretor, que dedicó a Bruto (Pomponio, D. 1.2.2.44: «*Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*»). Desgraciadamente, no se nos ha conservado ningún fragmento de él. En efecto, fue el edicto de los magistrados, muy particularmente el del pretor —«*Masterpiece of Republican Jurisprudence*» (F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., 1953, pág. 127)—, sin

duda, el instrumento que permitió a la jurisprudencia republicana compatibilizar la deseada innovación con un exquisito respeto a la tradición del *ius civile*. Elaborado cada año, con la ayuda de los juristas, por el pretor correspondiente a partir de los edictos anteriores, servía esta *lex annua* –así la denomina Cicerón (II *In Verrem* 1.42.109)– para completar y, en su caso, rectificar, el *ius civile*. Fue precisamente el año 67 a.C. –es decir, dos años antes de la pretura de Servio Sulpicio Rufo– cuando se promulgó la *Lex Cornelia de edictis praetorum* o *de iurisdictione*. Este plebiscito obligó a los pretores –lo que no había sucedido hasta ese momento– a quedar jurídicamente vinculados por sus propios edictos: «*ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*» (Asconio, *Pro Cornelio de maiestate* 52; cfr. también Dion Casio, 36.40.1). Con esta personal vinculación magistradual, el edicto pasó a tener una importancia mayor y a constituir la principal fuente jurídica de potestad, pues las leyes públicas que trataron cuestiones jurídicas fueron muy pocas. A su vez, cumplió una función principalísima en la consolidación del proceso civil *per formulas*, que permitió un desarrollo cabal de la jurisprudencia.

### 3. EL APOGEO DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA

El máximo esplendor de la jurisprudencia romana coincidió con el «Principado» instaurado por Octavio (63 a.C.–14 d.C.), el año 27 a.C., cua-

tro años después de la victoria en *Actium* contra Marco Antonio (ca. 83-31 a.C.), y se prolongó hasta el final de la dinastía severiana, en 235 d.C. Como símbolo del fin de la jurisprudencia clásica se puede destacar el asesinato del último gran jurista clásico, Domicio Ulpiano, quizá el año 223, a consecuencia de una conjuración de la guardia pretoriana que no pudo ser controlada por el emperador Alejandro Severo (222-235).

La instauración del Principado, al desvirtuar *a radice* la fórmula *SPQR*, no dejó de afectar también a las fuentes de producción del Derecho. En efecto, sabemos por Pomponio (D. 1.2.2.49) que, para que el Derecho tuviera una mayor autoridad («*ut maior iuris auctoritas haberetur*»), Augusto dispuso que los juristas pudieran responder *ex auctoritate Principis* siempre y cuando así les fuere concedido (*pro beneficio*). Es posible que, en contra de lo que se ha dicho, Augusto pretendiera con esta medida menos el control de la misma jurisprudencia que la selectiva protección con su *auctoritas* de unos cuantos juristas insignes a los que poder involucrar en la causa del Principado. En época augusta, sin embargo, no llegó a funcionar organizadamente este beneficio imperial sino que hubo que esperar a Tiberio (42 a.C.– 37 d.C.), que concedió el *ius respondendi* por vez primera al jurista Masurio Sabino (D. 1.2.2.48 y 50), quien dio nombre a una de las más importantes escuelas jurídicas.

En efecto, a comienzos del Principado, surgieron dos corrientes jurisprudenciales, llamadas escuelas o *sectae* (Pomponio, D. 1.2.2.47), formadas, una, por «mucianos» (partidarios de las doctrinas de Quinto Mucio Escévola), y, otra, por «servianos» (que sintonizaban más con las de Servio Sulpicio Rufo). La primera fue denominada «Sabiniana», en honor a Masurio Sabino, o «Casiana» –por Casio Longino– y la segunda, «Serviana» o «Proculeyana», por Próculo.

Pomponio (D. 1.2.2.47) atribuye el nacimiento de ambas escuelas a la rivalidad entre Ateyo Capitón –discípulo de Ofilio, que gozó del favor del príncipe–, y Antistio Labeón –discípulo de Trebacio Testa–, fiel defensor de las ideas republicanas. Tácito nos cuenta (*Annales* 3.75), a propósito de la muerte de Capitón († 22 d.C.), que el servilismo y la sumisión de éste lo aproximaba a los gobernantes (*Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur*) y le permitió alcanzar el consulado, como *suffectus*, en 5 d.C. Labeón, en cambio, brillaba por su espíritu de libertad incorruptible, lo que le hizo más famoso (*sed Labeo, incorrupta libertate et ob id fama celebratior*), a pesar de haber rechazado la más alta magistratura, como su maestro Trebacio Testa y Aulo Cascelio. Capitón calificaba esta libertad de espíritu labeoniana como nimia e insensata (*nimia atque vecors*), pues le impedía tener en consideración aquellas nuevas disposiciones de Augusto, Príncipe y dominador de la república (*iam principe et*

*rem publicam obtinente*), por no haber sido sancionadas conforme a los más auténticos usos republicanos (Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 13.12.2).

Plinio el Joven refiere, sin embargo, que el verdadero fundador de la escuela Casiana no fue Capitón –de hecho no se llamó nunca «Escuela Capitoniana»–, sino el propio Casio Longino (*Epistulae* 7.24.8: «... *qui Cassianae scholae princeps et parens fuit*»), discípulo de Masurio Sabino (Paulo, D. 4.8.19.2), A ella pertenecieron juristas como Celio Sabino, Javoleno Prisco, Aburnio Valente, Tusciano, el gran Salvio Juliano o Gayo, famoso por sus *Institutiones*. También pertenecieron insignes juristas a la escuela Proculyana, como Nerva padre, que sucedió a Labeón en la dirección de la escuela (Pomponio, D. 1.2.2.48), el mismo Próculo, discípulo de Nerva padre, Nerva hijo, Pegaso –contemporáneo y rival del sabiniano Celio Sabino–, los Celso (padre e hijo) o Neracio Prisco.

Si bien entre ambas escuelas debieron de existir ciertas *dissenssiones* –de las que trata especialmente Gayo, más afín a los sabinianos, en sus *Institutiones* (2.79, a propósito de la especificación; 2.123, de la preterición; 2.193-195 y 200, del legado vindicatorio; 2.216-217 y 221, del prelegado; 3.140-141, del precio de la compraventa; 3.168, de la *datio in solutum*), pero también Pomponio (D. 30.26.2, en tema de legado de partición)–, lo cierto es que la pertenencia a una u

otra era más una cuestión de sintonía personal con el maestro que de opción por una metodología o ideología. Así, en dos juristas contemporáneos y pertenecientes a la escuela Proculeyana, como son Celso hijo y Neracio Prisco, hallamos talentos completamente diferentes: el del primero, práctico e innovador, y el del segundo, más teórico y conservador (cfr. Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §44).

La rivalidad entre ambas escuelas se superó en época del emperador Adriano, pues, a partir de entonces, fue el nuevo por tecnificado *consilium Principis*, y no las escuelas, el que marcó la pauta en la elaboración y reflexión jurídica, y muy particularmente el jurista Salvio Juliano, discípulo de Javoleno Prisco y quizá último corifeo de los sabinianos, con quien se cierra el citado *enchiridion* de Pomponio (D. 1.2.2.53). El emperador Adriano encargó a este doctísimo jurista, de estilo claro y sencillo, una redacción definitiva del edicto *de iurisdictione*, que fue aprobada por senadoconsulto (cfr. *Constitución Tanta* §18: «*et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est...*»). A partir de ese momento, el edicto, principal fuente de potestad en la producción del Derecho, capaz de armonizar el *ius civile* con el llamado *ius honorarium*, pasó a ser un libro de autoridad. La nueva fuente del Derecho impulsada, a cambio, por Adriano, fueron los rescriptos, emanados de su propia cancillería imperial. En efecto, eran aqué-



llos las respuestas de ésta, siguiendo la tradición plurisecular de los *responsa*, a las consultas elevadas al Príncipe, a través de la secretaría imperial *a libellis*, suscritas en las propias instancias presentadas por los peticionarios. Los rescriptos fueron la fuente viva del *ius* hasta Diocleciano (284-305 d.C.), éste incluido, especialmente en provincias, y junto a los discursos imperiales ante un senado deseoso de aclamar la voluntad del Príncipe (*orationes Principis*), configuraron el llamado *ius novum*.

Contemporáneo de Juliano fue Celso, cónsul por segunda vez el año 129 d.C. (Ulpiano, D. 5.3.20.6). De estilo sobrio y elegante, a él debemos la mencionada definición del Derecho como *ars boni et aequi* (Celso-Ulpiano, D. 1.1.1 pr.), así como las todavía hoy famosas reglas de interpretación de las leyes, extraídas de sus *digesta*, de que conocer las leyes no es sólo entender sus palabras sino su sentido y su finalidad –«*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*» (D. 1.3.17)– y que éstas han de interpretarse en el sentido más benigno: «*benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*» (D. 1.3.18).

El estilo casuístico de esta época continúa con Sexto Cecilio Africano. De origen africano, como señala su *cognomen*, igual que su maestro Salvio Juliano, cuyo pensamiento difundió profusamente, dejó escritos, entre otros, nueve libros de

*quaestiones*, que fueron muy aprovechados por los compiladores justinianeos. Algo más joven que Juliano y contemporáneo de Africano, fue Sexto Pomponio, célebre por su citado *enchiridion*, quien dejó escritas más de 300 obras, de las que se nos han conservado 861 fragmentos.

Mención especial merece Gayo. Sólo conocido por el *praenomen* y nunca citado por los juristas clásicos, se ha pretendido desacertadamente identificarlo con Gayo Casio Longino. Simpatizante de la escuela Sabiniana (*Instituciones* 1.196; 2.195; 4.79: «*Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores*»), su nombre fue prestigiado en época posclásica por ser uno de los cinco juristas mencionados en la famosa Ley de Citas (*vid. infra*) y por el especial afecto que le profesa Justiniano, quien lo llama en dos ocasiones *Gaius noster* (constitución *Omnem* 6; Inst. 4.18.5). Tenido por un «pre-posclásico» (Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §52) –pues anticipa en parte la época posclásica–, sus «Instituciones» constituyen una de las obras jurídicas más influyentes de todos los tiempos por dos razones, a saber: en primer lugar, porque, al haber sido halladas, en 1816, en el palimpsesto de Verona, no presentan las alteraciones de otros textos jurisprudenciales seleccionados en el Digesto, por lo que nos ofrecen una información incomparable sobre el Derecho romano clásico, especialmente en tema de procedimiento, que se remonta incluso a época arcaica. En segundo lugar, porque

al estar basadas las Instituciones de Justiniano en las de Gayo, comenzando por la distinción sistemática entre personas, cosas y acciones, así como la clasificación de las fuentes de las obligaciones, el sistema gayano ha tenido una influencia definitiva en el Derecho europeo a través de la recepción del Derecho justiniano.

Contemporáneo de Gayo, Pomponio y Africano fue, entre otros, P. Pactumeyo Clemente, *consul suffectus* en 138 d.C. y miembro del *consilium* de Antonino Pío. Sabemos por Capitolino (*Vita Pii* 12.1) que formaban parte de este consejo Vindio Vero, Salvio Valente, Volusio Meciano y Ulpio Marcelo. Este último, algo mayor en edad, perteneció también al *consilium* de Marco Aurelio (Marcelo, D. 28.4.3) y dejó escritos, entre otras obras, treinta y un libros de digestos (*Palingenesia* I, cols. 589-632), de los que se nos han conservado 267 fragmentos.

Consejero directísimo de Marco Aurelio (Flavio Vopisco Siracusano, *Vita Marci* 11.10: «*usus autem est Scaevola praecipue iuris perito*») y agudo jurista fue Cervidio Escévola, maestro de Julio Paulo y de Claudio Trifonino, quienes lo llamaron *Scaevola noster* (Paulo, D. 3.5.18 [19].1 y Trifonino, D. 20.5.12.1; D. 49.17.19 pr.). Estos dos discípulos pertenecen a la última generación de juristas clásicos, ya en época severiana, en la que la jurisprudencia perdió la frescura y la creatividad de los dos siglos anteriores. Con todo, será

en esta etapa epigonal cuando florecerán las doctrinas del jurista romano más famoso de todos, Emilio Papiniano, amigo personal del emperador Septimio Severo (Esparciano, *Vita Caracallae* 8.2), del que llegó a ser su *praefectus praetorio*. Su aguda y profunda inteligencia, su fina sensibilidad ética (Papiniano, D. 28.7.15: «*nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*»), su estilo oscuro, sobrio y arcaizante, unido a su honestidad –que le costó la vida por no haber consentido en el fratricidio de Geta por Caracala (Esparciano, *Vita Caracallae* 8: «*non tam facile parricidium excusari posse quam fieri*»–), lo situaron durante siglos en la cumbre de la jurisprudencia romana. El emperador Justiniano (CJ. 6.42.30, del 529) lo califica como «*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*».

Asesores de Papiniano, en su época de prefecto pretorio, fueron Paulo y Ulpiano. Aunque sea éste más conocido (casi un tercio del Digesto está tomado de sus obras), la lectura contrastada, por ejemplo, de sendos comentarios *ad edictum* nos hace pensar en la superioridad de aquél, más original y profundo. La confianza que tenía en su propio criterio jurídico le llevó a desautorizar la opinión de su jefe Papiniano –quien no admitía excusa finalizado el cargo (*officio finito excusationem recipi non oportere*)–, por conside-

rarla injusta: «*sed mihi hoc nequaquam placet: ini-  
quum enim est...*» (Paulo, D. 23.2.60.4).

Jurista que hace de puente entre lo clásico y lo posclásico fue Herennio Modestino. En su monografía *De excusationibus*, califica a Cervidio Escévola, Paulo y su maestro Ulpiano como «príncipes de los juristas» (D. 27.1.13.2) dando así por culminado el período de máxima creatividad jurisprudencial. Todavía es mencionado en un rescripto del emperador Gordiano III (CJ. 3.42.5), del 10 de febrero de 239, como jurista de no desdeñable autoridad («*a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*»), pero su dogmática tendencia sistematizadora y su profunda helenización (escribió parte de sus obras en griego) lo delatan ya como un posclásico.

#### 4. LA LITERATURA JURÍDICA CLÁSICA

La jurisprudencia clásica logró altas cotas de perfección doctrinal y creatividad, pero no una ordenación sistemática precisa. La pasión magisterial de los juristas –Labeón dedicaba seis meses a la enseñanza en Roma (Pomponio, D. 1.2.2.47)– dejó una literatura jurídica fecunda y variada, que se concreta en extensos comentarios a leyes, **senadoconsultos**, edictos, obras de **casuismo** jurídico, colecciones de fórmulas, monografías y otras obras de literatura isagógica, así como libros de reglas, definiciones, sentencias y opiniones.

Gran parte de esta literatura nos resulta fácilmente accesible gracias al esfuerzo de Otto Lenel por reordenar por autores en su mencionada *Palingenesia Iuris Civilis* (2 vols., 1889, reimpr. con un suplemento de L. Sierl, 1960, reimpr. 2000) los fragmentos jurisprudenciales que conocemos principalmente por el Digesto de Justiniano.

Entre los libros de comentarios, se pueden destacar los relativos *ad edictum praetorum*, *ad edictum aedilium curulium* y al enigmático *edictum provinciale*. Junto a los ya mencionados de Servio Sulpicio Rufo (*Palingenesia* II, cols. 322 s.) y Ofilio (*Palingenesia* I, cols. 795 ss.), comentaron el edicto, entre otros, Labeón (*Ad edictum praetoris peregrini*, *Palingenesia* I, col. 501, y *Ad edictum praetoris urbani*, *Palingenesia* I, col. 502), Masurio Sabino (*Ad edictum praetoris urbani*, *Palingenesia* II, col. 187); Pomponio (*Palingenesia* II, cols. 15 ss.), Gayo (*Ad edictum praetoris urbani*, *Palingenesia* I, cols. 182 ss.; *Ad edictum provinciale libri XXXII*, *Palingenesia* I, cols. 189 ss.), Paulo (*Ad edictum libri LXXX*, *Palingenesia* I, cols. 966 ss.), Ulpiano (*Ad edictum libri LXXXIII*, *Palingenesia* II, cols. 421 ss.) y Calístrato (*Ad edictum monitorium libri VI*, *Palingenesia* I, cols. 94 ss.). A través de los comentarios edictales, especialmente los de Ulpiano, Paulo y Gayo (*ad edictum provinciale*), así como los *digesta* de Juliano, ajustados al orden edictal, se han elaborado distintas reconstrucciones del Edicto Perpetuo de Juliano, que no se nos ha conservado. La más genial fue la

de Adolf Friedrich Rudorff (1869; reimpr. 1997); la más completa, aunque todavía lejos de ser definitiva, la de Otto Lenel (3ª ed., 1927; reimpr. 1985).

Fueron también, como he dicho, objeto de comentario algunas leyes y senadoconsultos: por ejemplo, la Ley de las XII Tablas, de la que se ocuparon Labeón (*Ad duodecim Tabulas, Palingenesia* I, col. 501) y Gayo (*Ad legem duodecim Tabularum libri VI, Palingenesia* I, cols. 242 ss.). Este enigmático jurista escribió también un comentario *Ad legem Iuliam et Papiam libri XV (Palingenesia* I, cols. 246 ss.), un *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum (Palingenesia* I, col. 261), de época de Adriano, y otro *Ad senatus consultum Orfitianum (Palingenesia* I, col. 261), del 178 d.C. Paulo, por su parte, redactó un comentario *Ad legem Cinciam*, del 204 a.C. (*Palingenesia* I, col. 1121), otro *Ad legem Falcidiam*, del 40 a.C. (*Palingenesia* I, cols. 1121 ss.), y otro a la ley *Aelia Sentia* sobre manumisiones, del 4 d.C. (*Palingenesia* I, col. 1120 ss.).

Los comentarios a obras jurídicas precedentes elaboradas por juristas de gran *auctoritas* fueron, en general, muy apreciados por cuanto armonizaban un exquisito respeto a la tradición con «*le esigenze di adeguamento dei principi antichi ai novi tempi ed alla nuove visuali*» (A. Guarino, *Storia del Diritto romano*, 12ª ed., 1998, §218). Así los ya mencionados comentarios a la obra de Quinto

Mucio Escévola, el Pontífice; los comentarios a los tres *libri iuris civilis* de Masurio Sabino elaborados, entre otros, por Pomponio (*Ad Sabinum libri XXXVI, Palingenesia II*, cols. 86 ss.), Paulo (*Ad Masurium Sabinum libri XVI, Palingenesia I*, cols. 1251 ss.) y Ulpiano (*Ad Masurium Sabinum libri LI, Palingenesia II*, cols. 1019 ss.); los comentarios de Javoleno a la obra de Casio (*Ex Cassio libri XV, Palingenesia I*, cols. 277 ss.) o los de Paulo a la de Neracio Prisco (*Ad Neratium libri IV, Palingenesia I*, cols. 1140 ss.).

A este mismo género de los comentarios pertenecen las *notae* que distintos juristas escribieron, especialmente en los siglos II y III, a importantes obras jurídicas anteriores. Así, por ejemplo, sabemos que Cervidio Escévola escribió unas *Notae ad Iuliani Digesta* (Escévola, D. 2.14.54; D. 18.6.11) y otras a los *Digesta* de Marcelo (Ulpiano, D. 23.3.12.1; Ulpiano, D. 24.1.11.6, Fragmentos Vaticanos 82); y que, a su vez, los *digestos* y los *libri responsorum* de este jurista fueron «anotados» por el jurista de origen griego Claudio Trifonino. En muchos casos, las anotaciones servían para expresar opiniones contrarias. Así, por ejemplo, Ulpiano, en el libro quinto de su comentario edictal, recogido en D. 5.1.16, refiere la censura de ciertos juristas en sus anotaciones hacia la opinión de Juliano, de que se puede entablar acción contra el heredero del juez que prevaricó: «*quae sententia vera non est et a multis notata est*».



La obra casuística fue realizada tantas veces por los propios discípulos de los grandes juristas. En ocasiones, sólo eran libros de *responsa* ordenados conforme al «desordenado» orden edictal —así ironizaba Theodor Mommsen (*Gesammelte Schriften* I, 1904, pág. 164: «*diese Ordnung oder Unordnung ist die des julianischen Edicts*»)—; otras veces se trataba de libros que recogían *quaestiones* o *disputationes*, es decir, casos imaginarios para el aprendizaje de los *auditores*. Estos libros, llamados problemáticos, son abundantísimos. A modo de ejemplo, se pueden mencionar algunos de los que conservamos más fragmentos, como las citadas *Quaestiones* de Africano (*Palingenesia* I, cols. 2 ss.), los XX libros de *Quaestiones* de Cervidio Escévola (*Palingenesia* II, cols. 271 ss.), así como sus seis libros de *responsa* (*Palingenesia* II, cols. 287 ss.); los XXXVIII libros de *Quaestiones* (*Palingenesia* I, cols. 813 ss.) los XIX *Responsorum libri* de Papiniano (*Palingenesia* I, cols. 881 ss.); las *Quaestiones* de Paulo, en XXVI libros (*Palingenesia* I, cols. 1181 ss.), así como sus XXIII *Responsorum libri* (*Palingenesia* I, cols. 1223 ss.). A este género casuístico pertenecían también los llamados «digestos» (materias ordenadas), que, siguiendo el esquema edictal, combinaban *responsa* y *quaestiones* con comentarios tanto de Derecho civil como de Derecho penal, militar, etc. Escribieron *digesta*, entre otros, Alfeno (*Digestorum libri* XL, *Palingenesia* I, col. 37), Celso (*Digestorum libri* XXXIX, *Palingenesia*

I, cols. 127 ss.), Marcelo (*Digestorum libri XXXI, Palingenesia I*, cols. 589 ss.) y Cervidio Escévola (*Digestorum libri XL, Palingenesia I*, col. 215 ss.). Pero quizá los más importantes fueron los digestos de Salvio Juliano (*Digestorum libri XC, Palingenesia I*, cols. 318 ss.), considerados como una de las obras más importantes de la literatura jurídica romana.

Fue también abundante la literatura isagógica. En efecto, a partir de Adriano se hicieron necesarias obras elementales para la formación de los nuevos funcionarios. Entre ellas, se pueden destacar las ya mencionadas *Institutiones* de Gayo y las de Florentino (citadas todavía tres siglos después en los *Scholia Sinaitica* 13.35, *Fontes Iuris Romani Anteustiniani*, en adelante *FIRA*, II. *Auctores*, 2ª ed., 1964, pág. 647), ambas del siglo II, así como las posteriores, ya en el siglo III, de Calístrato, jurista probablemente de origen griego, y Elio Marciano, quizá funcionario de la cancillería imperial en época de Caracala y Alejandro Severo.

Una finalidad cercana a la isagógica de las *Institutiones* cumplieron también los libros de principios abstractos, es decir, de *regulae* o definiciones (siempre «peligrosas» en Derecho civil; Javoleno, D. 50.17.202), los de *sententiae* (colecciones de disposiciones jurídicas en forma de máxima), opiniones y *differentiae* (conforme al método helenístico de contraposición de concep-

tos análogos). A modo de ejemplo, se pueden mencionar los *Regularum libri XV*, de Neracio Prisco (*Palingenesia* I, cols. 774 ss.), el *liber singularis Regularum*, de Pomponio (*Palingenesia* II, cols. 85 s.), el *liber singularis regularum* (*Palingenesia* I, col. 251) y los tres libros de reglas de Gayo (*Palingenesia* I, col. 251), los dos libros de definiciones de Papiniano (*Palingenesia* I, cols. 809 ss.), los seis libros de opiniones de Ulpiano (*Palingenesia* II, cols. 1001 ss.), o los nueve libros de *differentiae* de Modestino, a caballo, como se ha dicho, con la época posclásica (*Palingenesia* I, cols. 701 ss.), así como su *De differentia dotis liber singularis* (*Palingenesia* I, col. 701), del que sólo conservamos un fragmento en el Digesto (D. 23.3.13).

Como último tipo de literatura clásica se pueden mencionar las monografías y los libros de instrucción para algunas magistraturas. Las monografías comprendían los temas más variados sobre personas (*De manumissionibus libri III*, de Gayo, *Palingenesia* I, col. 250 s.; *De iure patronatus liber singularis*, de Paulo, *Palingenesia* I, col. 1118); herencia (Aburnio Valente, *De fideicommissis libri VII*, *Palingenesia* II, cols. 1202 ss.; Paulo, *Ad regulam Catonianam liber singularis*, *Palingenesia* I, col. 1221); obligaciones (Gayo, *De verborum obligationibus libri III*, *Palingenesia* I, cols. 261 ss.; Venuleyo, *De stipulationibus libri XIX*, *Palingenesia* II, cols. 1218 ss.), procedimiento (Venuleyo, *De interdicitis libri VI*, *Palingenesia* II, cols. 1210 ss.; Ca-

lístrato, *De cognitionibus libri VI, Palingenesia I*, cols. 81 ss.), Derecho criminal (Macro, *De iudiciis publicis libri II, Palingenesia I*, cols. 565 ss.; Paulo, *De poenis paganorum liber singularis, Palingenesia I*, col. 1178), fiscal (Calístrato, *De iure fisci et populi libri IV, Palingenesia I*, cols. 97 ss.); o militar (libros *de re militari* escribieron Tarrutenio Paterno, *Palingenesia II*, cols. 335 ss.; Arrio Menandro, *Palingenesia I*, cols. 695 ss. y Emilio Macro, *Palingenesia I*, cols. 573 s.).

Los libros de instrucción a los magistrados fueron escritos en época severiana, con un fin próximo ya al de las constituciones imperiales que recogen. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los libros de Paulo, *De officio adsectorum (Palingenesia I*, col. 1143), *De officio praefecti urbis (Palingenesia I*, col. 1143), *De officio praefecti vigilum (Palingenesia I*, col. 1144), *De officio praetoris tutelaris (Palingenesia I*, col. 1145); *De officio proconsulis (Palingenesia I*, col. 1145).

## 5. LA JURISPRUDENCIA POSCLÁSICA

El último período de la jurisprudencia romana –llamado posclásico– comprende desde el final de la dinastía de los Severos y comienzo de la anarquía militar (235 d.C.) hasta la compilación de Justiniano, en torno al 530. Ni la división del imperio de Oriente y Occidente consumada definitivamente tras la muerte del emperador Teodosio I, en el año 395, ni la caída de Roma el año

476 en manos de Odoacro, rey de los Hérulos, alteraron la esencia de la ciencia jurídica posclásica, marcada por «*the complete victory of bureaucracy*» (F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., 1953, pág. 263). Esta burocratización, sinónimo a todas luces de decadencia jurídica, sí que produjo una profunda transformación de la ciencia jurídica, en términos equiparables a la reciente ocasionada por el positivismo legalista como culminación del Estado de Derecho. En efecto, los ya lejanos independientes juristas republicanos que pronunciaban sus tan sencillos y solemnes *responsa* en servicio de jueces, magistrados y particulares, y que, con el tiempo, pasaron a constituir el *consilium Principis* de un Adriano, un Marco Aurelio o de los mismos Severos, se convirtieron en simples funcionarios a las órdenes de emperadores guerreros muy poco interesados por las cuestiones jurídicas, consideradas un límite de su potestad imperial. Por lo demás, a partir del emperador Constantino (306-337 d.C.) desaparecieron los rescriptos como fuente del Derecho por lo que la ley imperial se erigió en única fuente del Derecho.

Representantes de esta época posclásica son Hermogeniano y Arcadio Carisio. Al primero se atribuye una colección de rescriptos de los años 293 y 294, en un solo libro, continuadora de otra anterior de un tal Gregorio o Gregoriano (*Codex Gregorianus*), que compiló los rescriptos desde Adriano al 292, ya pertenecientes a Diocleciano.

Escribió también Hermogeniano un epítome en seis libros (cfr. D. Liebs, *Hermogenians Iuris Epitome*, 1964). Aurelio Arcadio Carisio, en el siglo IV, escribió tres libros: sobre los testigos, las cargas civiles y el prefecto pretorio.

La tendencia pragmática a la epitomación, que es junto al descuido de la forma y de las categorías conceptuales una clara manifestación del vulgarismo caracterizante de esta época (cfr. Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §57), se concretó en obras como las llamadas *Sentencias de Paulo*, atribuidas a este *vir prudentissimus* (así lo denomina Gordiano III en un rescripto a Valeria, del 239, recogido en CJ. 5.4.3), o el *Liber singularis regularum*, denominado también *Tituli ex corpore Ulpiani* o *Epitome Ulpiani* (FIRA, II, págs. 259 ss.), atribuido a Ulpiano. De distinta naturaleza, por fundir jurisprudencia y constituciones imperiales, aunque también formadas por estratos, son la *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* (FIRA, II, págs. 541 ss.), denominada *Lex Dei*, de época diocleciana, pero reelaborada en el siglo IV, que concatena textos romanos y mosaicos, y los *Fragmenta Vaticana* (FIRA, II, págs. 461 ss.), compilación también occidental, del IV o primer tercio del V, para uso de los juristas, descubierta por el Cardenal Mai, en 1821, en un palimpsesto de la Biblioteca Vaticana del siglo VIII (*codex Vat.* 5766). Posteriores son el *Libro siro-romano*, del siglo V (ed. G. Bruns y E. Sachau, 1880 reimpr. 1961; trad. latina de C. Ferrini, FIRA II,

págs. 751 ss.), conocido a través de algunas versiones posteriores en sirio, árabe y armenio (a este mismo entorno cultural pertenecen las 102 *Sententiae Syriacae*, del siglo VIII, editadas por Walter Selb, en 1990), y la llamada *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (FIRA II, págs. 591 ss.), quizá compilada en el Sur de las Galias a finales del siglo V o comienzos del VI.

Como en todo período de decadencia por falta de creatividad, comenzó a ser frecuente, al término de la época clásica, la presentación en juicio de rescriptos falsos. De ello tenemos noticia por un rescripto del emperador Alejandro Severo, del 227, a Máximo (CJ. 9.22.3[4]), pidiéndole mayor dureza en el castigo de los que se sirven de falsificaciones: *maiolem severitatem exigit, ut merita eorum qui falsis rescriptionibus utuntur digna poena coerceantur* (cfr. también Modestino, D. 48.10.33 y PS. 1.12.1, sobre la *lex Cornelia de falsis*). Constantino, por constitución imperial de 28 de septiembre de 321 (CTh. 1.4.1), a fin de acabar con la interminable controversia (*perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes*) sobre la autenticidad de las notas a Papiniano, que venían atribuyéndose a Paulo y Ulpiano, ordenó que éstas fuesen destruidas. Pocos años después permitió que se pudieran citar en juicio todas las obras de Paulo (CTh. 1.4.2, del 327: *universa, quae scriptura Pauli, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda*).

Había transcurrido un siglo cuando el empe-

rador de Occidente Valentiniano III promulgó una ley imperial el 7 de noviembre de 426 (CTh. 1.4.3) que redujo la posible consulta y utilización en juicio, tanto por jueces como por particulares, a las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino. En Oriente, sin embargo, esta medida se consideró excesiva, por lo que, cuando se incorporó esta ley al Código Teodosiano (del 438) –última compilación legal válida tanto para Oriente como Occidente– se reformó admitiendo la posibilidad de citar en juicio a aquellos juristas (prácticamente todos) que fueran a su vez mencionados por los cinco principales, siempre que se confirmase la autenticidad por el cotejo de códigos (*si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur*). La Ley de Citas perdió su vigencia con la promulgación de la edición del Código de Justiniano de 529 (todavía la mantuvo en el *Codex* de 529; cfr. P. Oxy. 1824, ed. B. Grenfell y A. Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri* XV, 1922, pág. 220).

## 6. LA COMPILACIÓN DE JUSTINIANO

La obra jurídica que más ha influido en la configuración de la cultura de Occidente es, sin duda, el denominado, a partir del siglo XVI, *Corpus Iuris Civilis*, es decir, la compilación de *leges* y *ius* promulgada por el emperador Justiniano I en torno al 529. Tanto es así, que este hito jurídico justifica por sí mismo la prolongación de esta importante etapa de la ciencia jurídica hasta



mediados del siglo VI, e incluso el inicio de la ciencia jurídica medieval con el redescubrimiento, en Pisa, el año 1050, de un manuscrito del Digesto justiniano del s. VI (la llamada *littera Pisana*, y en nuestros días, *Florentina*, por encontrarse en Florencia desde 1406).

Ambicioso, vigoroso y con talento, tras unos meses de gobierno con su tío Justino I, el 1 de agosto de 527, Flavio Justiniano tomó las riendas en solitario del Imperio Romano de Oriente. Fue deseo suyo recuperar la esplendorosa unidad política, religiosa y jurídica del *Imperium Romanum*. Para satisfacerlo, reconquistó parte del Imperio de Occidente (el norte de África, Italia y una parte del sur de España), construyó el templo mayor de la cristiandad en Constantinopla, como expresión de la unidad entre su Imperio y la Iglesia, y ordenó una compilación del *ius Romanorum*.

Esta impresionante obra jurídica, realizada en un tiempo, impensable para la época, inferior a los siete años (528 a 534 d.C.), fue posible gracias a la buena preparación clasicista de las dos más importantes escuelas jurídicas de Oriente –la de Berito y la de Constantinopla– y muy particularmente a la genialidad del jurista Triboniano, reconocida expresamente por el propio Justiniano, entre otras ocasiones, en la Constitución *Deo auctore*, núm. 3 sobre la constitución del Digesto, de 15 de diciembre de 530: «... *ad tuae sinceritatis optimum respeximus ministerium...*».

La compilación está compuesta de tres partes: unas *Institutiones*, en cuatro libros, inspiradas principalmente en las de Gayo; un «Digesto», es decir una «ordenación sistemática» de jurisprudencia clásica, también llamado, en griego, «Pandectas», y un *Codex* de legislación imperial, en doce libros, llamado *Codex Iustinianus*. A estas tres partes se agregaron ciento sesenta y ocho Novelas (nuevas leyes posteriores de Justiniano), redactadas casi todas ellas en griego, confirmando así la antigua profecía, del siglo III o IV, referida por el autor bizantino Juan Lido, *De magistratibus* 2.12 (ed. E. Bekker, págs. 177 s.), de que la ruina del Imperio romano vendría por el desplazamiento del latín por el griego.

Aunque éste sea el orden de edición, lo cierto es que en primer lugar se publicó el Código. Entre la constitución justiniana que ordenaba su elaboración –*Haec quae necessario*, de 13 de enero de 528– y la constitución *Summae rei publicae* de promulgación, de 7 de abril de 529, no habían transcurrido apenas quince meses. La comisión compiladora estuvo compuesta por los funcionarios Juan de Capadocia, que actuó de presidente, Leoncio, Focas, Basilides, Tomás, Triboniano, Constantino; Teófilo, profesor de Derecho de Constantinopla, y los abogados Dióscoro y Presentino (*Haec quae necessario* 1). Con todo, la fecunda actividad legislativa de Justiniano impuso la necesidad de elaborar una segunda edición del *Codex* (*codex repetitae praelectionis*), promul-

gado el 16 de noviembre de 534 y en vigor desde el 29 de diciembre (cfr. Constitución *Cordi* 4).

Los cuatro libros de las *Institutiones* («Instituta» en la tradición española) –divididas en personas, cosas y acciones como las *gayanas*– fueron elaborados por Triboniano, Teófilo y Doroteo, y se publicaron por la constitución *Imperatoriam*, de 21 de noviembre de 533. Tras su entrada en vigor, se convirtieron en el texto básico del primer curso de Derecho (Constitución *Omnem* 2) a fin de que «la inteligencia ruda del estudioso, alimentada con estas primeras nociones, pueda llegar con mayor facilidad al estudio de la jurisprudencia más elevada» (Constitución *Deo auctore* 11: «*ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam*»).

Mayor interés tiene el Digesto (o Digestos), que recoge una antología jurisprudencial por materias, especialmente pertenecientes a los juristas clásicos tardíos, conforme al orden del Edicto Perpetuo combinado con el del Código. Esta parte central de la obra justiniana fue encomendada a Triboniano, en esos momentos *quaestor sacri palatii*, en virtud de la Constitución *Deo auctore*, de 15 de diciembre de 530, sobre la concepción del Digesto. En ella, el Emperador le ordenó que, en cincuenta libros, a modo de fortaleza (*quasi quodam muro vallatum*), recopilara todo el Derecho antiguo, acumulado durante

cerca de mil quinientos años (*Deo auctore* 5) eliminando antinomias (*Deo auctore* 8) y repeticiones (*Deo auctore* 9) –cosa que no se logró siempre– y alterando los textos mediante interpolaciones –que fueron *multa et maxima* según afirma en la Constitución *Tanta* 10– para adecuarlos al Derecho entonces vigente. Triboniano gozó de una gran libertad en la elaboración de la comisión (Constitución *Deo auctore* 3: «*et iussimus, quos probaveris... ad sociandum laborem eligere*»), compuesta por él y dieciséis miembros, a saber: Teófilo, profesor de Constantinopla, y su colega Cratino; los profesores de Berito Doroteo y Anatolio; Constantino, ministro y canciller, así como once abogados: Esteban, Mena, Prosdocio, Eutolmio, Timoteo, Leónidas, Leoncio, Platón, Jacobo, otro Constantino y Juan (Constitución *Tanta* 9 = *Dedoken* 9). En contra de toda previsión, la obra fue realizada, gracias a las dotes organizativas de Triboniano, con una enorme rapidez, aunque no hay que descartar la posibilidad de que se contara ya, antes de que la comisión iniciara su labor recopiladora, con abundante material seleccionado. De los más de 9.000 fragmentos jurisprudenciales que contiene la compilación, extraídos de 1.625 libros, 6.000 corresponden a los juristas mencionados en la Ley de Citas. Entre ellos destaca Ulpiano (más del 40%), al que sigue Paulo (más del 15%). Los fragmentos de las obras de Papiniano superan el 5%; rozan este porcentaje los extraídos de la obra

de Quinto Cervidio Escévola. A Pomponio y Juliano corresponden más del 4%, al que no llega, poco le queda, Gayo.

Documento de interés para el conocimiento de la literatura jurídica romana ha sido el denominado *Index Florentinus*, escrito en griego y ordenado hacer por Justiniano a los compiladores del Digesto. Este *Index*, conservado en el *Codex Florentinus* (ed. facsímil de A. Corbino y B. Santalucía, 1988, 4r, 4v y 5r; así como ed. de Th. Mommsen I, 1870, págs. LII ss., y Th. Mommsen, P. Krüger, ed. 1954, págs. 25 ss.), recoge una relación de juristas de cuyas obras se tomó algún fragmento para incorporarlo al Digesto; no desgraciadamente las que fueron usadas por los compiladores pero no seleccionadas. La relación se inicia con los nombres de Juliano, Papiniano y Quinto Mucio Escévola. Un más exhaustivo *Index librorum ex quibus Digesta compilata sunt* fue cuidado por Paul Krüger (ed. Th. Mommsen y P. Krüger, *Digesta*, 1954, págs. 932 ss.).

Este florecimiento jurídico clasicista de Oriente, gracias a las Escuelas de Berito y Constantinopla, contrastaba con la trivialidad del Derecho vulgar de Occidente, que sólo supo ofrecer, al tiempo de la compilación justiniana, como monumento de lo que había sido el Derecho romano, un tan magno como pobre cuerpo legal conocido como la *Lex Romana Visigothorum* o «Breviario de Alarico» (del 506 d.C.) (ed. G.

Haenel, Leipzig 1849, reimpr. Aalen 1962), del rey visigodo Alarico II. Contenía éste, con enormes mutilaciones, el Código Teodosiano –último cuerpo legal válido para Occidente y Oriente, promulgado por Teodosio II, el año 438–, las leyes teodosianas y posteodosianas, las sentencias de Paulo, el epítome de Gayo, algunos fragmentos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y uno tomado de Papiniano, acompañados, en su caso, de *interpretationes*. El breviario alaricano, tan apreciado por los pueblos germánicos, evidenciaba el anochecer cultural de Occidente. Una vez más, la luz vendría de Oriente: *ex Oriente lux*.

#### 7. APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA AL INCIPIENTE DERECHO GLOBAL

Muchas y fecundas son las lecciones que ofrece la jurisprudencia romana en la hora presente, pues es inagotable tesoro. Entre ellas, sin embargo, destacaría, en estos momentos, la «armonía» de su elegante composición.

Halló la jurisprudencia romana un profundo equilibrio entre lo privado y lo público, entre lo natural y lo civil, entre la ley (*lex*) y el Derecho (*ius*), y, dentro de éste, entre su sentido objetivo (*ius ratumque*) y el subjetivo (*ius potestasque*), entre la flexibilidad de la *fides* y la seguridad de la forma, entre lo propio (*ius civile*) y lo universal (*ius gentium*), entre la tradición jurisprudencial romana y la innovación edictal, entre la abstrac-

ción y la causalidad, entre lo personal y lo territorial, la justicia y la equidad, la Moral y el Derecho, lo teórico y lo práctico, sin pretender nunca dividir en partes iguales, uniformar, limitar la *libertas* tradicional del alma romana. Esto fue posible porque fue el romano, sobre todo y ante todo, un «Derecho de juristas» («*Juristenrecht*»), muy poco legislado, que construyó ese pilar de nuestra civilización piedra a piedra (caso a caso), es decir, jurisprudencialmente, por fiarse más del argumento de autoridad que de la fuerza de la potestad. Aquí radica precisamente su carácter imperecedero, es decir, clásico, de modelo para otros muchos sistemas jurídicos y base necesaria de un tan deseado Derecho global, que sólo alcanzaremos a ver si formamos auténticos «juristas globales».

## II. «AUCTORITAS». UN CONCEPTO TAN OLVIDADO COMO NECESARIO

Una noche de finales de octubre de 1927, acompañado de varios amigos, entre los que se encontraba por supuesto Cipriano Rivas Cherif, acudió al teatro Fontalba de Madrid ese hombre «pegado a una barba», de palabra mágica y prodigiosa originalidad, que fue Ramón María de Valle-Inclán, con el fin de asistir al estreno de la comedia «El hijo del diablo», del poeta catalán Joaquín Montaner.

Antes de que finalizara el segundo acto, el ínclito don Ramón comenzó a vociferar de forma tan desmesurada que hubo de interrumpirse el estreno. ~~No tardó el público en reconocer en esos~~ gritos de ¡Muy mal, muy mal! la voz de don Ramón, lo que aumentó el revuelo. Los agentes de vigilancia se acercaron a la butaca que ocupaba el ilustre literato para llevárselo a comisaría (un



escándalo parecido había provocado en el estreno de «Gata de Angora» de Benavente y en esa misma comisaría acabó), y se presentaron diciendo: –Somos la autoridad, a lo que don Ramón replicó: –«Aquí, en el teatro, yo soy la única autoridad, pues soy crítico». Naturalmente, los agentes de la «potestad» se llevaron al portador de la autoridad, pues la fuerza se impone momentáneamente a la razón, pero la crítica literaria no tardó en ensalzar la actuación de don Ramón, que con sus gritos logró sepultar la obra de Montaner.

He querido comenzar estas reflexiones refiriendo esta conocida anécdota de Valle Inclán porque me parece que refleja con bastante exactitud la vieja contraposición romana entre *auctoritas* y *potestas*, de la que quizá nuestro literato tuvo conocimiento en su época de estudiante de Derecho en la centenaria Universidad de Santiago de Compostela, y que desgraciadamente hoy ha caído en desuso, por considerar la autoridad, como los agentes que detuvieron a don Ramón, una especie de poder, en vez de una instancia de naturaleza del todo distinta.

Fue mérito de Álvaro d'Ors (1915-2004) intentar captar la esencia de la distinción romana entre *auctoritas* y *potestas* con el fin de iluminar los distintos campos del Derecho de nuestros días. Partiendo de la experiencia romana, d'Ors definió la *auctoritas* como el «saber socialmente reco-

nocido», que se contrapone a la potestad o «poder socialmente reconocido» (*Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §8).

La crisis del Estado moderno, basado en los principios de soberanía y territorialidad, el callejón sin salida al que nos ha conducido el positivismo jurídico o la excesiva politización de la vida social no son, en mi opinión, sino consecuencias derivadas de la pérdida actual de la contraposición romana entre autoridad y potestad.

Pienso que en esta distinción entre la autoridad y la potestad, que es tanto como decir, en el terreno jurídico en que nos desenvolvemos, entre el Derecho y la ley, se encuentra uno de los pilares del nuevo orden jurídico mundial. En efecto, necesita nuestra sociedad globalizada de instancias de autoridad, independientes del poder, que controlen las actuaciones de una potestad cada vez más expansiva, que pretende el dominio del mundo a través del gobierno de la Economía, la Política y la Comunicación. Con gozo compruebo que la Constitución Europea, aunque no reconozca explícitamente el concepto de *auctoritas*, concede gran valor institucional a ciertos órganos consultivos de estricta autoridad, como son el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social.

Es mi propósito hoy ofrecer una visión de conjunto del papel de la *auctoritas* en la experiencia

jurídica romana, apoyándome en las fuentes jurídicas y literarias romanas, así como en los escritos de Álvaro d'Ors, con el fin de que sirva de punto de partida para nuevas reflexiones sobre sus posibles campos de aplicación en el deseado proceso de unificación (que no uniformación) jurídica.

## 1. SIGNIFICADO DE «AUCTORITAS»

La palabra *auctoritas* –de origen muy remoto– deriva, al igual que otros sustantivos con sufijo *tatû (i)* –como *hereditas* o *civitas*–, del término *auctor*, procedente a su vez del verbo *augere*, que significa aumentar, auxiliar, confirmar, ampliar, completar, apoyar, consolidar, dar plenitud a algo. Derivados de este verbo *augere*, son también los términos *augur* y *augustus*, cuya relación encontramos brillantemente aludida en los siguientes versos de Ovidio (*Fasti*, 609 ss.): *Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur / Templâ sacerdotum rite dicata manu / Huius et augurium dependet origine verbi / Et quodcumque sua Juppiter auget ope*. Una traducción libre podría ser la siguiente: «Llaman los antiguos a lo santo “augusto”. Llámense augustos los templos dedicados por mano sacerdotal. También viene del mismo origen de esta voz el “augurio”, y todo lo que con su ayuda aumenta Júpiter».

Relación con la *auctoritas* guarda también *auctoramentum*, que era el juramento en virtud del cual algunos gladiadores (*auctorati*) se compro-

metían a participar, con riesgo de muerte, en los espectáculos gladiatorios organizados por su empresario (*lanista*).

El historiador Dion Casio (55.3.4-5) nos advierte de que la palabra *auctoritas* no tiene equivalente en griego, y, por eso, la transcribe literalmente. El problema de la falta de un término griego adecuado tuvo cierta relevancia al preparar la versión oficial griega de las Memorias de Augusto –las *Res gestae divi Augusti*–, conservadas principalmente en Ankara (*monumentum Ancyranum*) y Antioquía (*monumentum Antiochenum*), que fueron redactadas por el fundador del Principado al final de su vida. A causa de la importancia que tuvo el concepto de *auctoritas* en la política de Augusto, el término aparece en varias ocasiones, y es traducido al griego sobre todo por *axioma* (en latín, *dignitas*), lo que supone una confusión entre la autoridad y la potestad, pues la dignidad es la disposición del que puede alcanzar los honores, es decir, la potestad de las magistraturas.

Un origen diferente, a pesar de su aproximación fonológica, tiene la palabra latina *authenticum*, que procede de la griega *authentia*, que es el poder originario susceptible de delegación. *Authenticum*, que ha dado en castellano palabras como «auténtico» (s. XIII), «autenticar» (s. XVII) o «autenticidad» (s. XVII), se denominó al documento original del que pueden hacerse copias o

*exempla* (cfr. Á. d'Ors, *Auctoritas-authentia-authenticum*, 1984, en *Parerga historica*, 1997, págs. 143-151).

Distinta de la *auctoritas* es la *potestas*, de *potis*, cuya raíz indoeuropea significa la idea de poder constituido. «Despotés», en griego, es el amo de la casa; de donde deriva la palabra castellana «déspota». En el *liber singularis ad legem Fufiam Caniniam* (D. 15.16.215), señala Paulo que la palabra *potestas* tiene varios significados: *in persona magistratum, imperium: in persona liberorum, patria potestas: in persona serui, dominium*. En efecto, tanto el magistrado, como el *pater familias* o el *dominus*, están revestidos de potestad, no propiamente de autoridad. Digo «no propiamente» porque, en ocasiones, las fuentes atribuyen autoridad a los magistrados (*auctoritas magistratum*). Y no sin razón, pues, aunque el magistrado ejerza funciones propiamente de potestad, también el magistrado, como el tutor, por ejemplo, interviene, a veces, como simple autorizante de un acto que realizan los particulares (una transacción, una restitución, etc.; cfr. Ulpiano, D. 2.15.8.5; cfr. también Ulpiano, D. 2.15.7.2; Ulpiano, D. 2.15.8.6). En este sentido debe entenderse también la expresión *auctoritas patris*, de la que trato posteriormente (núm. V), o *auctoritas populi* de que nos habla Gayo (1.98-99), referida a la *auctoritas* prestada por las curias al *adrogatus* presentado por el *Pontifex maximus*.

También se diferencia de la *auctoritas* el *iussum*, o autorización vinculante del que está revestido de potestad. En castellano, precisamente por la confusión entre autoridad y potestad, utilizamos la palabra «autorización» –que no tiene equivalencia latina– para referirnos tanto a la que procede de un órgano de autoridad como de un órgano de potestad. El neologismo «potes-tación» serviría para traducir la latina *iussum*, pero no lo recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua; sí existe, en cambio, la equivalente alemana («Ermächtigung»). La máxima expresión del *iussum* tiene lugar cuando el *Populus* «autoriza» el texto de la ley propuesto por el magistrado (*rogatio*). Aparte este *iussum Populi*, se habla de *iussum* a propósito de la autorización que da el pretor al juez para que juzgue (*iussum iudicandi*); de la autorización del *pater familias* o del *dominus* al subordinado para la realización de determinados actos (*iussum patris vel domini*); del *iussum solvendi*, del *iussum promittendi*, o del *iussum credendi*, como forma de delegación en materia de obligaciones, etc.

## 2. «SENATUS POPULUSQUE ROMANUS»

La fórmula *Senatus Populusque Romanus* –que **incluso actualmente invade anacrónicamente** las calles y plazas de la Urbe– esencializa la llamada constitución mixta republicana, basada en una genial interrelación (cfr. Polibio 6.11.11; 6.18.1) entre la autoridad del Senado (*auctoritas patrum*)

y la *maiestas Populi*, que se concretaba en la *potes-tas* de los magistrados (*imperium* en el caso de *collegae maiores*). Apareció esta fórmula, al parecer, en época de Sila, aunque anteriormente ya existía en su forma inversa *Populus Senatusque Romanus*, por ejemplo, en el Decreto de Emilio Paulo del año 189 a.C. (cfr. *Corpus Inscriptionum Latinarum* I.2, núm. 614; y II, núm. 5041).

Sabemos por Cicerón (*De re publica* 2.8.14) que tras la muerte de Tito Tacio –rey legendario de los sabinos–, Rómulo se apoyó más en la autoridad y el consejo de los senadores (*patrum auctoritate consilioque*). Estos dos términos –*auctoritas* y *consilium*– son los que mejor reflejan la función senatorial tanto en época monárquica como republicana. El *consilium* precedía a la actuación (*ante rem*); la *auctoritas*, en cambio, era posterior a ella (*post rem*). Pero esta distinción –típica, por lo demás, del Derecho augural– acabó perdiéndose.

Los miembros del Senado fueron llamados, ya en época monárquica, *patres*, por ser jefes de familias patricias. Aconsejaban al rey, pero no «participaban» de su poder regio, ya que ellos mismos, en cuanto *patres*, sólo podían ejercer su poder en el ámbito privado familiar. Aunque *patres*, es decir, con poder, su función senatorial consistía propiamente en ser *auctores*, esto es, en dar plenitud de eficacia a los distintos actos.

Tito Livio (1.17) refiere que, a la muerte de Rómulo, eran cien los *patres* y que, en el período

de trono vacante (*interregnum*) –que duraba un año– se estableció un turno rotativo para el gobierno. El Pueblo se quejó al advertir que se había multiplicado su sumisión, pues habían pasado de tener un *dominus* a tener cien (*centum pro uno dominus factos*). Por eso, los *patres*, para granjearse el beneplácito popular, cedieron la *potestas* suprema al pueblo y decretaron que fuera éste el que nombrara al rey (*iussisset regem*), con el correspondiente refrendo senatorial (*id sic ratum esset si patres auctores fierent*). Tanto satisfizo al Pueblo esta decisión senatorial, que votaron la declinación de este deber gracioso en favor de los *patres*. Éstos eligieron por unanimidad a Numa Pompilio, quien posteriormente obtuvo augurios favorables para suceder al fundador de Roma.

En este mismo lugar, Tito Livio (1.17.9: *priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitiorum eventum patres auctores fiunt*) aporta un dato comparativo de gran interés, a saber: que en su época, a diferencia de lo narrado, los *patres* otorgaban su *auctoritas* antes de la votación popular, desprovista, por tanto, de carácter vinculante (*vi adempta*), y no después, a modo de ratificación.

En efecto, como señala Arnaldo Biscardi (*Auctoritas patrum*, 1987, págs. 248-249), en la *auctoritas patrum* se pueden diferenciar las siguientes fases: en la primera, la *auctoritas* del senado patricio actuaba como refrendo político-religioso



de las deliberaciones comiciales (Cicerón, *De re publica* 2.32.56: *populi comitia ne essent rata nisi ea patrum approbavisset auctoritas*), sin el cual éstas no tenían validez alguna; un hito importante en el desarrollo de la *auctoritas patrum* lo constituyen la (segunda) *lex Publilia Philonis*, del 339 a.C., y la *lex Maenia*, del 229 a.C., que antepusieron la *auctoritas patrum* a las deliberaciones comiciales –la primera en materia legislativa, la segunda en la elección de magistrados–, por lo que, a partir de ese momento, la *auctoritas* dejó de ser una ratificación para convertirse, como dice Livio, en un simple parecer previo a la deliberación final; se trataba, pues, de aquella *auctoritas* preventiva y no vinculante, a la que aludía Tito Livio en el texto citado (1.17.9). No así en las *rogationes tribuniciae*, en la que esta *auctoritas patrum* –condicio sine qua non para la equiparación del plebiscito a la ley comicial– era previa a la presentación de la *rogatio* a los *concilia plebis* y vinculante para el tribuno.

Todavía señala Biscardi (*Auctoritas patrum*, págs. 235-239) una última fase –ésta más dudosa– de la *auctoritas patrum*, también preventiva, a partir de la *lex Hortensia de plebiscitis*, del 287 a.C., que, al equiparar definitivamente los plebiscitos a las leyes (cfr. Gayo 1.3; Pomponio, D. 1.2.2.8; *Institutiones Iustiniani* 1.2.4), extendió a éstos, como *leges publicae populi Romani*, el régimen de la *auctoritas patrum* preceptiva previa pero no vinculante. Esta *lex Hortensia* dejó de

aplicarse, al parecer, durante la dictadura de Sila, que volvió al régimen anterior (*lex Cornelia Pompeia*, del 88 a.C., y *lex Cornelia de tribunicia potestate*, del 82 a.C.) pero con la *lex Pompeia Licinia*, del 70 a.C., se restauró el sistema de una *auctoritas patrum* preventiva y no vinculante.

Como veremos después, con los cambios constitucionales habidos durante el Principado, la *auctoritas patrum* –sofocada por la *auctoritas Principis* (cfr. núm. VII)– perdió su razón de ser, pues, en este período, en que los comicios acabarían por desaparecer y el Senado por asumir funciones legislativas, era al Príncipe, y no ya a los *patres*, a quien correspondía dar la *auctoritas* protectora de la actuación jurídica.

A partir del siglo II a.C., aparece con cierta frecuencia en las fuentes la locución *auctoritas senatus*, que no difiere en sustancia de la *auctoritas patrum*, ya que viene a coincidir, con carácter general, con ésta en la medida en que los plebeyos adquieren un mayor protagonismo en el Senado. Esta nueva expresión sirvió para que se fueran difuminando paulatinamente los contornos entre el *senatus consultum* y la *auctoritas senatus*. Sí parece, en cambio, que la locución *auctoritas senatus* fue empleada como término técnico al final de la República para referirse a aquellas *relationes* que, por haber sido objeto de *intercessio* por un magistrado igual o superior al que presidía el Senado o por un tribuno, no valían como sena-

doconsultos, pero sí gozaban de la *auctoritas senatus*, por lo que debían ser archivadas en el *aerarium Saturni*.

Esta distinción entre *senatus consultum* y *auctoritas senatus* fue confirmada por la *lex Iulia de senato habendo* (del 9 a.C.), en virtud de la cual Augusto impuso al Senado un minucioso reglamento interno de funcionamiento. En esta ley, la expresión *auctoritas senatus* quedó nuevamente reservada para aquellas propuestas de senadoconsulto o edictos que publicaban un senadoconsulto sometidas a *intercessio*, pero también para aquéllas que no cumplían los rigurosos requisitos formales previstos en ella. El hecho de relegar a un segundo plano la *auctoritas senatus* con respecto a los senadoconsultos se entiende perfectamente en un momento en el que la autoridad senatorial había sido suplantada por la *auctoritas Principis*.

En la fórmula *SPQR.*, la *auctoritas* del Senado se contrapone a la *maiestas Populi Romani*, que Cicerón (*Partitiones oratoriae* 30.105) define como *magnitudo quaedam populi Romani in eius potestate ac iure retinendo*. La *maiestas* derivaba precisamente de la «inmortalidad» del Pueblo (luego, del Príncipe, como institución). En sus «Fastos» (5.23-26), Ovidio nos muestra la *Maiestas* como una diosa, hija de Honor y Reverencia, crecida ya desde el día de su nacimiento. Se trata de un concepto típicamente republicano (del s. III a.C.),

que expresa la superioridad (*maiestas* es un derivado del comparativo *maior*) del *Populus* frente a los no romanos: *dominus regum, victor atque imperator omnium gentium*, dirá Cicerón (*De domo sua* 90); de ahí que aparezca en la fórmula del *foedus iniquum* (Cicerón, *Pro Balbo* 16.35), para imponer a los pueblos aliados su compromiso de respetar la «majestad» romana. Para proteger la majestad popular de la traición y de los abusos de los magistrados, cuya potestad derivaba del Pueblo, las leyes Apuleya (del 103 a.C.) y Varia (90 a.C.) introdujeron el denominado *crimen maiestatis*. Posteriormente, en época de Sila, en virtud de la *lex Cornelia maiestatis* (81 a.C.), se instituyó un tribunal estable y especializado (*quaestio perpetua*) para este tipo de crimen.

Durante el Principado, la majestad del Pueblo fue asumida por el Príncipe, pero sólo a partir del Dominado puede hablarse propiamente de este título de majestad atribuido oficialmente a los emperadores (cfr., por ejemplo, CJ. 10.1.4 pr., de Diocleciano y Maximiano: *augusta maiestas*).

La *maiestas* se actualizaba a través de la *potestas maxima* o *imperium*, propio de los magistrados mayores –los cónsules–, en los que residía un poder ilimitado, tanto en época de paz como de guerra (*imperium domi militiaeque*), pero también de sus colegas menores (el pretor urbano y el peregrino), todos ellos elegidos anualmente por los comicios centuriados. A los magistrados ma-

yores corresponde convocar y presidir las asambleas populares (*ius agendi cum populo*) y el senado (*ius agendi cum senatu*), dictar bandos vinculantes (*ius edicendi*), así como el máximo poder de coerción. En caso de crisis, y con carácter extraordinario, el cónsul podía nombrar un dictador. Magistrados mayores, titulares también, por tanto, de los *auspicia maiora*, pero sin imperio, eran los censores, encargados, entre otras funciones, de elaborar el censo, la lista de senadores y las llamadas leyes censorias. Los demás magistrados –cuestores, ediles– sólo tenían simple *potestas*. Aunque ocupaban una posición distinta, también están revestidos de potestad los tribunos de la plebe (*potestas tribunicia*) y los ediles plebeyos, elegidos por las asambleas plebeyas (*concilia plebis*).

Como la *maiestas*, también el *imperium* y la *potestas* eran indivisibles. En efecto, los romanos partieron de la idea de indivisibilidad del poder (cfr. Cicerón, *De re publica* 1.38.60: *imperium nullum nisi unum*), y por ello establecieron el principio de colegialidad en las magistraturas, que se concretaba en la posibilidad de interponer el veto (*intercessio*). Distinta de la colegialidad en la potestad es la colegialidad de los «colegios», revestidos de autoridad, como, por ejemplo, el pontifical, que es el colegio por antonomasia. Esta diferencia entre la colegialidad de los colegas y la colegialidad de los colegios (pontifical, augural, fecial, etc.) ha sido gráficamente expre-

sada por Álvaro d'Ors (*pro manuscripto*) con el aforismo «veta el colega: vota el colegio».

En efecto, habida cuenta de que el poder es personal pero indivisible, los colegas –es decir, *qui sunt eiusdem potestatis* (cfr. Ulpiano, D. 50.16.173 pr.)– pueden ejercer la *intercessio*; los *socii* o *sodales* de un colegio, en cambio –aparte su autoridad personal, como la de los Pontífices al dar *responsa*–, emitían *decreta* no vinculantes por mayoría de votos. Estos decretos podían incluso contradecir la opinión del *Pontifex maximus* expresada en su voto personal. Además de su función presidencial, el *Pontifex maximus* –*quod maximus rerum, quae ad sacra et religiones pertinent* (Festo, *De verborum significatu*, ed. R. K. Lindsay, pág. 113)– tenía ciertos poderes ejecutivos, derivados del *rex*, que ejercía a título propio, y no como jefe del colegio: así, por ejemplo, el castigo de las vestales que no guardaban la castidad o el llamado derecho de *captio* de nuevas vestales (cfr. Aulo Gelio 1.12.1-17).

### 3. «AUCTORITAS AUGURUM»

Cuenta la tradición (Cicerón, *De re publica* 2.9.16; cfr. también Ennio citado por Varrón, *De re rustica* 3.1.2) que Roma fue fundada por Rómulo con auspicios favorables. Ya desde la época monárquica tuvo gran importancia el colegio augural, pues todos los actos de trascendencia político-social debían realizarse conforme a la voluntad divina, especialmente de Júpiter,

interpretada mediante signos celestes por los augures. Éstos, como su propio nombre indica, estaban revestidos de *auctoritas* y no de *potestas*. Los augures, en expresión de d'Ors (*Ensayos de teoría política*, 1979, pág. 82), «eran los encargados de controlar la legitimidad fundamental de la vida pública». Es comprensible, por tanto, que Cicerón (*De legibus* 2.12.31) –quien, por lo demás, se hizo augur el año 53 a.C.– afirmara que *maximum autem et praestantissimum in re publica ius est augurum cum auctoritate coniunctum*.

En época republicana, los augures realizaban anualmente los solemnes augurios y, cada lustro, el llamado *augurium salutis*. Función exclusiva del augur era la *inauguratio* de los templos así como de las personas revestidas de la condición sacerdotal. Aparte la *auguratio* o *inauguratio*, los augures practicaban la *auspicatio*. *Auspicatio* –de *avis* (ave) y *spicere* (contemplar)– era el arte de conocer la voluntad divina a través de signos celestes, así como por las entrañas de las aves. Este arte era cultivado también por los arúspices (de *harus*, entraña, y *spicere*), subalternos de los magistrados.

*Nihil belli domique postea nisi auspicato*, advierte Tito Livio (1.36.6): las actuaciones de los magistrados, las convocatorias de las asambleas populares, las *rogationes* de los magistrados, el comienzo de una batalla, así como cualquier situación extraordinaria, requerían la *auspicatio*.

Durante mucho tiempo, tanto por la proximidad fonológica como por la complejidad de las fuentes, los romanistas han identificado la *auspicatio* y la *auguratio*. Fue fundamentalmente mérito de Ugo Coli (*Regnum*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 17, 1951, esp. págs. 82-90) señalar las concretas diferencias entre ambas instituciones presentes ya, según la tradición, en los orígenes de Roma. Años después Pierangelo Catalano dedicó un amplio estudio titulado *Contributi allo studio del diritto augurale* (1960). También d'Ors se ocupó de la *Inauguratio* en una memorable conferencia en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander (1973), publicada luego en *Ensayos de teoría política* (1979, págs. 79-94).

La principal diferencia radica en que la *auguratio* corresponde exclusivamente a los augures (cfr. Varrón, *De lingua latina* 5.42; 6.47 y 6.82), en tanto la *auspicatio* era competencia de los magistrados o incluso de los *patres familias*. Existen diferencias también en cuanto a los signos (cfr. Festo, *De verborum significatu*, ed. R. K. Lindsay, pág. 316), pues los augures manifestaban preferencia por los signos de las aves, en tanto los arúspices observaban principalmente los signos del cielo; las aves eran también observadas pero sin demasiados distinguos. Los auspicios tenían una eficacia temporal y restringida en cuanto al tipo de actos (asambleas comiciales, inicio de la guerra, etc.); no así los augurios, de contenido



más amplio y sin límite de tiempo. El augurio exigía un lugar (*in patriis sedibus*), una convocatoria (*praedictu die*), un delimitado espacio celeste (*templum celeste*) y un procedimiento muy formal (*precatio, legum lectio*, etc.); no así el auspicio. Por último, los augurios no requerían, a diferencia de los auspicios, una expresa solicitud, sino que podían ser realizados directamente por el augur.

Podría decirse que la *auguratio* y la *auspicatio* son dos instituciones paralelas que funcionan en la misma dirección pero en sentido opuesto. En efecto, la *auguratio* se funda en la autoridad de los augures que observan signos divinos; son, por tanto, éstos quienes conocen la voluntad de los dioses. En la *auspicatio*, en cambio, son los dioses los que dan a conocer su voluntad, a través de determinados signos, a los que tienen que gobernar. De ahí que sea siempre una persona revestida de *potestas* –el magistrado o el *pater familias*– el que deba solicitar los auspicios.

En época republicana, se produjo empero uno de los primeros fenómenos de absorción de la autoridad en la potestad a través de la paulatina desaparición de los augures y de la progresiva proliferación de arúspices. En efecto, aunque el propio Rómulo fue él mismo *rex* y augur, ya en época etrusca la *potestas* regia fue controlada por la autoridad augural. «Pero una tendencia de secularización observable en la República romana –advierte d’Ors (*Inauguratio*, en *Ensayos de teoría*

*política*, pág. 88)– hizo que la intervención de los augures se hiciera cada día menos frecuente en la realidad política y quedara reducida a aquellos actos que exceden de la competencia ordinaria de los magistrados». Y para éstos el magistrado podía servirse del arúspice –con frecuencia denominado *pullarius* (cfr. Livio 8.30.2; 9.14.4 y 10.40.2; Cicerón, *De divinatione*, 2.35.74; *ornizoskopos*, dice Dionisio de Halicarnaso 2.6.2)– que formaba parte de su séquito. Así, pues, los molestos por independientes augures, máxima expresión de la *auctoritas*, fueron desplazados por los modestos arúspices, dependientes de la potestad del magistrado.

#### 4. «AUCTORITAS PRUDENTIUM»

La contraposición entre *auctoritas* y *potestas* la encontramos ya en Roma en la misma entraña de la distinción entre Derecho y ley (cfr. Á. d’Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §§31-35). El Derecho es fundamentalmente obra de los juristas revestidos de autoridad (*auctoritas prudentium*); la ley, en cambio, de la potestad de los magistrados. Los *mores maiorum* –primera fuente del Derecho romano arcaico– eran producto de la autoridad, pues se fundamentaban en la tradición práctica de los antepasados, que, como tales, no tenían poder, sino un «saber socialmente reconocido» (Á. d’Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §8).

Un claro ejemplo de autoridad personal es el que recoge Cicerón (*Brutus* 197), a propósito de la conocida *causa Curiana*, en la que Quinto Mucio Escévola fundó su opinión en la *auctoritas patris* (*multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat*). *Auctoritas*, que, al decir de Cicerón (*De senectute* 61), *non in sententia solum, sed etiam in nutu residebat*. También Quintiliano, en sus *Instituciones* (12.5.5), se refiere a la autoridad que destellaba el cuerpo humano del orador Tracalo, en concreto su frente: *ea corporis sublimitas erat, is ardor oculorum, frontis auctoritas, gestus praestantia...* En otras ocasiones, se resuelve, no con fundamento en una autoridad personal, sino en una *communis opinio* o en una *regula veterum* (cfr. F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* I, 1988, pág. 498).

La actividad fundamental de los juristas –que comenzaron siendo también Pontífices– consistía en dar *responsa* (opiniones de autoridad) a las preguntas que les hacían los particulares, los jueces y los magistrados. El *responsum* es oral, no escrito, y normalmente no requería una explicación, a no ser que con ella se quisiera educar a los discípulos (*auditores*), ya que la práctica de *responsa* estaba muy unida a la enseñanza del Derecho. A diferencia de lo que sucede en la actualidad, los juristas romanos no actuaban como abogados, pues esta labor –muy de segundo orden– era desempeñada por los oradores. Por su parte, éstos –especialmente Cicerón (*Brutus*

26.102 y 30.114)- utilizaron sus mejores artes para desprestigiar la labor que algunos juristas (por ejemplo Quinto Mucio Escévola, el Augur, o Rutilio Rufo) hicieron como oradores. Incluso este gran orador que fue Cicerón (*De legibus* 1.14.4) llega a advertir del peligro que supone para un abogado ejercer de jurisconsulto, por impedir esta función pensar seriamente las defensas (*quod dicendi cogitationes auferat*).

Del Derecho se diferencia la *lex publica*, que puede o no tener un contenido jurídico, y que procedía de la potestad de los magistrados. En efecto, como bien han mostrado d'Ors (*La ley romana, acto de magistrado* [1968], en *Nuevos papeles del oficio universitario*, 1980, págs. 312-329), la ley pública era esencialmente un acto del magistrado, pues todos los demás requisitos (la *auctoritas patrum*, el *iussum Populi*, etc.) eran prescindibles. La *rogatio* era el texto mismo de la ley, que podía ser o no aceptado por los comicios (*iussum Populi*), pero en modo alguno modificado. Ya demostró Tibiletti (*Principe e magistrati repubblicani. Ricerca di Storia Augustea e Tiberiana*, 1953, págs. 219-221) que, en el Principado, las *rogationes* tenían fuerza de ley antes de ser aceptadas por el *Populus*. Así debe entenderse la frase de Cicerón, en su *De re publica* (1.34.52), de que el magistrado *inponit leges populo*, o la de su tratado *De legibus* (3.1.2), de que *magistratum legem esse loquentem, legem autem magistratum mutum*. Pero el acto más típico de la potestad magistra-

dual era el edicto, que no en vano Cicerón (*II In Verrem* 1.42.109) denominó *lex annua*.

La ley pública no derogaba el Derecho vigente y, como señala Wieacker (*Römische Rechtsgeschichte* I, 1988, pág. 284), hasta época clásica, en caso de contradicción entre *lex* et *ius*, no se decidía según los principios actuales sobre colisión de normas (*lex posterior*, subsidiariedad, especialidad, etc.). Este equilibrio entre el *ius* propio de la autoridad de los juristas y la *lex*, que corresponde a la potestad del magistrado, parece romperse en la endiádis *ius potestasque*, muy frecuente, como *ius ratumque*, en la legislación municipal. Aunque no es romana la diferencia entre Derecho objetivo y subjetivo, estas expresiones muestran cómo los romanos captaron ya ciertos aspectos objetivos del *ius* (*ius ratumque*) distintos de los subjetivos (*ius potestasque*). Éstos últimos facultarían para una eventual reclamación y se concretarían en un «orden de poderes personales» (Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §14). El carácter netamente instrumental de la ley sirve para explicar la endiádis *ius lexque*, en el sentido de Derecho no contenido en leyes (*ius*) y Derecho legislado (*lex*), es decir, autoridad del Derecho impuesta legalmente (Plauto, *Epidicus* 292: *iura qui et leges tenet*; 523: *legum atque iurum fitor*).

5. «AUCTORITAS TUTORIS», «AUCTORITAS» DEL  
MANCIPANTE Y «AUCTORITAS PATRIS»

El concepto de *auctoritas* no sólo tiene una especial relevancia en el Derecho constitucional romano, sino que se incorpora también desde época arcaica al Derecho privado. Una primera manifestación de la *auctoritas* la tenemos en la institución tutelar. Aunque Servio (Servio-Paulo, D. 26.1.1 pr.) defina de modo general la tutela como un poder (*vis ac potestas*), cuando se trata de una tutela sobre impúberes *infantes maiores* o mujeres púberes, las fuentes (por ejemplo, Aulo Gelio 5.19.10) nos hablan, no de *potestas*, sino de una *auctoritas tutoris*, que sirve para dar plenitud de eficacia al acto jurídico realizado (A. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §290). Así, pues, en la tutela se pueden distinguir los actos de gestión, propios de la *potestas tutoris*, de los actos asistenciales, propios de la *auctoritas tutoris*. Por Ulpiano, D. 26.8.1 pr., sabemos que, con carácter general, el tutor no podía intervenir con su *auctoritas* en un acto en el que tuviera un interés propio (*in rem suam auctorem tutorem fieri non posse*). También sabemos que los actos realizados por el *infans maior* sin la debida *auctoritatis interpositio* eran válidos si resultaban favorables y nulos en el caso contrario (cfr. *Institutiones* 1.21). Un rescripto de Antonino Pío (cfr. Ulpiano, D. 26.8.5 pr.) responsabilizó en la medida de su enriquecimiento al pupilo que actuaba sin la *auctoritas* de su tutor.

Semejante al papel desempeñado por el tutor revestido de *auctoritas* es el del *mancipio dans*, que respondía por *auctoritas* (cfr. Venuleyo, D. 21.2.76; *Pauli Sententiae*. 2.17.1-3) frente al *accipiens* cuando éste era vencido por el verdadero propietario: se trata de un precedente de la responsabilidad por evicción. El *accipiens* tenía contra el *auctor* una *actio auctoritatis*, de origen penal, por el doble del precio. Según d'Ors (*Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §172), la enigmática frase de las XII Tablas (6.4) «*adversus hostem aeterna auctoritas esto*» (cfr. Cicerón, *De officiis* 1.12.37) serviría para excluir de la usucapción, en virtud de un principio de reciprocidad, los bienes de un extranjero, que tampoco podía usucapir cosas pertenecientes a romanos.

Respecto a la *potestas* del *pater familias* –la *patria potestas* que tiene sobre los *alieni iuris*–, algunos autores (por todos, M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto romano*, 1990, pág. 121) se han referido también, no sin cierto fundamento en las fuentes, a una posible *auctoritas patris*, que consistiría en la autorización, normalmente con forma solemne, que daría el *pater familias* a determinados actos de sus sometidos con el fin de que adquieran plena eficacia. Esta *auctoritas* sería necesaria en el matrimonio de los hijos (cfr. Paulo, D. 23.2.3; 23.2.16.1; Ulpiano, D. 23.2.9 pr.) –que no era en sí mismo un acto jurídico– y en la *coemptio* de la hija (Paulo, *Collatio* 4.2.3; y Papiniano, *Collatio* 4.7.1). La *auctoritas patris* del matrimonio del

hijo estaría justificada por ser considerado éste por los romanos un acto no estrictamente jurídico, más propio del que lo contrae (cfr. *Epitome Ulpiani* 5.2) que de su *pater*, que se limitaría a dar su *auctoritas*. La *auctoritas patris* en la *coemptio* de una *filia* se explica por la misma *coemptio*, que es una mancipación, en la que el *pater* actúa como *auctor*. De Ulpiano, D. 50.12.2.1, parece desprenderse que la *auctoritas* del *pater* o *dominus* también era necesaria para la plena eficacia del *votum* de un hijo o esclavo (*filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur*).

Tanto la *auctoritas tutoris* como la *auctoritas mancipationis* expresan claramente el concepto tuitivo de la autoridad responsable.

#### 6. «AUCTORITAS IUDICIS», «AUCTORITAS TESTIS» Y «AUCTORITAS REI IUDICATAE»

El binomio *auctoritas-potestas* desempeñó un papel de primer orden en el ámbito del Derecho procesal romano. Suele decirse que el Derecho romano clásico es aquel que crearon sus grandes juristas, y es cierto; pero no debemos olvidar que, si el Derecho romano llegó a ser un orden de justicia coherente digno de admiración pasados veinte siglos, lo fue, no sólo gracias a la genialidad de sus juristas, sino también y muy principalmente por el procedimiento de las acciones, que ha tenido una enorme influencia en el desarrollo del Derecho moderno.



En época clásica se debe distinguir la fase *in iure*, en la que el pretor, revestido de potestad, ejercía su jurisdicción utilizando los recursos de potestad necesarios para la buena marcha del litigio (dar o denegar la acción, un interdicto, exigir un vadimonio o una estipulación, etc.), de la fase *apud iudicem*. Todos estos actos de potestad encaminados a la buena marcha del litigio se expresan en latín con la forma *ius dicere*, de donde deriva la palabra jurisdicción. En la siguiente fase *apud iudicem*, en cambio, el juez –que era un particular elegido por los litigantes– valoraba la prueba y dictaba sentencia. La actividad del juez encaminada a dirimir un litigio se expresaba en latín con la forma *iudicare*, de donde deriva la palabra castellana, caída hoy en desuso, pero muy necesaria, «judicación». *Iudicare* y *ius dicere* son, pues, verbos distintos, a pesar de que procedan de la misma raíz «dic» (en griego, «deyk», señalar, mostrar), ya que *dicere* hace referencia a la función jurisdiccional, propia del pretor, que tiene potestad, en tanto que *dicare* se refiere a la función judicial, del juez, con autoridad pero sin potestad (cfr. Á. d’Ors, *Elementos de Derecho privado romano*, 3ª ed., 1992, págs. 37-48). Así, el pretor con jurisdicción concedía interdictos (*interdicere*), atribuía constitutivamente derechos (*addicere*), o daba edictos (*edicere*); el juez, en cambio, con su judicación, adjudicaba objetos en las acciones divisorias (*adiudicare*), o dictaba sentencias (*iudicare*), etc. La sentencia, es decir, la

opinión de un juez acerca del litigio, era el acto de judicación por antonomasia, y formaba parte de los actos procesales que llamamos de autoridad, por ser propios del entendimiento (del saber); no de la voluntad (del poder). En efecto, para dictar una sentencia sobre una controversia, no es necesario poder, sino saber, como tampoco es necesario poder, sino tan sólo saber, para diagnosticar una enfermedad o impartir una lección, como yo hago ahora. Esto es lo que explica que los romanos vieran en la elección del juez una de las máximas expresiones de libertad, y en la bipartición del proceso una de las más claras manifestaciones de la función limitadora de la autoridad del juez respecto a la potestad del pretor. De las claras e importantes consecuencias de la función de autoridad en el actual arbitraje internacional, me ocuparé en otra ocasión.

La pregunta que surge de inmediato es la de cómo es posible compatibilizar la frecuente ignorancia jurídica del juez romano con su personal *auctoritas*. En efecto, el juez podía desconocer la ciencia del Derecho, pero poseer, en cambio, un saber prudencial *ad casum* que le permitiera dirimir la controversia. Por otra parte, podía consultar a cuantos prudentes estimare necesario y elegir entre los *responsa* el más adecuado para hacerlo propio en la sentencia. No cabe duda de que elegir un *responsum* y no otro corresponde a un saber prudencial. Pero quizá el argumento

más convincente sea el hecho de que si un determinado juez es elegido por los litigantes, esté o no incluido en la lista oficial de posibles jueces (*album iudicum*), es precisamente porque, en principio, se estima que puede dar una sentencia imparcial que dirima el conflicto; la presunción de su imparcialidad, de su *aequitas*, es ya una forma de autoridad.

También en sede procesal, vuelve a aparecer la *auctoritas* en relación con los testigos (*auctoritas testium*), que tienen un saber concreto socialmente reconocido y no un poder. Así, por ejemplo, Calístrato, D. 22.5.3.4, recoge un rescripto de Adriano a Gabino Máximo en el que se dice: *alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent*. El saber de los testigos deriva de la experiencia, de haber visto u oído un hecho que tiene relevancia jurídica a efectos de prueba. El reconocimiento social opera aquí a través del juez que valora ese saber. Por eso, aunque los testigos depongan sus declaraciones sin haber sido llamados como tales a intervenir en un acto solemne, gozan de *auctoritas*. Una clara manifestación de su autoridad es que el testigo responde –función propia de la *auctoritas*– a una pregunta formulada por el juez, hombre con autoridad pero con poder para formularla en virtud del *iussum iudicandi*.

Por último, el término *auctoritas* es empleado en el procedimiento formulario clásico para cua-

lificar la cosa juzgada (*auctoritas rei iudicatae*; cfr., por ejemplo, Calístrato, D. 1.3.38; Ulpiano, D. 27.9.3.3; Meciano, D. 36.1.67.2; Ulpiano, D. 49.1.14.1; *Pauli Sententiae* 5.5a.6). Que la *res iudicata* entre en el ámbito de la autoridad se debe a que el *iudicatum* fue realizado por el juez, revestido de autoridad, y, por tanto, es independiente de la relación procesal en cuanto tal y de la *litis contestatio*. Esto explica que los decretos del pretor no sean calificados con la expresión *auctoritas rei iudicatae*, pues son declaraciones de potestad, del *ius dicere* de los magistrados.

Consecuencia de la *auctoritas rei iudicatae* es la inimpugnabilidad del *iudicatum* en instancia superior. En efecto, como la *auctoritas* es de suyo indelegable, excluye toda subordinación jerárquica y toda revisión de las sentencias, y obliga a mantener lo ya juzgado (*rebus iudicatis standum est*) (cfr. Ulpiano, D. 38.2.12.3). La autoridad de cosa juzgada no impide, en cambio, que el *iudicatum*, aunque no sea fuente del Derecho *stricto sensu*, sirva como *exemplum* en casos futuros (Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §111 nt. 1).

En época posclásica, el procedimiento cognitorio desplazó por completo al formulario, y los **funcionarios judiciales asumieron tanto las funciones propias de la potestad del magistrado como las correspondientes a la autoridad del juez**. A través de esta vía de cognición, iniciada ya en época de Augusto, se fundió de nuevo la

autoridad en la potestad. Esta unión de funciones pasó al procedimiento moderno.

7. «AUCTORITAS PRINCIPIS»

Post id tem[pus auctoritate omnibus praestiti, potest]atis au[tem n]ihilo ampliu[s habui quam ceteri qui m]ihi quoque in ma[gis]tra[t]u conlegae [fuerunt] (Traducción: «A partir de entonces, superé a todos en autoridad, y no tuve más potestad que los que fueron colegas en la magistratura»).

Estas palabras de las *Res gestae divi Augusti* (34.3) son la piedra de toque de lo que ha venido a denominarse Principado.

El 13 de enero del 27 a.C. –cuatro años después de la victoria en *Actium* contra Marco Antonio–, Octavio expresó al Senado sus deseos de restaurar la República respetando su estructura constitucional. Para ello traspasó el poder absoluto que tenía sobre ella al Senado y al Pueblo Romano (*Res gestae divi Augusti* 34.1: *rem publicam ex mea potestate in senat[us populique Romani a]rbitrium transtuli*). En agradecimiento, el Senado le otorgó el título de *Augustus* (cfr. *Res gestae divi Augusti* 34.2) –de la misma raíz, como he dicho, que *auctoritas*–, pues Octavio estaba llamado a proteger, guiar y secundar los destinos de Roma, ya que él era el «augurado». A este título se unieron el de *Imperator* –asumido tras la amañada adopción por César–, *Princeps* –que ha dado nombre a esta época de la historia de

Roma– y *Pater Patriae* –como lo fueron Cicerón y César–. Pero, sin lugar a dudas, los dos pilares sobre los que se asentó el Principado fueron la asunción por Augusto de la *tribunicia potestas* (36 a.C. renovada el 30 a.C.), que le garantizaba el control de la política interna y la inviolabilidad (*sacrosanctitas*), y del *imperium proconsulare* (23 a.C.) sobre todo el orbe romano, que le aseguraba el mando militar en las provincias. Importante fue también la dignidad pontifical de que, como *Pontifex Maximus*, fue revestido el 12 a.C., convirtiéndose de esta forma en jefe de la religión romana.

Octavio, sin pretender como César instaurar una monarquía helenística (pero sin olvidarse completamente de ella), restauró la vieja república romana, otorgando poderes al Senado y al Pueblo (conforme a la tradicional fórmula republicana *Senatus Populusque Romanus*) y encubriendo su personal potestad en su *auctoritas Principis*. Ésta lo consagraba como guía, protector de la república y como «Augusto» que daba plenitud al *augurium augustum* de la fundación de Roma. Esta idea central del Principado de revestir de *auctoritas* al gobernante con *potestas*, se encuentra ya prefigurada en Cicerón (*De re publica* 2.9.15), ~~para quien las ciudades~~ –como vio Licurgo en Esparta– se gobiernan con más acierto cuando al poder se agrega la autoridad de los mejores (cfr. en este sentido Á. d’Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §8).

La *auctoritas Principis* –del primer ciudadano–, no sólo se sobrepuso a la de los juristas, mediante la instauración del *ius respondendi* (cfr. extensamente I, núm. 3) o a la de los Pontífices, sino también y sobre todo a la de los *patres patriae*, mediante la reforma del Senado que llevó a cabo paulatinamente durante su gobierno. Suetonio (*Divus Augustus* 35.1) nos cuenta que, tras la muerte de César, había aumentado considerablemente el número de senadores, que ascendía a más de mil (*super mille*), y que los llamados vulgarmente *orcini* no tenían título para serlo, pues habían conseguido el nombramiento *per gratiam et praemium*. Para retornar al número de seiscientos establecido por Sila, Augusto dispuso que cada senador eligiera a otro, que posteriormente debía ser confirmado por él o por Agripa.

El historiador romano nos dice que durante el tiempo que duró la depuración, Augusto presidía las sesiones protegido con una coraza que portaba debajo de la toga (*lorica sub veste*), una espada en el cinto y diez senadores fuertes que guardaban de él. A los senadores electos confirmados les impuso la obligación, antes de cada sesión, de ofrecer vino e incienso en el altar de la divinidad en cuyo templo se congregaban con el fin de suplicar por su protección. Las sesiones tenían lugar dos veces al mes (Suetonio, *Divus Augustus* 35.3), en las calendas y en los idus; en los meses de septiembre y octubre sólo debían acudir los senadores sorteados a tal efecto. Insti-

tuyó comisiones de senadores elegidos por sorteo semestralmente (*consilia sortiri semenstria*) con el fin de preparar los asuntos que se iban a tratar en las sesiones plenarias. En los debates de más calado, concedía la palabra el propio Augusto conforme a su arbitrio, no según el protocolo preestablecido (Suetonio, *Divus Augustus* 35.3: *non more atque ordine*).

La novedad más importante del Principado de Augusto en el orden de las fuentes fue quizá la de otorgar labores legislativas, propias de los magistrados en colaboración con los comicios –en absoluta decadencia–, a este nuevo Senado (Tácito, *Annales* 1.15), de suerte que los mismos senadoconsultos se desnaturalizaron. «En el fondo –observa d’Ors–, este trasvase de la actividad legislativa del magistrado popular al emperador a través del Senado era una derivación congruente con la confusión introducida por Augusto entre autoridad y potestad. La pretensión del fundador del Principado había sido la de gobernar realmente la República, no con potestad, sino con autoridad. De este modo, la autoridad vino a convertirse, de hecho, en una potestad superior a la ordinaria; consecuentemente, la función legislativa que correspondía a la potestad de los magistrados populares pudo traspasarse a la autoridad del Senado, y luego, dada la sumisión de la autoridad senatorial a la del Príncipe, acabó por atribuirse de hecho a éste» (*La formación del «ius novum» en la época tardo-clásica, en*



*Nuevos papeles del oficio universitario*, 1980, pág. 239).

Durante esta primera época del Principado, los senadoconsultos, sin embargo, no tuvieron eficacia directa en el *ius civile* pero sí influyeron indirectamente en él, a través del *imperium praetoris*, mediante ficciones y excepciones (cfr. Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, 10ª ed., 2004, §41).

Si estas medidas adoptadas por Augusto pueden ser calificadas como precursoras de la confusión entre *auctoritas* y *potestas* en las fuentes del Derecho, las de Adriano –a saber: la aparición de los rescriptos, el nuevo papel de la *oratio Principis* y la codificación del Edicto– sirvieron para consolidarla.

Con los rescriptos –respuestas de la Cancillería imperial suscritas en las mismas instancias presentadas por los solicitantes–, los juristas de mayor autoridad pasaron a depender directamente del emperador (*consilium Principis*). Este hecho –utilizo palabras del gran historiador del Derecho Francesco Calasso– tuvo como consecuencia que la *auctoritas prudentium* perdiera «la primitiva freschezza e sensibilità ai problemi sociali» (*Medioevo del Diritto. I. Le fonti*, 1954, pág. 44).

Por lo demás, a partir de Adriano, los senadoconsultos adquirieron eficacia directa en el *ius*, pero ya no como tales, sino como simples discursos del Príncipe (*orationes Principis*), aclamados por un Senado subordinado. En todo caso, la

parcial transcripción de una *oratio* de Adriano recogida por Paulo en su libro 20 *ad edictum* (D. 5.3.22) nos muestra cómo el emperador –auténtico legislador– todavía guardaba las formas protocolarias (*dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius...*).

Por último, el Edicto –fuente de la potestad magistradual que durante dos largos siglos había servido como canal de innovación jurídica– fue codificado en época de Adriano por el jurista Juliano, de suerte que se convirtió en un libro con autoridad, pero sin imperatividad legal.

Aunque no se perdió por completo durante el Dominado su significado original, el concepto de *auctoritas* dejó de tener la relevancia política y jurídica de antaño. Diocleciano todavía mantuvo los rescriptos como fuente del Derecho, pero, a partir de Constantino, la principal fuente del Derecho es ya la ley general, redactada mayestáticamente por quien ha asumido la *auctoritas* y la *potestas*: el Emperador.

La más genuina *libertas* romana, a través de la confusión entre autoridad y potestad, parecía esfumarse, como se desvanecían también la creatividad y originalidad propias de la jurisprudencia romana, abriendo así una nueva época del Derecho, que con razón ha sido calificada de vulgarismo jurídico.



### III. EL CÓDIGO CIVIL JAPONÉS, UN LOGRO IUSCOMPARATISTA

El Código civil japonés, todavía vigente en el Imperio del Sol, fue resultado de la política legislativa aperturista y modernizadora del emperador Meiji (Mutsuhito) (Kyoto, 3.11.1852-Tokio, 30.7.1912), quien sucedió en el trono, en 1868, a su padre, el emperador Komei (1831-1867). Durante la llamada restauración Meiji (1868-1912), que puso fin al período Tokugawa (1603-1868), se produjeron unas reformas sociales, militares, políticas y económicas de tal calado que Japón logró convertirse en una potencia mundial de primer orden, especialmente tras sendas victorias en sus guerras expansionistas contra China (1894-1895) y Rusia (1904-1905).

#### 1. ANTECEDENTES: EL LLAMADO CÓDIGO CIVIL ANTIGUO O DE BOISSONADE

Los tratados comerciales firmados, en 1858, ya al final la época Tokugawa, con los Estados Uni-

dos (29 de julio), Holanda (18 de agosto), Rusia (19 de agosto), Francia (9 de octubre), y Gran Bretaña (14 de octubre), habían puesto en evidencia la pobreza legislativa del Japón. En estos tratados, el gobierno nipón hubo de conceder a estas potencias un amplísimo privilegio de extraterritorialidad en los ámbitos civil y penal, que dejó al Japón en una incómoda y desventajosa posición de inferioridad. Cuando el gobierno del Meiji, años después, intentó revisar los tratados a fin de abolir esta supremacía extranjera, y muy particularmente la jurisdicción consular, se encontró con una rotunda negativa por parte de estos países fundada en la escasa eficacia y la insegura aplicabilidad del Derecho japonés entonces vigente.

La salida del multiseccular aislamiento exigía, pues, una actualización de su ordenamiento legal, que se hizo precisamente con la mirada puesta en el Derecho de estos países. Comenzaba de esta forma una nueva etapa en la historia del Derecho japonés marcada por la capacidad de asimilación de los principios jurídicos del Derecho europeo y angloamericano, así como de armonización de éstos entre sí y con la propia idiosincrasia nipona.

El proceso de recepción del Derecho fue en todo caso complicado, pues estaban en juego muchos intereses políticos y económicos. Se inició en 1869 cuando el Ministro de Justicia Shim-

pei Eto (1834-1874), condenado cuatro años después a la pena capital, encomendó al intelectual Rinsho Mitsukuri (1846-1897) la traducción al japonés del Código penal francés. Contento con la labor realizada por el traductor, le encargó la compleja traducción del *Code civil*, cuyo prestigio e influencia mundial eran incuestionables. La elección del ordenamiento francés frente al sistema del *common law*, por ejemplo, tenía la ventaja de que los cinco códigos franceses podían ser «recibidos» conjuntamente y en «unidad de acto», sin necesidad de un complejo proceso de adaptación, que sí hubiera requerido la importación del Derecho angloamericano, basado en el precedente judicial, o del Derecho de Pandectas, fruto maduro de la Escuela Histórica, que venía aplicándose en la recién unificada Alemania.

Se cuenta que, en cierta ocasión, habiendo acudido el Ministro Shimpei Eto al despacho de Mitsukuri para llevarse una parte del Código civil francés ya traducida, éste le manifestó sus dificultades en la traducción, entre otras razones, porque no existía un diccionario francés-japonés, y que el Ministro le tranquilizó con las siguientes palabras: «No se preocupe Usted por los errores. ~~Elaboraremos los códigos japoneses aun utilizando como modelo traducciones plagadas de faltas~~» (cfr. F. Otsuki, *Mitsukuri Rinsho Kun den*, 1907, págs. 100-102). Una parte de la traducción se publicó ya en 1871, pero la traducción com-

pleta, en cambio, no pudo acabarse hasta abril de 1878.

En efecto, la traducción del Código de Napoleón, cuyo bicentenario celebramos, requería la utilización de una nueva terminología jurídica japonesa, ya que muchos eran los conceptos del *Code* inexistentes en japonés. Baste mencionar la paradigmática expresión *droits civils*, central en la filosofía jurídico-napoleónica. A pesar de la importante labor creativa del traductor, gran conocedor del francés pero sin previa formación jurídica, la idea de resolver la laguna legal con la posible aplicación directa de la versión japonesa del Código francés parecía inviable. Por lo demás, difícilmente se hubiera podido asumir un Derecho no conocido en profundidad por los propios juristas japoneses.

Con acierto, el Gobierno japonés comenzó a invitar a algunos juristas extranjeros, como el abogado francés Georges Bousquet (1872) o el jurista alemán Paul Mayet (1876), para que enseñaran el Derecho de Occidente y asesoraran al Gobierno en temas legislativos. Entre estos juristas, destaca, en el ámbito civil, el francés Gustave Émile Boissonade de Fontarabie (1825-1910). Procedente de una familia aristocrática oriunda de la Vasconia, e hijo no matrimonial del famoso helenista parisino Jean François Boissonade de Fontarabie (1774-1857), Gustave Émile Boutry había nacido en Vincennes, cerca

de París, el 7 de junio de 1825. Tras licenciarse en Letras y doctorarse en Derecho en la Universidad de París (1852), trabajó como abogado y profesor particular hasta ganar la Agregaduría de la Facultad de Derecho de Grenoble (1864). En 1867, se trasladó a París, donde profesó en su *alma mater* hasta que marchó al Japón, invitado por el Gobierno en misión especial, en 1873.

Boissonade recibió el encargo de redactar en francés un código penal y un código de procedimiento penal «conforme al espíritu japonés y a la técnica occidental», así como de impartir docencia en la recién fundada Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia. La finalidad de esta Escuela no era otra que la de promocionar el Derecho francés frente al ya presente Derecho angloamericano, que se venía enseñando, desde 1874, en la que, a partir de 1877, se llamó Universidad de Tokio. Las quince ediciones alcanzadas por el libro del joven jurista americano Henry T. Terry, titulado *The First Principles of Law* (1878), son un claro exponente del peso que llegó a adquirir el Derecho angloamericano. Por lo demás, las ideas de los juristas Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859) y del escocés Henry J. Maine (1822-1888) eran las que gozaban de mayor predicamento en los ambientes académicos de la Escuela anglosajona, cuando llegó Boissonade al Japón.

En 1877, el jurista parisino había cumplido su tarea codificadora, y en 1880, después de ser tra-



ducidos al japonés, se promulgaron por ley imperial estos dos primeros códigos japoneses modernos –penal y de procedimiento criminal–, que entraron en vigor el 1 de enero de 1882 (cfr. Boissonade, *Projet de Code de procedure criminelle pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 1882; y *Projet révisé de Code pénal pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 1886). Entre otros principios penales que informaron estos códigos, hay que mencionar el de legalidad penal (*nulla poena sine lege*), recogido en el art. 2 del Código penal, así como el de irretroactividad de la ley penal desfavorable (art. 3) Ambos códigos tuvieron, sin embargo, una corta vida: el Código de procedimiento criminal estuvo vigente hasta 1890; el penal, hasta la entrada en vigor del ahora ya casi centenario Código penal de 1907. En efecto, las doctrinas penalistas alemanas, y muy particularmente las novedosas ideas de Franz von Liszt (1851-1919), cautivaron a los juristas japoneses.

Cumplido este primer encargo, Boissonade se afanó, a partir de marzo de 1879, en la elaboración de un proyecto de Código civil, para el que gozó como él mismo llegó a afirmar de una gran libertad: «*une complète liberté pour la première rédaction du projet du Code Civil*» (*Projet de Code Civil pour Empire du Japon, accompagné d'un commentaire I*, 1882, pág. V). El Proyecto –inspirado principal pero no únicamente en el modelo francés, y con parte de elaboración propia– constaba

de cinco libros: I. *De las personas y de la familia*; II. *De los bienes*; III. *De los modos de adquirir los bienes*; IV. *De las garantías*; y V. *De las pruebas y de la prescripción*. Como no conocía el profesor parisino las costumbres japonesas, ni tampoco el idioma, prefirió, con buen criterio, que el libro I sobre las personas y la parte de sucesiones (que se incorporaría al libro III) fueran elaborados por los juristas japoneses Shiro Isobe y Toshikazu Kumano, con el fin de poder dedicarse él personalmente a los restantes libros, que fueron traducidos y revisados por las correspondientes comisiones. Boissonade puso punto final al proyecto al cabo de diez años, en abril de 1889. Esta parte del Código fue promulgada por Ley imperial 28/1890, de 27 de marzo. Cuando el equipo japonés finalizó, en octubre del mismo año, el libro I sobre las personas y la parte correspondiente al Derecho de sucesiones del libro III, se reunieron los cinco libros en un solo Código, cuya entrada en vigor se fijó el 1 de enero de 1893.

Durante estos tres años de *vacatio legis*, necesarios por lo demás para que los juristas se familiarizan con el Código, tuvo lugar una fuerte controversia que impidió que el *Code* de Boissonade ~~entrara en vigor~~. Tres fueron quizá las causas más destacadas que provocaron, a la postre, el rechazo del Código de Boissonade. En primer lugar, las tensiones en el seno del gobierno japonés debido a las difíciles negociaciones de revisión

de los Tratados comerciales firmados con los Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Holanda en 1858. Confirma cuanto digo el hecho de que desde el 30 de abril de 1888 hasta el 8 de agosto de 1892 se sucedieron cuatro primeros ministros: Kiyotaka Kuroda (1840-1900), Arimoto Yamagata (1838-1922), Masayoshi Matsukata (1835-1924) e Hirobumi Ito (1841-1909) (por segunda vez).

El compromiso del Ministro de Asuntos Exteriores, Shigenobu Okuma (1838-1922), víctima de un atentado en octubre de 1889, de entregar a estos países una versión inglesa y otra francesa de los Códigos japoneses para que fueran aprobados por ellas y de nombrar jueces extranjeros en sus propios tribunales, precipitó su dimisión el 24 de diciembre de 1889. Le siguió Shuzo Aoki (1844-1914), que fue cesado el 6 de mayo de 1891. Su sucesor Takeaki Enomoto (1836-1908) sólo ocupó el cargo hasta el 8 de agosto de 1892. Esta sucesión de nombramientos en cascada provocaba una gran inestabilidad gubernamental.

La promulgación de la nueva Constitución de Meiji de 11 de febrero de 1889 (en vigor desde el 29 de noviembre de 1890), exaltadora de los valores nacionales e inspirada en la de Prusia de 31 de enero de 1850, confirmaba el giro en la política legislativa del gobierno hacia el Derecho alemán, iniciado con el encargo de los Códigos de comercio y procesal civil a los juristas alema-

nes Hermann Roesler (1834-1894) y Hermann Techow (1838-1909), respectivamente. En efecto, el padre de la Constitución Meiji, Hirobumi Ito (1841-1909), nombrado Ministro de la Presidencia en 1892, en su viaje a Europa (1882-1883), fue cautivado por el pensamiento constitucional de juristas como Rudolf von Gneist (1816-1895) y Lorenz von Stein (1815-1890) y no vio, en cambio, con buenos ojos la Constitución francesa de 1791 por considerarla revolucionaria e incompatible con el régimen imperial nipón.

El duro antagonismo entre la Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia en la que profesaba Boissonade y la Facultad de Derecho de la Universidad de Tokio, más atenta a los principios angloamericanos, también favoreció esta política de acercamiento a la ciencia jurídica alemana. En efecto, en 1885, la Escuela de Derecho del Ministerio de Justicia pasó a formar parte de la Universidad de Tokio, lo que sin duda significaba el abandono del Derecho francés como Derecho oficial del ministerio, y dos años después, en 1887, se creó una nueva sección de Derecho alemán, a la que se incorporaron, entre otros juristas, Georg Michelis (1857-1936), Ernst Delbrück (1858-1933), Felix Delbrück (1859-1924) (no emparentado con el anterior, a pesar de la coincidencia de apellidos) o Heinrich Weipert (1856-1905).

En 1889, el más tarde célebre jurista americano

John Henry Wigmore (1863-1943) se trasladó a Japón para dirigir el Departamento de Derecho angloamericano de la Universidad de Keio, en Tokio. Sus investigaciones sobre la tradición jurídica japonesa y el alto desarrollo del Derecho japonés en la época de Tokugawa (1603-1868) apoyaban sus tesis contrarias a la codificación, y, en particular, al proyecto de Boissonade, que criticó con dureza. Al lector interesado en esta pugna entre el profesor parisino y el jurista norteamericano remito a la obra de Wigmore, *Materials for the Study of Private Law in Old Japan*, publicados bajo los auspicios de la Asiatic Society of Japan (1892), y su nueva versión, acabada poco antes de su muerte, *Law and Justice in Tokugawa Japan. Materials for the History of Japanese Law and Justice under the Tokugawa Shogunate (1603-1868)* (1941, reimpr. 1969).

Pero muy probablemente el golpe definitivo contra el Código de Boissonade lo atestó un famoso manifiesto en contra de la entrada en vigor del Código de Boissonade (y del Código de comercio), rubricado por once juristas japoneses de formación anglosajona y publicado, aprovechando un viaje de Boissonade a Francia, el 14 de abril de 1892. El escrito centraba su crítica, entre otros, en los siguientes puntos, a saber: *a*) que el Código había despreciado las antiguas costumbres referentes a la organización familiar nipona; *b*) que estaba inspirado en principios del Cristianismo –que no era la religión del país–,

defensores de la igualdad de todos los seres humanos con independencia de su posición social; c) que daba más importancia a la teoría de los bienes que a las personas; d) que admitía un Derecho natural anterior al Derecho positivo; y e) que estaba informado por un principio individualista, desconocedor de los distintos grupos configuradores de la sociedad.

Aunque Boissonade no perdió la esperanza de que su Código se aplicara a partir del 1 de enero de 1893, tal y como estaba previsto, lo cierto es que el 22 de noviembre, por Ley 8/1892, se «retrasó» la entrada en vigor de los códigos civil y de comercio hasta el 31 de diciembre de 1896. El Código de Boissonade estaba llamado a ocupar en la historia del Derecho el amplio lugar reservado a los muchos *codices sine effectu* que en el mundo han sido. A la vista de los acontecimientos, Gustavo de Boissonade regresó a Francia, en marzo de 1895. Falleció quince años después, en Antibes, el 7 de julio 1910. En honor a este gran jurista hay que decir que su código, conocido hoy en Japón, como «Código antiguo», goza cada día de mayor autoridad, pues muchas son las instituciones reguladas en el código japonés vigente en las que dejó una fuerte impronta. Con razón, se ha considerado a Boissonade «padre del Derecho japonés moderno».

## 2. ELABORACIÓN Y CONTENIDO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1898

En marzo de 1893, se creó por edicto imperial un consejo para la «revisión» del Código de Boissonade y se nombró una comisión ejecutiva compuesta por los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Imperial de Tokio Nobushige Hozumi (1855-1926), Masaaki Tomii (1858-1935) y Kenjiro Ume (1860-1910). Permítaseme detenerme brevemente en cada uno de ellos por tratarse de tres de los juristas japoneses de mayor importancia.

El Barón Nobushige Hozumi era hijo de un samurai de Uwajima, en Shikoku. Tras sus estudios en Meirinkan y Tokio, fue enviado por el Ministerio de Educación, en 1876, a Londres, donde obtuvo el título de *barrister at law*. En 1879, marchó a Berlín, en cuya universidad amplió estudios, hasta que, en 1881, regresó al Japón. Desde 1881 hasta 1912, profesó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tokio, de cuya Escuela anglosajona formó parte. Entre otros cargos, fue miembro de la Cámara Alta de la Dieta Imperial, Presidente de la Academia Imperial y Presidente del Consejo Privado del Emperador. La vocación jurídica de Nobushige Hozumi cuajó no sólo en su hermano menor –el famoso jurista Yatsuka Hozumi (1860-1912)– sino también en su hijo mayor, Shigeto Hozumi (1883-1951), que fue, como su padre, profesor de

Derecho civil en la Universidad de Tokio y juez del Tribunal Supremo.

Masaaki Tomii era natural de Tokio. Tras licenciarse, en 1877, en la Escuela de Idiomas de la Universidad de su ciudad natal, amplió estudios y se doctoró en Derecho en la Universidad de Lyon. A su regreso a Japón, en 1883, se incorporó a la Universidad de Tokio como profesor de Derecho civil. En 1919 formó parte de la comisión de reforma de los libros IV y V del Código civil. No obstante su formación francesa, era partidario de una mayor presencia de los Derechos germano y anglosajón en el Código civil japonés.

Kenjiro Ume era natural de la prefectura de Shimane, donde nació en junio de 1860; en 1884, se licenció en Derecho en la Escuela del Ministerio de Justicia, de la que era profesor Boissonade. Amplió estudios en las Universidades de Lyon, donde se doctoró con una tesis en francés sobre la transacción, y de Berlín, donde siguió los cursos de Josef Kohler (1849-1919) y Heinrich Brunner (1840-1915). A su vuelta a Japón, en 1890, impartió docencia en Derecho civil y de comercio en la Universidad Imperial de Tokio y fue nombrado supervisor de la Escuela francesa de Derecho (hoy, Universidad Hosei). Participó muy activamente en la elaboración del Código de comercio japonés de 1899. Sus distintas obras sobre Derecho civil y mercantil han servido para formar a generaciones de juristas.



Tanto Hozumi como Tomii defendieron el retraso de la entrada en vigor del Código de Boissonade; el profesor Ume, en cambio, había sido uno de los más acérrimos defensores de su inmediata vigencia.

Esta comisión, más que revisar el Código de Boissonade, preparó un nuevo proyecto, en cinco libros. En marzo de 1896, fueron aprobados por la Dieta Imperial los tres primeros, con ligeras modificaciones, y promulgados por Ley 89/1896, de 27 de abril. El libro I contenía la Parte general (arts. 1 a 174); el libro II, los derechos reales (arts. 175 a 397), y el libro III, las obligaciones (arts. 398 a 724). Los libros IV (De la familia: arts. 725 a 963) y V (De las sucesiones: arts. 964 a 1146) fueron promulgados por Ley 9/1898, de 21 de junio. El nuevo Código civil japonés entró en vigor, todo él, al mes siguiente, el 16 de julio de 1898 y es el que todavía se aplica en nuestros días. Se trataba del primer Código japonés aprobado conforme a lo dispuesto en el art. 37 de la Constitución Meiji, que exigía el consentimiento de las dos cámaras de la Dieta Imperial.

Una gran ventaja que ofrecía este Código frente al de Boissonade era el de haber sido escrito en lengua vernácula y por juristas de la tierra. Otra, no menos importante, era que, al haber tenido en cuenta distintos sistemas jurídicos, podía presentarse, en los ambientes políticos, como

un Código ecléctico de las tres Escuelas (inglesa, francesa y alemana). Pero no en el ámbito jurídico, pues el Código de 1898 venía a confirmar que, a partir de ese momento, la Escuela alemana iba a liderar la actividad jurídica del Japón.

Por último, el Código de 1898 era más breve. Tenía seiscientos dieciséis artículos menos que el Código de Boissonade (1.762 artículos en su versión definitiva), gracias a la incorporación de una Parte General, que fue muy bien recibida en Japón. Los cinco libros de que constaba seguían fundamentalmente la estructura pandectista del primer (1888) y segundo borrador (1895) del BGB, presente ya en el Código de Sajonia, de 1863.

### 3. «BGB PATET, CODE CIVIL LATET»

En la redacción, sin embargo, se tuvieron en cuenta muchos otros Códigos –más de treinta–, entre los cuales se encontraba el nuestro español de 1889. Con estas palabras, traducidas con cierta libertad, explicaba el propio Hozumi (*The New Japanese Civil Code*, 1904, pág. 11, y *Lectures on the New Japanese Civil Code*, 2ª ed., 1912, págs. 22-23), en un congreso internacional celebrado en San Luis (Missouri) en 1904, la elaboración del Código civil japonés, para dejar constancia de que se trataba de un logro del Derecho comparado («*a fruit of the comparative jurisprudence*»):

«A primera vista, podría parecer que la factura del nuevo Código es muy próxima a la del Código alemán. He leído frecuentemente afirmaciones en este sentido. Es cierto que tanto el primer como el segundo proyecto del Código alemán proporcionaron un material muy valioso a la Comisión codificadora y que fueron muy tenidos en cuenta en las deliberaciones de ésta. Pero un examen más atento de las reglas y principios informadores del Código muestra que la Comisión recogió material de todas las partes del mundo civilizado y que, con gran libertad, se sirvió de reglas y principios jurídicos de otros países, siempre que vio la conveniencia de actuar así. En algunos capítulos, se adoptaron las reglas del código francés; en otros, los principios del Derecho anglosajón; otras veces, proporcionaron material a los redactores del Código leyes como el Código de las Obligaciones de Suiza de 1881, el nuevo Código español de 1889, el Código general de los bienes de Montenegro, las Leyes de Sucesiones y Contratos de la India, o los Códigos civiles de Luisiana, Baja Canadá, distintas repúblicas Sudamericanas, el proyecto del Código civil de Nueva York, así como otros similares».

Entre estos otros códigos utilizados a que se refiere Hozumi, se deben mencionar el código de Prusia (*Preußisches Allgemeines Landrecht*), de 1793; el importante código austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), de 1811, el ya citado Código de Sajonia (*Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch*), de 1863, y muy particularmente el italiano

de 25 de junio de 1865. En realidad, estos Códigos, especialmente el austriaco, tuvieron más importancia que algunos de los citados por el jurista japonés. Pero no hay que olvidar que Hozumi pertenecía a la Escuela anglosajona y estaba disertando en los Estados Unidos, por lo que se comprende que, entre los códigos de influencia más secundaria, sin faltar a la verdad, refiriera aquellos más conocidos por el auditorio. Así, por ejemplo, el Código italiano de 1865 y el Código civil de los Países Bajos de 1827 inspiraron ni más ni menos que el art. 2 del Código civil japonés, que venía a resolver el estatuto de los extranjeros, extendiendo a ellos los derechos privados en tanto no fueren excluidos por ley, reglamento o tratado internacional. El propio Hozumi menciona la influencia de estos dos Códigos pioneros en la incorporación de este principio de igualdad (*The New Japanese Civil Code*, pág. 37).

En cualquier caso, la impronta sobre el Código japonés de 1898 de todos los códigos citados, con el francés a la cabeza, es menor, bastante menor, que la del BGB, del que tomó, no sólo la estructura, sino también gran parte de su contenido, especialmente en su libro I: los conceptos pandectistas de capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*), capacidad de obrar (*Geschäftsfähigkeit*), declaración de voluntad (*Willenserklärung*), negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) y representación (*Vertretung*), la teoría de la persona jurídica (*juristische*

*Person*) o la distinción entre asociación (*Verein*) y fundación (*Stiftung*) han pasado sin filtros al Derecho japonés. Posteriormente, el BGB influyó, tanto directamente como a través del propio Código civil japonés, en la elaboración del Código civil de Taiwán, promulgado el 23 de mayo de 1929 (en vigor desde el 10 de octubre de ese mismo año), durante el período colonial japonés, así como del Código civil de la República de Corea (Corea del Sur), de 22 de febrero de 1958 (en vigor desde el 1 de enero de 1960).

De ahí que, más que tratar de lo que hay de Derecho alemán en el Código japonés, un criterio más simple invita a considerar lo que no es estrictamente Derecho alemán. Conviene advertir, sin embargo, que sería un error crear un inexistente muro de separación entre el BGB y el *Code* u otros códigos, pues casi todos ellos están fuertemente inspirados en el Derecho romano, tan presente en el Código japonés. Por lo demás, como se ha dicho, la formación jurídica de la comisión legislativa era ecléctica. Permítanseme algunos ejemplos. La regulación de la compensación (arts. 505 a 512 del CCjap.) está tomada del BGB, que trata de ella (*Aufrechnung*) en los §§387 a 396 BGB, pero el legislador tuvo también en cuenta el Derecho francés (arts. 1289 a 1299 *Code*); el art. 91 del Código japonés recoge el principio de libertad civil, basándose en el art. 6 del *Code*, pero a la luz, más tenue, eso sí, del §134 BGB. Paradigmáticos en este sentido son tam-

bién el título de la posesión (arts. 180 a 205 Cjap.), en el que tanto la impronta del BGB como la del *Code* se vislumbran en los distintos artículos; el capítulo de la cesión de créditos (arts. 466 a 473 CCjap.); la regulación del arrendamiento (arts. 601 a 622 CCjap.); o, por citar unidades menores, el art. 415 CCjap. en tema de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, que funde el art. 1142 del *Code*, que inspiró su inicio, con el §280.1 BGB, al que debe su final; o el art. 457 CCjap., que recoge, en su párrafo 1, la doctrina del art. 2250 del *Code* y en su párrafo 2, la doctrina del §720.2 BGB.

En ocasiones, la diferencia es más de técnica legislativa que conceptual. Por haber sido elaborado un siglo después y coincidiendo con un período de especial sensibilidad jurídica, la técnica legislativa del BGB es más perfecta que la del *Code*. Por eso, es natural que el Código japonés imite la de aquél y no la de éste. Con todo, la calidad jurídica del Código civil japonés, a pesar de haberse inspirado en el BGB y en el *Code* (redactado éste casi un siglo antes), es muy inferior a ellos. Así lo ponen en evidencia artículos como el 179 CCjap., en tema de extinción de derechos reales por confusión; el 26 CCjap., sobre derecho de superficie; el paupérrimo 399 CCjap., que abre el libro III sobre las Obligaciones —frente a los elegantes art. 1101 del *Code* o §241 BGB—, o la imprecisión de los artículos correspondientes a las donaciones (arts. 549 a 554 CCjap.).

Si hay algo que separa el Código japonés del BGB es que los legisladores japoneses de 1898 no recogieron el principio de abstracción alemán (*Abstraktionsprinzip*, del §929 BGB) y sí, en cambio, el principio «espiritualista» francés de transmisión de la propiedad por mero consentimiento. En efecto, los famosos artículos 1138 y 1583 del *Code* dejaron su impronta en el art. 176 del CCjap., que recoge el principio de constitución y transmisión de los derechos reales por simple declaración de voluntad. Ya sólo este hecho es suficiente para dar carta de naturaleza a la influencia francesa en el Código japonés. Pero es que a la comisión no se le escapó la sencillez y profundidad del art. 1382 del *Code* sobre responsabilidad por culpa extracontractual (vid. art. 709 CCjap.), el principio de libertad contractual del art. 6 del *Code*, el principio de *l'action oblique* del art. 1166 del *Code*, que pasó casi literalmente al art. 423 CCjap., ni el famoso principio de que *la possession vaut titre* del art. 2279 del *Code*, recogido en el art. 1192 CCjap. La Comisión tuvo especialmente en cuenta el *Code* en la redacción del título de los privilegios (arts. 303 a 341 CCjap.) –que no se encuentra en el BGB–, pero también del título de las servidumbres (arts. 280 a 294 CCjap.), de la fianza (arts. 446 a 465 CCjap.), o la novación (arts. 513 a 518 CCjap.), por citar algunos ejemplos.

Muy superior a la influencia angloamericana, a pesar de la mención privilegiada de Hozumi,

es la del llamado Código suizo de las obligaciones, de 1881, cuyo contenido pasó en gran parte al nuevo Código de las obligaciones, que entró en vigor, junto al Código civil suizo, el 1 de enero de 1912. Así, la regulación de la representación aparente del art. 109 CCjap. está inspirada en el art. 33.3 del Código suizo de las obligaciones; o la extensión de las disposiciones del mandato del art. 656 CCjap. a aquellos encargos que no constituyan otro contrato regulado legalmente está tomada del art. 394.2 (igual al vigente) del Código suizo de las obligaciones. También está inspirado en el *Code des obligations* (art. 311, vigente) el art. 599 del Código japonés, que considera la muerte del comodatario como causa de extinción del comodato, a diferencia de lo dispuesto, por ejemplo, en el art. 1879 del *Code*, de donde procede el art. 1742 del Código civil español.

No fatigaré al lector con referencias concretas a distintos códigos que pasaron por las manos de los legisladores, muy probablemente como el agua entre ellas. Sí me parece, en cambio, obligado intentar dar respuesta a dos cuestiones: si el Código civil español influyó en el Código japonés y qué hay de japonés en el Código japonés.

#### 4. POSIBLE INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Bastantes son las semejanzas entre el Código civil japonés y el Código civil español de 1889. Muchas de ellas, sin embargo, proceden de que



tanto el legislador japonés como el español tuvieron muy presente el Código francés. La influencia española, por tanto, puede venir por una doble vía: por haber sido tenido en cuenta junto al Código francés en aquellas instituciones reguladas por el código napoleónico (por ejemplo, en tema de servidumbres, créditos privilegiados o transmisión de la propiedad), o por haberlo sido como Código independiente, en instituciones que no se hallan en el *Code* o que están reguladas de forma diferente al Código japonés.

La influencia *à côté du Code* se manifiesta, por ejemplo, en materia de paso a la finca ajena para construir o reparar un edificio de la propia, que regula el art. 209 CCjap., muy probablemente inspirado en nuestro art. 569 CCesp. El Código francés trata de este derecho de paso (art. 682 *Code*), pero no con la proximidad con que lo hacen los códigos japonés y español (pero cfr. también el art. 592 del *Codice* de 1865). Otro ejemplo de influencia española es el art. 215 del CCjap., en tema de contención de aguas, que pudo inspirarse en los arts. 421 y 422 CCesp. El *Code* se refiere a esta materia en el art. 640, pero este artículo se halla bastante más alejado de Código japonés que los artículos mencionados del Código español. Un tercer ejemplo que puede servir para mostrar esta influencia española es el del art. 220 CCjap., que regula el derecho de conducción de agua sobre el fundo inferior para

evacuarla, de forma muy semejante a los arts. 557 y 558 CCesp. Por último, y no por ello menos importante, se puede citar el art. 580.1 CCjap., sobre retracto convencional, que, aunque inspirado en el *Code*, establece sin embargo un plazo de ejercicio máximo de diez años, semejante al art. 1508.2 CCesp., y no de cinco años, como dispone el art. 1660 del *Code*.

Para mostrar una influencia española independiente de la francesa es necesario acudir a instituciones que, no hallándose en el *Code*, estén reguladas en el Código español, o a artículos de nuestro Código que difieran del francés y se encuentran de forma similar en el Código japonés. Tal es el caso, por ejemplo, de la enfiteusis (arts. 270 a 279 CCjap.), que suprimió el *Code*, pero que regula extensamente nuestro Código civil (arts. 1628 a 1656 CCesp.). Aunque pudo ser tenida en cuenta por el legislador nipón, la regulación española es bastante diferente a la japonesa. Por lo demás, también se halla regulada en el Código austriaco (§1122 ABGB), aunque también con poco paralelismo con el Código japonés. Se encuentra también en el ABGB (§323) y en nuestro Código civil (art. 448 CCesp.) la presunción de justo título, que ha pasado al art. 188 del CCjap. El tenor del art. 488 CCjap., en tema de imputación de pagos, es casi idéntico a nuestro art. 1172.1 CCesp., pero tampoco se distancia tanto del §366.1 BGB como para pensar en una procedencia directa. Lo mismo sucede con el art.

649 CCjap. en tema de anticipos al mandatario, idéntico a nuestro art. 1728.1 CCesp. (pero también muy próximo al §669 BGB). Sí es probable, en cambio, que esté inspirado el art. 535 CCjap., sobre responsabilidad en caso de contrato sometido a condición suspensiva, en los párrafos 3 y 4 del art. 1122 CCesp. En todo caso, la cuestión sobre la influencia del Derecho español en el Código civil japonés –real por cuanto la menciona Hozumi en lugar destacado– queda abierta y pendiente de un estudio profundo, que brindo a los jóvenes juristas japoneses y españoles.

5. «UBI IUS NIPPONICUM?»

Contestaré esta segunda pregunta diciendo que el Código civil japonés tiene mucho de Derecho alemán, bastante de Derecho francés y poco de tradición jurídica japonesa, pero, en todo caso, se trata de un Derecho «elaborado» en Japón por japoneses. La Comisión legislativa se despegó de los códigos occidentales en el art. 263 CCjap., por ejemplo, que regula el Derecho de «*Iriai*», que es un derecho real consuetudinario de explotación forestal de tierras comunales. Parte de elaboración japonesa tiene también el contrato de compraventa, que prescinde del concepto romano de cosa (*merx*) para incorporar el de «derecho patrimonial» (art. 555 CCjap.). Pero, sobre todo, donde realmente se nota la actividad creativa de los legisladores japoneses fue en los libros IV y V, sobre familia y herencia, respecti-

vamente. En estos libros finales, se suceden, sin solución de continuidad, artículos del BGB o del *Code* con artículos de nueva factura. Y es que la organización familiar japonesa poco tenía que ver a finales de siglo XIX con la europea o la americana.

La familia japonesa se organizaba en torno a una «Casa» (*Ie*), registrada en el llamado *Koseki* (registro de casas). Gobernada por un jefe de familia –en muchos casos el abuelo– a ella pertenecían su esposa, sus parientes consanguíneos hasta sexto grado y los afines hasta tercero, con sus respectivos cónyuges (art. 732 CCjap. en relación con 735 CCjap.1898). El jefe tenía el deber de manutención de los miembros de la casa (art. 746 CCjap.1898). Éstos, a cambio, tomaban el apellido del jefe (art. 746 CCjap.1898), no podían cambiar su residencia sin su autorización (art. 749 CCjap.1898) y necesitaban su consentimiento para contraer matrimonio o reconocer un hijo (art. 750 CCjap.1898). Al morir el jefe sucedía en la jefatura su heredero. Esta estructura familiar explica que el matrimonio fuera tenido más por una institución de la propia casa que por un convenio *inter virum et uxorem*. Así, para contraer matrimonio, el menor de treinta años o la menor de veinticinco necesitaban el consentimiento de sus padres, siempre y cuando éstos pertenecieran a la Casa (art. 772 CCjap.1898) y el del jefe de la Casa, si éste no era su padre.

La gran novedad que introdujo el Código ja-

ponés fue la de otorgar capacidad jurídica y cierta capacidad de obrar a cada uno de los miembros de la Casa (arts. 1 y 748 CCjap.1898). A su vez, mejoró considerablemente la posición de la mujer, especialmente de la casada, aunque todavía quedaba muy lejana su equiparación en derechos al varón. En efecto, el Derecho japonés venía aplicando la doctrina china de la perpetua obediencia de la mujer al varón, que se manifestaba en las llamadas tres obediencias: la mujer, de soltera, debía obedecer a su padre; de casada, a su marido; de viuda, a su hijo. (N. Hozumi, *Lectures*, pág. 31). El art. 748 CCjap.1898 concedía a la mujer soltera, integrada en la casa de su padre o de su abuelo, capacidad para adquirir un patrimonio peculiar distinto del de la casa.

En este sentido, se puede citar como revolucionario para el Japón el art. 790 CCjap.1898, inspirado en el §1360 BGB, que imponía a los esposos el deber de «mutua ayuda y sostenimiento». Se permitió que la mujer casada tuviera su propio patrimonio, si así se había establecido en las capitulaciones matrimoniales (art. 793 CCjap.1898), pero éste debía ser administrado, en principio, por el marido (art. 801 CCjap.1898).

El Código civil Meiji incorporó un divorcio bilateral por mutuo consentimiento (art. 808 CCjap.1898). Este divorcio exigía el consentimiento de los padres en los menores de veinticinco años (art. 809 CCjap.1898). En realidad, en

muchas ocasiones, el divorcio bilateral no era sino un «abandono» de la mujer «consentido» por ella. Muy lejos estaba culturalmente el Japón de vislumbrar la auténtica, por libre, naturaleza unitiva del perpetuo amor conyugal entre personas de igual dignidad y sexo complementario. También incorporó el Código Meiji un divorcio judicial con «justa causa» (art. 813 CCjap.1898) –en sustitución del «divorcio unilateral», en realidad repudio, vigente hasta 1873–, que permitía al marido –conforme al entonces vigente Código Tahio-Ryo (del 708 d.C.)– abandonar a la mujer, sin aviso previo, en caso de: *i*) esterilidad, *ii*) lascivia, *iii*) desobediencia a los suegros, *iv*) locuacidad, *v*) hurto, *vi*) celos o *vii*) enfermedad incurable (cfr. N. Hozumi, *Ancestor-Worship and Japanese Law*, 3ª ed., 1913, pág. 144).

La sustitución en el Código Meiji del repudio unilateral (sin consentimiento de la mujer) por el divorcio bilateral (con consentimiento del otro cónyuge) produjo, a juzgar por las estadísticas, una mayor estabilidad matrimonial en Japón. Y es que, dada la posición social de la mujer, en realidad, lo que *de facto* incorporaba el Código de 1898 era el requisito del consentimiento de la mujer para ser repudiada por su marido. El año 1897, el índice de divorcios (por mil habitantes) fue de 2.93 (115.654 divorcios), el año que entró en vigor el nuevo Código (1898) el índice descendió a 2.32 (99.464 divorcios); el año 1899 bajó a 1.54 (66.626 divorcios); en 1900, descendió a

1.46 (63.828 divorcios); en 1910, el índice fue de 1.21 (59.432 divorcios); en 1920 descendió a 0.99 (55.511 divorcios) (cfr. tabla de W. Humbert-Droz, *Das Ehescheidungsrecht in Japan*, 1985, pág. 132, contrastada a partir de 1899 con los datos de la «Estadística vital» facilitados por el Ministerio japonés de Salud, Trabajo y Bienestar). También servía esta clase de divorcio para que la mujer maltratada se liberara del marido con consentimiento de éste, y retornara a su antigua casa, donde frecuentemente ya no era aceptada. El divorcio llamado judicial no tuvo ninguna repercusión social. En 1900, el 99.7% de los divorcios fueron convencionales; en 1920, el 99.2% (cfr. W. Humbert-Droz, *Das Ehescheidungsrecht in Japan*, 1985, pág. 132).

El Derecho sucesorio del libro V giraba también en torno a la Casa, pues la sucesión por antonomasia era la del jefe (*katoku sozoku*), que tenía lugar cuando éste moría o se retiraba (art. 964 CCjap.1898). Sucedió al jefe el pariente de sangre de grado más próximo que fuere varón, y, entre éstos, el de más edad (art. 970 CCjap.1898). Esta sucesión incluía los documentos de la casa, la propiedad sobre las sepulturas y los instrumentos rituales del culto ancestral, conforme a la tradición cultural japonesa. Junto a esta sucesión, como gran novedad, introdujo el Código de 1898 una sucesión sobre los bienes privativos de cada uno de los miembros de la casa (*isan sozoku*), inspirada en el BGB y en el

*Code*, en virtud de la capacidad patrimonial que el propio Código les reconocía (art. 748 CCjap.1898), así como una llamada «sucesión *inter vivos*», que aumentó la capacidad de disposición de los miembros de la casa.

Esta labor de filigrana jurídica realizada por los legisladores japoneses a fin de compatibilizar los elementos culturales japoneses con el Derecho recibido tuvo una vigencia de medio siglo, hasta después de la segunda Guerra Mundial.

#### 6. LA REVISIÓN DE 1947: LA «AMERICANIZACIÓN» DEL DERECHO JAPONÉS

Las dos bombas atómicas caídas sobre Hiroshima y Nagasaki, el 6 y 9 de agosto de 1945 respectivamente, así como la declaración de guerra de la URSS, el 8 de agosto, precipitaron el anuncio de rendición incondicional del Japón a las Fuerzas Aliadas, que tuvo lugar el día 10 de agosto de 1945. Tras aceptar las condiciones impuestas por los vencedores en la Declaración de Potsdam de 27 de julio, entre las que destacaba la democratización de las instituciones japonesas, el día 1 de septiembre, el Ministro Mamoru Shigemitsu, en nombre del Emperador, firmaba la rendición, que fue entregada al día siguiente, a bordo del acorazado *Missouri*, surto en la bahía de Tokio, al general americano Douglas MacArthur (1880-1964). Unos días después, MacArthur, Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas, ocupaba el archipiélago nipón. Comenzaba



una nueva etapa en la historia de este país, de la que la firma del tratado de San Francisco, el 8 de septiembre de 1951, que puso fin a la ocupación militar, constituyó sin duda un hito destacado.

En febrero de 1946, MacArthur ordenó *manu militari* la promulgación de una nueva Constitución democrática, que sustituyera a la Meiji de 1889, conforme a tres principios conocidos como la «doctrina MacArthur», a saber: *a*) soberanía popular (cfr. art. 1 Cjap.), *b*) renuncia del derecho a la guerra (art. 9 Cjap.) y *c*) supresión de la nobleza y de los privilegios (art. 14.2 Cjap.). La Constitución fue promulgada, ironías de la historia, el 3 de noviembre de 1946, coincidiendo con el aniversario del nacimiento del Emperador Meiji, y entró en vigor el 3 de mayo de 1947. La necesaria reforma de esta Constitución «*made in USA*», elaborada por veinte redactores americanos en el cuartel general de MacArthur, es un tema recurrente.

De sus 103 artículos, varios afectaban directamente al Código civil, en particular, a los principios informadores del Derecho de familia y de las sucesiones. En efecto, el derecho a la igualdad del art. 14 de la nueva Constitución, la libertad de residencia del art. 22 Cjap. y los principios de «dignidad individual» y de «equiparación de ambos sexos» que debían informar el sistema matrimonial y sucesorio (art. 24.2 Cjap.) exigían, conforme al art. 98 Cjap. que consagraba

la supremacía normativa de la nueva Constitución, una profunda revisión de los libros IV y V, que no tardó en llegar por Ley 222/1947, de 22 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 1948.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, esta ley no constituyó una gran aportación al Derecho japonés, pues, en realidad, su función fue más derogatoria de los artículos que pudieran vulnerar los principios constitucionales que creativa. Un dato numérico constata esta afirmación: el Código Meiji se componía de 1.146 artículos y, tras la reforma de 1947, quedó reducido a 1.044. Socialmente, sin embargo, la reforma del '47 era revolucionaria pues con ella desaparecía la institución de la Casa por ser considerada por el gobierno americano contraria a los nuevos principios constitucionales de igualdad, dignidad individual y equiparación de sexos. De esta manera, la principal aportación de los legisladores japoneses del Código Meiji, consistente, como se ha dicho, en la armonización de los principios jurídicos occidentales con la tradición jurídica japonesa basada en el sistema familiar de la Casa, desaparecía con la reforma «americana», que imponía a los japoneses un nuevo modelo de familia conforme a la nueva Constitución democrática.

La otra institución que quedó profundamente alterada fue el matrimonio, que pasó a ser consi-

derado un convenio *intes partes* que se encuentran en absoluta igualdad de condiciones. Así, el CCjap. del '47 suprimió la autorización paterna como requisito de validez del consentimiento matrimonial del esposo menor de treinta años y la mujer menor de veinticinco años, protegió la separación de patrimonios entre los esposos que así lo desearan (art. 762 CCjap.), y dejó libertad a los cónyuges en la elección de apellido (art. 750 CCjap.). En cuanto a la sucesión, el nuevo Código suprimió los privilegios sucesorios del primogénito, a excepción de los referentes a la propiedad de los documentos genealógicos, instrumentos de ritos funerarios y sepulturas (art. 897 CCjap.). El Código conserva, sin embargo, la distinción entre hijo legítimo e ilegítimo y otorga a este último la mitad de lo que corresponde a aquél (art. 900 *iv* CCjap.).

En tema de divorcio, la reforma mantuvo el breve art. 808 del Código del 1898 sobre divorcio consensual (cuyo contenido pasó al art. 763 CCjap.) y eliminó aquellas causas de divorcio judicial que atentaban contra el principio de igualdad de ambos sexos. La reforma del libro IV del Código civil sobre Derecho de familia fue completada con dos leyes: la Ley 152/1947, de 6 de diciembre, denominada *Kaji shimpan ho*, que regula los conflictos familiares, y la Ley 224/1947, de 22 de diciembre, denominada *Koseki ho*, sobre registro civil familiar. La primera de ellas aprobó, junto a los ya existentes convencional y

judicial, dos nuevos tipos de divorcio: el divorcio por acto de conciliación en presencia de un juez de familia y con un mediador entre los cónyuges (*Chotei*), y el divorcio por resolución del tribunal de familia, que puede imponer el convenio regulador (*Shinpan*). Estos dos procedimientos, en principio, podían constituir un freno al «divorcio libre» *sine causa* del antiguo artículo 808 CCjap.1898 y nuevo 763 CCjap., detrás del cual tantas veces se escondía un repudio de la mujer sólo formalmente consentido por ella, pero no lo han sido: más del 90% de los divorcios japoneses son convencionales. La razón es que el pueblo japonés ama la justicia, pero no los litigios. Así lo muestra el escaso número de jueces, fiscales y abogados que hay en Japón. Por más que la regulación actual del divorcio sea una de las más permisivas del mundo, la sociedad japonesa, quizá porque ha visto en el matrimonio algo más que el simple convenio de convivencia a la «americana», considera la estabilidad matrimonial un bien muypreciado. Así lo confirman las estadísticas, a pesar de que estos últimos años se han disparado las cifras. El índice de divorcios (por 1.000 habitantes) es el siguiente: en 1985: 1.39; en 1990, 1.29; en 1995, 1.60; en 2000, 2.10; y en 2003, 2.25 (es decir 283.854 divorcios) (*Vital Statistics*, publicadas por el Ministerio japonés de Salud, Trabajo y Bienestar, 2005).

*Extra titulum* y abriendo el Código, se incorpo-

raron dos artículos: el 1 y el 1-2 del CCjap., que recogen los principios constitucionales de dignidad humana y de esencial igualdad jurídica de ambos sexos (art. 1.2 del CCjap.), informadores de la reforma, así como dos principios jurídicos de la tradición occidental que, aunque venían aplicándose jurisprudencialmente, no se hallaban en el Código: el principio de sometimiento de los derechos al bien común (art. 1.1 del CCjap.), y el principio de ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes conforme a la buena fe (art. 1.2 del CCjap.). Como concreción de este último se prohibió legalmente el abuso de Derecho (art. 1.3 del CCjap.), aunque ya lo estuviera jurisprudencialmente.

7. OTRAS IMPORTANTES REFORMAS: EN PARTICULAR, LA LEY 149/1999 DE 8 DE DICIEMBRE DE 1999

Con ser la de mayor calado, la reforma de 1947 no ha sido la única. Ocho la precedieron, en menor escala por supuesto, y más de veinte han tenido lugar con posterioridad. Importante fue, por ejemplo, en tema de sucesiones la reforma de 29 de marzo de 1962 (Ley núm. 40), que incorporó al Código la presunción de comorriencia (art. 32-2 CCjap.), modificó los llamamientos abintestato (arts. 887 a 889 CCjap.) y autorizó al Juzgado de Familia a disponer del caudal relicto, en el caso de inexistencia de herederos, a favor de determinadas personas que hubieran convivido o asistido al causante (art. 958-

3 CCjap.). También en materia de sucesiones fue relevante la reforma por Ley 51/1980, de 17 de mayo de 1980, que mejoró la posición del cónyuge viudo (arts. 900 y 1028 CCjap.) y extendió el derecho de representación a los hijos de los hermanos (art. 901.2 CCjap.). Por Ley 99/1971, de 3 de junio, se incorporó al Código la hipoteca de máximo (arts. 398-2 a 398-22 CCjap.). Inspirada en la *Höchstbetragshypothek* (§1190 BGB) y en la *Grundschuld* alemanas (§§1091-1098 BGB), está considerada como la primera ley «*made in Japan*». La complejidad de la institución, e incluso la complejidad de la misma redacción de la ley, ha obligado a introducir algunas modificaciones, que han venido por Ley 225/1999, de 22 de diciembre (art. 398.3 CCjap.), Ley 91/2000, de 31 de mayo (art. 398.10), y Ley 134/2003, de 1 de agosto (art. 398.19 y 398.20).

No de menor trascendencia fue la reforma 1/1987, de 26 de septiembre, sobre la llamada adopción plena (arts. 817-2 a 817-10 CCjap.), que extingue todos los vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia anterior (cfr. art. 817-2), al modo del art. 178 del Código civil español. Aunque no ha supuesto ningún cambio formal en el Código civil, sí lo modifica indirectamente (~~Ley 110/1996, de 26 de junio, de remisión al Código procesal civil~~) el nuevo Código Procesal civil, promulgado por Ley 109/1996, de 26 de junio, que entró en vigor el 1 de enero de 1998. En efecto, las remisiones que se hacen en el Có-

digo civil a esta imprescindible Ley procesal y los propios principios que la informan suponen sin duda una profunda alteración en el ordenamiento jurídico civil. La Ley 87/1999, de 16 de julio, ha sustituido la rúbrica «Delegación de atribuciones de la autoridad competente», correspondiente al Capítulo IV del Título II del Libro I, por la más general de «normas complementarias», y ha introducido en el art. 83.1-4 la posibilidad de delegar en las corporaciones locales de Derecho público las tareas y atribuciones que se regulan en este título sobre personas jurídicas.

Pero la reforma sustantiva más importante ha venido por Ley 149/1999, de 8 de diciembre, que entró en vigor el 1 de abril del 2000. Esta reforma del 1999 ha modificado en profundidad el capítulo II del título I del libro I sobre capacidad de obrar (arts. 7 a 20 CCjap.). También ha revisado el título V del libro IV sobre tutela (arts. 838 a 876 CCjap.) –permitiendo, por ejemplo, como en España (art. 242 CCesp.), que el cargo de tutor recaiga sobre una persona jurídica (art. 843.4 CCjap.)–, y ha incorporado al libro IV un nuevo título V-2 que versa sobre hasta ahora poco regulada curatela (arts. 876 a 876-5 CCjap.) y sobre la llamada «asistencia» (arts. 876-6 a 876-10 CCjap.), a la que enseguida nos referiremos. En el libro V, sobre sucesiones, ha incorporado el art. 969-2 CCjap. y ha reformado el art. 972 CCjap., a fin de que los sordos y mudos puedan

otorgar testamento abierto o cerrado asistidos por un intérprete, y ha modificado también los artículos sobre formas testamentarias especiales para extenderlos a estas personas de capacidad limitada.

En la reforma de 8 de diciembre de 1999, el legislador ha suprimido el multiseccional concepto de «incapacitado» por considerarlo desafortunado dadas sus connotaciones negativas. Así, por ejemplo, la tutela ha dejado de ejercerse sobre el pupilo y el «incapacitado» para pasar a ejercerse sobre el menor y el «mayor» que la necesite (vid. art. 8 CCjap.). A sendos tutores se atribuyen competencias distintas. El tutor de menores, verbigracia, debe ser en todo caso único (art. 842 CCjap.), pero no el de mayores, pues a éstos se les puede nombrar un cotutor (arts. 843.3 y 859-2 CCjap.).

Para proteger a la persona limitadamente capaz, el legislador ha previsto, junto a las ya existentes instituciones de tutela y curatela, la figura de la «asistencia» o «acompañamiento», sin duda la gran novedad de la reforma. Se trata de una institución de guarda –que viene a cubrir una laguna legal existente– para la atención de ~~aquellas personas que, sin necesidad de tutor~~ –por no estar privadas permanentemente de la capacidad de entender (art. 7 CCjap.)– ni de curador –por no tener una capacidad muy deficiente de entendimiento a causa de su perturba-



ción mental (art. 11 CCjap.)–, sí requieren del cuidado y la atención de otra persona (art. 14 CCjap.). Los términos del art. 14 CCjap. son bastante vagos con idea de poder abarcar el mayor número posible de personas que, a juicio del Juzgado de Familia, necesiten de un asistente. Y es que la pirámide de población del Japón muestra un serio problema de envejecimiento. Según datos oficiales del Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar, el año 2003, más de 24 millones de japoneses, es decir, el 19% de la población nipona, superaban los 65 años. Todo un reto social para el siglo XXI, que reclama un puesto de honor para la vejez.

8. LAS REFORMAS DE 2003 Y 2004; ESPECIALMENTE LA LEY 147/2004, DE 1 DE DICIEMBRE, DE REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL JAPONÉS

Las reformas más recientes, aunque hayan modificado un gran número de artículos, no son de gran calado. La Ley 134/2003, de 1 de agosto, amplió el derecho de preferencia de los créditos devengados por salarios y sueldos de los trabajadores (arts. 306 en relación con art. 308) a cualesquiera otros créditos derivados de una relación laboral (subsidios, seguros sociales, mutualismo, etc). La reforma afecta también a la cesión de créditos pignorados –por cuanto se exige ahora la entrega del título para que la pignोरación surta efecto (art. 363)– y, más extensamente, a la hipoteca (arts. 378 a 387).

Conforme a la nueva redacción del art. 371, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada mediante hipoteca, el Derecho de hipoteca se extenderá también a los frutos del inmueble hipotecado que hayan podido generarse con posterioridad al incumplimiento. Respecto a la purgación de hipoteca, el tercer adquirente de un inmueble gravado con hipoteca podrá purgarla, de conformidad con lo dispuesto en el art. 383, ofreciendo al acreedor hipotecario el precio o la contraprestación a que se refiere el apartado 3 del citado artículo. También en materia de hipoteca, por la Ley 124/2004, de 18 de junio, se ha modificado el art. 383.2, exigiendo ahora que el acreedor hipotecario inste la venta del bien en pública subasta antes de dos meses.

La Ley 76/2004, de 2 de junio, ha modificado varios artículos sustituyendo el término «quiebra» o la expresión «declaración de quiebra» por la de «auto de incoación de expediente de quiebra» con el fin de anticipar algunos efectos al momento de la iniciación de los trámites.

Mención especial merece la reciente Ley 147/2004, de 1 de diciembre, de reforma parcial del Código Civil japonés, que moderniza la arcaizante redacción de los libros I, II y II (arts. 1 a 724), incomprensible incluso para tantos japoneses cultos. Se trata, en verdad, de una reforma más filológica que propiamente jurídica.

En cuanto a los libros IV y V (arts. 725 a 1044),

la ley incorpora igualmente cambios formales de redacción, que no afectan al contenido sustancial del texto, con el fin de eliminar aquellos ideogramas y expresiones caídas en desuso y sustituirlos por otros empleados por la sociedad actual a la que se han de aplicar las disposiciones del Código. La propia ley se ocupa también de dar nueva redacción al índice y a los títulos de todos los capítulos y secciones del Código. Puesto que se trata en definitiva de facilitar el conocimiento de su propio Derecho a los ciudadanos japoneses, esta reforma última de diciembre de 2004, que entrará en vigor en los próximos meses, es digna de los mejores elogios.

## IV. CINCO ESCRITOS MENORES

### 1. HACIA UN DERECHO GLOBAL

El fenómeno llamado de globalización, que caracteriza el desarrollo actual de las ciencias todas, se acusa sobremanera en el Derecho. En efecto, si los Derechos humanos son verdaderamente universales *–humana iura universalia sunt–*, como se desprende del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y los medios de comunicación han facilitado las relaciones sociales, y por tanto las jurídicas, hasta extremos impensables hace pocos años, es no sólo posible sino absolutamente necesaria la progresiva creación de un orden jurídico global.

~~Este *ius novum universale* ha de apoyarse sólidamente en unos principios jurídicos comunes, que, en mi opinión, se sustentan, a su vez, en el de que el hombre para el hombre no es ya una *res sacra*, como dijera Séneca, aplicándolo a la es-~~

clavitud, ni menos todavía un lobo *-homo homini lupus-*, como afirmara Plauto y recogiera siglos después Hobbes –quizá el filósofo que más ha influido en la Ciencia jurídica moderna–, sino una persona: *homo homini persona* sentenció con fuerza Álvaro d’Ors estableciendo lo que yo considero el principio más radical de este incipiente Derecho global.

El primer escollo que ha de soslayarse para alcanzar este deseado orden jurídico global es el de la pretendida exclusión entre los dos sistemas jurídicos de mayor calado y protagonismo mundial, tantas veces considerados, tópicamente pero con escaso fundamento histórico, irreconciliables, a saber: el *civil law* o Derecho continental europeo y el *common law* o Derecho angloamericano. Ambos sistemas jurídicos tienen, sin embargo, como he explicado en otras sedes, una base común firme en el Derecho romano, a pesar de que éste históricamente haya sido identificado más con el Derecho continental europeo que con el Derecho angloamericano. La experiencia jurídica japonesa, con fuerte base romanística, iniciada en la denominada época Meiji (1868-1912) y consolidada después de la segunda guerra mundial, muy particularmente en el año 1947, es una buena muestra de cómo un ordenamiento jurídico puede integrar con armonía tanto principios del Derecho angloamericano como del Derecho continental europeo (especialmente alemán y francés).

Exigencia de nuestros días es superar esta barrera artificial, pero real, entre estos dos sistemas jurídicos, efectivamente distintos pero no incompatibles. Por lo demás, la práctica jurídica universal está confirmando a diario que un Derecho exclusivamente de jueces (Derecho judicial) desemboca inexorablemente en la arbitrariedad y un Derecho sólo de leyes (Derecho legal) conduce irremediabilmente a un positivismo jurídico formalista, extraño al dinamismo social de nuestro tiempo. De ahí la importancia de la participación activa de todos los operadores jurídicos en el desarrollo de los ordenamientos democráticos tan contrarios a cualquier imposición *manu militari*.

Y es que, de la misma manera que no hay arte sin artista, no puede haber Derecho propiamente dicho, es decir, arte de lo justo, sin juristas. Lo que Roma aportó al mundo frente a otros Derechos de la antigüedad fue precisamente esta figura de jurista. Con sus más y sus menos, puede afirmarse que tanto el Derecho continental europeo como el angloamericano, en cuanto herederos del Derecho romano, son, ellos también, «Derechos de juristas».

~~Por eso, constituye un deber inexcusable de~~ toda Facultad de Derecho la formación de estos nuevos «juristas globales» que nos demanda la sociedad. Exige por parte de los profesores un nuevo talante, un nuevo estilo, una nueva forma

de hacer y enseñar Derecho. Algo parecido a lo que sucedió en la Facultad de Derecho de Harvard, entre 1870 y 1895, durante el decanato de Christopher Columbus Langdell. Con la ayuda del presidente de Harvard Charles M. Eliot, implantó Langdell en la *Harvard Law School* un nuevo modelo de Facultad luego adoptado por todas las Escuelas de Derecho de los Estados Unidos durante el primer tercio del siglo XX. Las innovaciones del decano Langdell, entre las que destacan la implantación de la carrera académica, la incorporación del método del caso y la apuesta por la Biblioteca, hicieron de Harvard en pocos años una Facultad de Derecho de referencia mundial.

Formar «juristas globales» es tanto como enseñar a los jóvenes juristas, como a los buenos futbolistas, si se me permite el símil, a jugar con ambas piernas y la cabeza. La pierna derecha sería, para un jurista europeo, el conocimiento del Derecho continental europeo, el *civil law*; la pierna izquierda, el conocimiento del Derecho angloamericano, y la cabeza, la formación jurídica global, integradora y armonizadora, fruto del conocimiento de las obras maestras de la literatura jurídica universal –entre las que ocupa un lugar destacado el Digesto– y de los principios jurídicos globales. Estos juristas globales habrán de ser «generalistas», pues, a diferencia de lo que sucedía en la pasada centuria, sólo así serán capaces, con el tiempo, de convertirse en auténti-

cos especialistas. Éste y no otro es el gran reto que nos presenta el siglo XXI a los que profesamos el Derecho. Empecemos por reconocerlo.

## 2. REPENSAR EL MATRIMONIO CIVIL

El ordenamiento jurídico de una sociedad democrática y avanzada como la nuestra debe proteger, en cualquier relación jurídica, a aquella parte que se encuentre en la posición más débil. Así, en el proceso penal, al imputado frente al ministerio fiscal (*pro reo*); en la relación laboral, al trabajador frente al empresario (*pro operario*); en una relación médica, al paciente frente al hospital (*pro paciente*), etc. Me parece que es momento de analizar la institución matrimonial desde esta perspectiva de protección de los más débiles, esto es: los hijos (*pro filiiis*).

Los juristas no podemos olvidar que el matrimonio es, sobre todo y ante todo, una institución social, y no sólo jurídica, con una marcada dimensión religiosa, ética, moral y psicológica, porque afecta a lo más íntimo de la persona. El concepto de matrimonio (*matrimonium*) no fue creado por los juristas, como sí lo fueron, en cambio, los conceptos de «contrato», «estipulación», «dolo», «testamento», «propiedad» o «posesión» y otros muchos (cfr. lección primera). El matrimonio interesa, pues, a los juristas sólo en la medida en que de él deriven relaciones de justicia. Por eso, una excesiva juridificación del matrimonio más que enriquecerlo lo empobrece, ya



que la perspectiva jurídica del matrimonio es siempre parcial, limitada; de entrada porque el posible amor que une a los cónyuges trasciende a todas luces el Derecho. El amor, móvil de tantas acciones genuinamente humanas, es, en realidad, un concepto metajurídico. Flaco servicio se prestaría a la sociedad si la contemplación jurídica del matrimonio desvirtuara su auténtica naturaleza, presente en todas las civilizaciones, a saber: que la propagación del género humano se desarrolle en el marco social más adecuado.

El Derecho romano analizó el matrimonio desde la posición del *pater familias*. Las personas nacidas en justas nupcias quedaban sometidas exclusivamente a su *patria potestas*, institución típicamente romana (*ius proprium civium Romanorum*). Ésta permitía al *pater familias* adquirir un poder absoluto sobre sus hijos, que ponía al cuidado de su esposa y madre de éstos (*matrimonium*, de *mater*) para así poder dedicarse él a la administración de los bienes familiares (*patrimonium*, de *pater*).

Puede llamar la atención, a primera vista, que los juristas romanos, creadores ellos, como he dicho, del término «contrato» y conscientes de que el matrimonio nacía del consentimiento (*nuptias non concubitus sed consensus facit*), no contractualizaran el matrimonio, como sí, en cambio, otras relaciones bilaterales, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato o la fi-

ducia. La preponderancia del padre en la familia romana impedía ver en el matrimonio una relación jurídica bilateral en sentido estricto. Lo jurídico era propiamente la *patria potestas* o la *manus* (poder marital), pero no el matrimonio, que no originaba en sentido estricto un vínculo jurídico *inter partes*, sino un vínculo social con efectos jurídicos; de ahí que, en Roma, no hubiera diferencia entre separación y divorcio.

La contractualización del matrimonio (*contractus matrimonii*), ya en la Edad Media (Pedro Lombardo, Tomás de Aquino, o Henry Bracton en la tradición del *common law*), supuso un gran avance en la comprensión de la institución matrimonial por cuanto creó entre los cónyuges un vínculo jurídico estable y no sólo un vínculo social con ciertos efectos jurídicos. Canonistas y moralistas comenzaron entonces a interesarse por el matrimonio desde la posición conyugal de igualdad (*vir et uxor pares sunt*) y centraron su atención en el estudio de la cópula sexual, en cuanto generadora de derechos y obligaciones («débito conyugal»). El matrimonio por antonomasia pasó a ser el matrimonio canónico, indisoluble *ratione materiae*, es decir, por configurarse los cónyuges como «una carne» (Génesis, 1.27; 2.24; Mateo, 19.5).

La necesidad de la forma *ad validitatem* proclamada por el Concilio de Trento (1563) otorgó al matrimonio el carácter público que siempre con-

servó el matrimonio romano. Siglos después, en la tradición del *common law*, continuaba considerándose el matrimonio un contrato. Con rotundidad lo afirma William Blackstone, en sus famosos *Commentaries on the Law of England* (1765-1769) I.15.1, con los que se iniciaron en el Derecho, entre otros muchos, los juristas norteamericanos: «*Our law considers marriage in no other light than as a civil contract*».

La revolucionaria Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 secularizó el matrimonio (art. 7: «*La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*»), y abrió las puertas al divorcio civil por mutuo consentimiento (Ley de divorcio de 9 de octubre de 1792). El *Code civil* de 1804 recogió esta concepción del contrato civil así como el divorcio por mutuo consentimiento, aunque bastante mitigado con respecto a la ley de 1792. Apostó el Código francés por una familia patriarcal, inspirada sin duda en el Derecho romano. La influencia mundial de este código hizo que paulatinamente calaran estas doctrinas en muchos otros ordenamientos jurídicos europeos, americanos y asiáticos.

La plena equiparación entre los hijos legítimos (matrimoniales) y los ilegítimos (no matrimoniales), especialmente en la segunda mitad del siglo XX, fue utilizada políticamente para defender que el matrimonio no debía ser el único entorno reconocido por el Derecho para la procreación.

Alejado de su fin primario, el matrimonio se fue transformando paulatinamente en un mero contrato de convivencia entre un hombre y una mujer con una *affectio maritalis* y un proyecto común de vida unilateralmente renunciabile.

No hay, sin embargo, ninguna razón jurídica de peso para que las ventajas sucesorias, fiscales, laborales, etc. de este tipo de convivencia queden reducidas a la pareja heterosexual que muestre una afectividad sexual similar a la matrimonial. Tampoco la hay para discriminar legalmente a aquellas parejas que no convivan con una *affectio maritalis*. ¿Por qué dos novios sí y una madre viuda con su hijo, no, ni un padre viudo con su hija, ni una hermana viuda con su hermano soltero? ¿Por qué dos y no tres? ¿Y por qué no dos personas del mismo sexo? Dos hermanos, dos amigas. Así las cosas, no sorprende que grupos homosexuales vengan exigiendo en Europa y América un derecho al matrimonio civil entre personas del mismo sexo. La institución matrimonial toca, de esta forma, fondo en este profundo y revuelto mar de incertidumbres jurídicas.

En mi opinión, desde el punto de vista estrictamente jurídico (y por tanto siempre limitado), es necesario tener en cuenta lo siguiente:

a) La orientación sexual, es decir, la atracción sexual que puede experimentar todo hombre o mujer con respecto a las restantes personas, no

tiene relevancia jurídica pues pertenece al ámbito de la más estricta intimidad. Dar carta de naturaleza a la orientación sexual es discriminatorio. En efecto, es discriminatorio contratar a un médico por el hecho de que le atraigan sexualmente unas u otras personas como también dejar de hacerlo por este motivo. Prueba de la irrelevancia jurídica de la orientación sexual es que los ordenamientos no consideran ésta a efectos de la capacidad para contraer matrimonio; de ahí que no impidan el matrimonio a un homosexual con una persona del sexo opuesto, como tampoco tener hijos.

b) El contrato de cohabitación debe estar abierto a toda persona en razón de la libertad contractual que ha de informar cualquier ordenamiento jurídico moderno. Que dos, tres o cinco personas, del mismo o distinto sexo, siempre al margen de la orientación sexual, decidan vivir juntos por las razones que consideren oportunas no afecta al Derecho más allá de las relaciones de justicia que origina la propia relación convivencial (representante en la comunidad de vecinos, arrendamiento del piso, etc.), que no necesita en modo alguno una protección jurídica pública especial.

c) La procreación es esencial en el matrimonio: «Tres hacen matrimonio», podría llegarse a afirmar, parafraseando a los juristas romanos. Aquí radica precisamente la diferencia entre la

institución matrimonial y el contrato de cohabitación. Las obligaciones de los padres en relación al correcto desarrollo de la personalidad del nuevo ciudadano justifican plenamente una peculiar protección matrimonial por parte de los poderes públicos.

d) Es el nuevo hijo y ciudadano quien se encuentra, en esa relación matrimonial, en la posición más débil; por eso, debe ser aquél protegido preferentemente por el Derecho frente a los intereses de los padres. Los derechos de la pareja han de quedar limitados cuando entran en conflicto con los derechos del nuevo ciudadano. En el matrimonio, la principal relación jurídica es la que se establece entre los padres, por una parte, y cada hijo, por otra. Un padre o una madre no pueden dejar de serlo; nuestra legislación, sin embargo, sí permite que se pueda dejar de ser esposo o esposa por el divorcio. La exigencia de estabilidad matrimonial radica precisamente en la necesidad de proteger al nuevo hijo. Los contratos de cohabitación, en cambio, no tienen por qué estar sujetos a ninguna cláusula de estabilidad limitativa de la libertad contractual.

e) La adopción debe mantenerse al margen ~~de este debate actual sobre la institución matrimonial~~, pues no afecta al nacimiento de un nuevo ciudadano sino al correcto desarrollo de aquellos que no tienen capacidad para vivir con independencia. Con todo, al no ser jurídica-

mente relevante la atracción sexual, no tiene sentido, desde una perspectiva jurídica, plantearse si deben o no adoptar las personas en razón de su orientación sexual. El centro del debate sobre la adopción radica en la cualificación exigida al adoptante (sea persona física o jurídica) por el ordenamiento jurídico. Naturalmente, el matrimonio, en la medida en que «la adopción imita la naturaleza» (Inst. 1.14.4: *adoptio naturam imitatur*), constituye el entorno más apropiado para la adopción, aunque no el único. Mientras exista posibilidad de «imitar la naturaleza», ésta debe prevalecer frente a cualquier otra opción, en virtud del principio *pro filiis*.

En resumen, pienso que el interés público del nacimiento de un nuevo ciudadano justifica la especial protección jurídica de la institución matrimonial por parte de los poderes públicos. Esto explica que sólo sea posible el matrimonio entre personas de distinto sexo, con independencia de su orientación sexual. Otorgar carta de naturaleza jurídica a la orientación sexual (causa de despido, de incapacidad matrimonial, etc.), constituye un motivo de discriminación en razón del sexo, del todo inaceptable. Los poderes públicos no podrán investigar en ningún caso la orientación sexual de los ciudadanos. El ordenamiento jurídico, y con esto vuelvo al principio, debe proteger la posición más débil en cualquier relación jurídica; en el matrimonio: a los hijos. Ésta es quizá la mejor perspectiva para contem-

plar la institución matrimonial en una sociedad democrática del tercer milenio.

### 3. «LA SCIENCE N'A PAS DE PATRIE!»

El inicio del año académico constituye un momento apropiado para una nueva reflexión sobre la universidad española en la hora presente. El objetivo parece claro. Se trata de que, en pocos decenios, nuestra universidad pueda llegar a competir, por su calidad docente, prestigio investigador y eficaz servicio a la sociedad, con las mejores universidades del planeta.

Tradición universitaria no nos falta; tampoco talento: sí, en cambio, un plan de acción magnánimo y atractivo –alejado de cualquier ideología partidista– que ha de comenzar con una determinante toma de conciencia social acerca del papel de la universidad en el desarrollo de nuestra sociedad. Así los creyeron *ab initio*, por ejemplo, los famosos «*Pilgrims*», cuando, a los pocos años de arribar a Plymouth (Massachusetts), fundaron el Harvard College (1636), al que siguieron otras tantas instituciones académicas que, con el tiempo, se convirtieron en prestigiosas universidades (Columbia, Yale, Princeton, etc.). Fue ésta entonces una de sus principales apuestas. Y mal no les ha ido.

En España, lacran nuestra universidad la elevada burocratización de la gestión académica, el marcado espíritu provinciano a causa de la en-



dogamia profesoral y la falta de un diálogo fluido entre la propia universidad y la sociedad a la que sirve. La universidad española, además, aunque tampoco conviene cargar demasiado las tintas en este sentido, sigue corriendo el riesgo de convertirse, salvo honrosas excepciones, en una «máquina de expedir títulos». En 1957, Godfrey Smith, en su *Directory of Opportunities for Graduates*, comparaba, con no menos acierto que humor, los títulos académicos con los dientes postizos porque, decía, difícilmente se puede vivir sin ellos pero tampoco conviene alardear de su uso. Nuestra universidad, enferma de «titulitis», se ha ido desnaturalizando poco a poco precisamente porque los títulos académicos, para la universidad, deben ser eso y sólo eso: algo postizo, agregado, añadido, necesario, sí, pero en modo alguno suficiente. Esta situación universitaria pesa, pero no debe desalentarnos ni condicionar excesivamente nuestro porvenir.

Una reforma de calado exige, a mi entender, volver a las propias raíces de la institución universitaria, gran aportación medieval europea a la cultura universal. Se dice que es misión de la universidad la transmisión de la cultura (y no falta razón), pero también sirvieron las bibliotecas, en el primer milenio, para conseguir este objetivo cuando no existían propiamente universidades. Se habla también de su doble fin docente e investigador, y de tantas cosas más. Pienso, sin embargo, que tanto la docencia como la investi-

gación son más medios que propiamente fines. Por eso, estoy con Ortega cuando afirma, en *Misión de la universidad*, que la investigación científica es un presupuesto de ésta, una *condicio sine qua non*, pero no su fin. Una universidad sin investigación no se entiende (sería una mera academia), pero la investigación no es, no debe ser, patrimonio exclusivo de la universidad, y menos todavía del Estado o de las Comunidades Autónomas –que deben, por supuesto, fomentarla–, sino responsabilidad de todos los operadores sociales. Aquí se centra en nuestros días el diálogo universidad-sociedad.

En mi opinión, es la integración de saberes (*universitas studiorum*) la que da su razón de ser a esta institución multiseccular. De ahí que todo cuanto hagamos para cumplir con este fin repercutirá directamente en la calidad de nuestras universidades. Dos vías de actuación sugeriría en este momento, a saber: fomentar *ad intra* la interdisciplinariedad y *ad extra* la movilidad tanto del profesorado como del alumnado. En efecto, en la interdisciplinariedad y la movilidad radican las claves de la universidad del siglo XXI, cada vez más condicionadas, por su propio fin integrador, por la complejidad e interdependencia de nuestras sociedades. Y es que, lo queramos o no, la universidad, y mucho tiene que ver con ello las nuevas tecnologías, debe dejar de ser «claustral», es decir, de vivir encerrada en sí misma, y convertirse en «global», abierta, de

modo que, una vez internacionalizada en su profesorado y alumnado, obtenga el máximo rendimiento de las múltiples sinergias que una sociedad globalizada genera. Cada universidad ha de ser un auténtico laboratorio de integración globalizadora.

Si apostamos, en serio, por la movilidad, fundamento de esta nueva universidad global, observaremos en poco tiempo cómo mejora la calidad de las universidades. Existirá una sana competitividad entre la comunidad científica internacional: universidades de salida y de término, es decir, universidades donde se contraten flamantes doctores y otras donde sean contratados profesores tras una trayectoria académica internacionalmente reconocida. Esta libre movilidad debe afectar a todas las universidades, sin excepción. En los Estados Unidos, y no, por desgracia, en Europa, se ha logrado una intensa cooperación entre las llamadas universidades privadas y las públicas. Basta visitar la ciudad de Boston, donde se halla el prestigioso Boston College, de los jesuitas, la Boston University, pública, y, a pocos metros, pasando el río, ya en Cambridge, la Universidad Harvard (que no «de Harvard», pues se trata del nombre de un primigenio benefactor, John Harvard, y no de un topónimo).

Mucho se hablará este curso académico sobre la Universidad. Todos tenemos buenos deseos.

Pero éstos no son suficientes. Necesitamos objetivos a corto y largo plazo, y medios para alcanzarlos, es decir, necesitamos una eficaz política universitaria, que respete, eso sí, exquisitamente la autonomía de cada universidad. No hay otro camino si queremos competir a nivel internacional. Y un nivel inferior, hoy en día, es inadmisiblemente. Pascal lo tenía ya muy claro: *La science n'a pas de patrie!*

#### 4. ROBERT SCHUMAN, PADRE DE EUROPA

El cuadragésimo aniversario de la muerte de una de las personas a la que más merecidamente conviene el nombre de «padre de Europa» –Robert Schuman (1886-1963)– ha pasado inadvertido a la opinión pública española. En efecto, aunque nuestro sentimiento europeo esté creciendo paulatinamente, lo cierto es que los artífices de lo que hoy llamamos Unión Europea (Konrad Adenauer, Robert Schuman, Jean Monnet, Alcide De Gasperi), no nacieron en España.

Esto explica que no sintamos por ellos la estima y el afecto de que gozan en países vecinos. España está pagando a un precio muy alto el no haberse podido subir al tren de Europa en la estación de salida, sino tan sólo después de muchos kilómetros y horas de viaje. Con todo, el tiempo corre a nuestro favor.

Sirvan, pues, estas palabras de homenaje a ese auténtico demócrata e infatigable paladín de la

construcción de Europa, primer Presidente del Parlamento Europeo –entonces Asamblea Parlamentaria–, cuya vida y pensamiento pueden arrojar bastante luz en estos momentos en que se está debatiendo nuestra Constitución europea en el marco de un nuevo orden global.

Digo vida y no sólo pensamiento porque en ocasiones éste no es sino un fruto maduro de aquélla. Tantas veces no es una persona la que pasa por la historia sino la historia la que se encarna en una persona. Ésta es realmente la más genuina figura histórica pues con su actuación «hace historia» cambiando el rumbo de la Humanidad. El siglo que acabamos de cerrar ha sido, en este sentido, paradigmático.

En el corazón del bayonés René Cassin (1887-1976), por ejemplo, quedó literalmente grabada a fuego una terrorífica experiencia personal durante la Guerra Europea, en la que sirvió al ejército francés. Tras ser gravemente herido en el frente, en octubre de 1914, por una metralleta alemana, desahuciado y abandonado, fue llevado, por fin, al cabo de dos interminables días, a un hospital de campaña donde por fortuna su madre enfermera logró convencer a los médicos de que operaran ese cuerpo cadavérico, que consiguieron reanimar. Más de treinta años después, Cassin se convirtió en el principal redactor de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, que le hizo merecedor del Premio

Nobel de la Paz en 1968. Algo similar se puede decir de Juan Pablo II –alcanzado por una peligrósima bala asesina aquel fatídico 13 de mayo de 1981– en relación con la caída del muro de Berlín.

Una experiencia personal condicionó también la vida y el pensamiento del pequeño Schuman: vivir «entre fronteras». Robert Schuman siempre consideró éstas más una artificial limitación de la libertad impuesta por un nacionalismo exacerbado que un medio de defensa de la seguridad de un Estado. Como hijo de lorenés y luxemburguesa, cuya familia huyó de Lorena cuando se anexionó ésta al Reich alemán, como buen conocedor de las lenguas que se hablaban a los dos lados de la frontera –el francés y el alemán–, como persona de cabeza alemana y corazón francés, como soldado que fue, movilizado por el ejército alemán, en la Guerra Europea que devolvió a Francia Alsacia y Lorena, como fugitivo del terror nazi, del que consiguió evadirse tras ser arrestado por la Gestapo en 1942, Robert Schuman no pudo por menos de emplear toda su fuerza vital, que en ocasiones era arrolladora, para lograr la paz y la solidaridad de una Europa asolada por dos guerras, que era necesario reconstruir desde las cenizas.

La frase que abre su Declaración de 9 de mayo de 1950, actual día de Europa –fundamento del tratado constitutivo de la Comunidad Europea

del Carbón y del Acero (1951)–, parece escrita con letras de sangre: «La paz mundial no podrá salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan». Éste es precisamente el mensaje que nos propone Schuman en este tiempo en que la paz del orbe vuelve a estar en peligro –amenazada por el terrorismo internacional– como lo estuvo cuando el entonces Ministro de Asuntos Exteriores francés pronunció estas palabras en el Gran Salón del Reloj del Quai d’Orsay.

Estos «esfuerzos creadores» (*«efforts créateurs»*, en el texto original) a que se refiere Schuman nada tienen que ver con la imposición de unas ideas –por muy democráticas que sean– con la fuerza de las armas (no olvidemos que el que roba al ladrón es también ladrón), sino más bien con la construcción de un nuevo orden mundial basado en la solidaridad de los pueblos en el que Europa, por su cultura y tradición irrenunciables, está llamada a desempeñar una función primordial. De esa misión de Europa en el concierto de las naciones dejó Schuman unas bellísimas páginas escritas en ese pequeño gran libro, de obligada lectura, que es *Pour l’Europe*, que preparó durante los últimos años de su vida y que vio la luz poco después de su muerte.

Robert Schuman nació en el llamado siglo de las libertades, desarrolló su actividad más fecunda en la centuria de la igualdad. Su pensa-

miento, sin embargo, ha superado las barreras del tiempo y del espacio y se ha proyectado con una especial intensidad en este apasionante siglo de la solidaridad.

5. ANTONIO GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, «IN MEMORIAM»

Embajador y ministro, abogado innovador y moderno, académico y ensayista, presidente de distintas compañías, Antonio Garrigues Díaz-Cañabate fue uno de los grandes protagonistas de la historia española del siglo XX. Abrió camino en la Política, en la Economía, en la Diplomacia, y muy particularmente en la Abogacía, como fundador, con su hermano Joaquín, en 1941, del primer despacho colectivo en España de corte angloamericano, modelo de otros que se han creado después en nuestra piel de toro. Tiró de España hacia arriba y, en algunos momentos políticos especialmente delicados, incluso cargó con ella, se echó España a sus espaldas, con tal señorío y discreción que sólo el paso del tiempo nos ha permitido conocer ciertos detalles de su auténtico patriotismo, en el sentido más genuino y noble del término.

Don Antonio —como era llamado incluso por ~~sus hijos~~ nació en Madrid, el 9 de enero de 1904, como tercer hijo del abogado y secretario de sala don Joaquín Garrigues Martínez, oriundo de Totana (Murcia), y de doña Isabel Díaz Cañabate, que falleció prematuramente, y



a quien don Antonio siempre dijo parecerse físicamente. Joven elegante y con profundas inquietudes intelectuales y religiosas, Antonio Garrigues estudió la carrera de Derecho –con Premio Extraordinario– en la Universidad Central. Con 27 años, fue nombrado director general de los Registros y del Notariado por Fernando de los Ríos, entonces Ministro de Justicia. Pocos meses después, el 27 de noviembre 1931, contrajo matrimonio con una bella mujer norteamericana de excepcionales cualidades: Hellen Anne Walker. Natural de Des Moines (Iowa), era hija del ingeniero jefe de la ITT en Madrid. Con ella tuvo don Antonio, en trece años, nueve hijos. La conversión de Helen Anne al catolicismo leyendo las obras de Santa Teresa (1932) y la prematura muerte de aquella delicada mujer a la que tanto quiso (1944) se grabaron a fuego en el corazón de don Antonio. Mucho le pesó también a lo largo de su vida el fallecimiento de tres de sus hijos varones: Gonzalo (1942), Joaquín (1980) y Juan (1986). Pasados pocos meses de su muerte, falleció su hijo José Miguel (2004).

Abandonó la Dirección General tras formarse el primer gobierno republicano y comenzó entonces a ejercer como abogado de la Equitativa, Fundación Rosillo, hasta el estallido de la guerra civil. A los duros años de la contienda, siguieron dos décadas de fecunda labor como abogado. En ellas desplegó una intensa actividad que le permitió poner en funcionamiento un despacho mo-

dero y único en España, nutrido en su mayor parte por clientela internacional. En 1951 fue nombrado presidente de la SER, cadena a la que estuvo vinculado a lo largo de casi toda su vida.

El rumbo profesional de don Antonio cambió radicalmente en 1962, al ser nombrado Embajador de España en los Estados Unidos de América. Desde la embajada de Washington, consiguió en muy poco tiempo mejorar sustancialmente las relaciones entre estos dos países, gracias a su buena amistad con los Kennedy. Se rumoreó, con cierto fundamento, que don Antonio iba a casarse en segundas nupcias con Jacqueline al enviudar ésta tras el asesinato en Dallas de John F. Kennedy. El viaje de Jackie a Roma para asistir a una audiencia especial con Pablo VI, gestionada directamente por el embajador Garrigues, y la visita de la dama americana a Sevilla con ocasión de la Feria, en 1966, donde fue recibida por don Antonio, constituyeron un buen pábulo para los periodistas.

En Washington conoció Garrigues a los príncipes don Juan Carlos y doña Sofía, entonces recién casados. «Desde esa época –ha escrito en su delicioso libro *Diálogos conmigo mismo*–, mi inclinación inequívoca e inalterable fue la restauración de la Monarquía en el hijo de don Juan, reconociendo con respeto y admiración el sacrificio, la generosidad, la nobleza y la intuición política de don Juan de Borbón, que fue injustamente tratado por el régimen de Franco».

El éxito norteamericano provocó su nombramiento como embajador ante la Santa Sede (1964-1972), donde estaban sobre el tapete temas conciliares tan importantes como la libertad religiosa, el ecumenismo o las conferencias episcopales. Al poco de regresar a España, fue nombrado, con setenta y un años, Ministro de Justicia del primer gobierno de la Monarquía. En unos meses, impuso Garrigues en ese Ministerio un nuevo estilo liberal y aperturista. Tenía don Antonio la idea clara de que el rey don Juan Carlos sucedía a Franco, pero no al franquismo. Pero pronto –y solía comentar Garrigues que *meglio non indagare*– se precipitó la crisis del gabinete de Arias Navarro y abandonó la política; no, en cambio, su intensa participación en la vida pública española, como presidente de diversas compañías, articulista y, desde 1986, académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, donde ingresó con un memorable discurso sobre *La aventura de la vida*.

Tres fueron las cualidades de don Antonio que, unidas a su integridad ética, lo convirtieron en un potente motor de la sociedad de su tiempo, a saber: su firme compromiso social, su eficaz realismo práctico y su infatigable capacidad de trabajo. Su compromiso vital con la sociedad le llevó, como he dicho, a ocupar –y a dejar en el momento oportuno con gran desprendimiento por su parte– importantes cargos durante la república, el franquismo y el primer go-

bierno de la monarquía. Lejos de cualquier actitud acomodaticia propia del animal político —él nunca lo fue—, atrajo a Garrigues, con la misma fuerza que el hierro se va al imán, su pasión por servir. Él no necesitó, ni económica ni profesionalmente, «vivir» de la política; y nunca se aprovechó de ella. Este compromiso adquirido le impulsó también a promover algunas iniciativas sociales y a expresar públicamente su opinión, con sencillez, nobleza y optimismo, sobre las cuestiones más controvertidas de cada época.

Gozó don Antonio de un eficaz sentido realista, a modo de sexto sentido, que le permitía hacerse cargo con rapidez de cada situación y le facilitaba la toma acertada de decisiones, huyendo de generalidades y sabiendo cambiarlas cuando así parecía exigirlo el interés general. Este realismo explica quizá su éxito con los norteamericanos, siempre tan prácticos, o que, siendo él, en su juventud, de ideas republicanas, se convenciera con los años de la necesidad de restaurar la monarquía en España, de cuya mano vino poco después la democracia a nuestro país.

Don Antonio fue, por último, un trabajador infatigable. ¡Ponte a trabajar! Éste era el consejo que solía dar a quienes alguna vez se lo solicitamos. Y es que si de algo supo este jurista fue de trabajo esforzado, constante y optimista, que convirtió en cuajadas obras de servicio a la sociedad española.

A lo largo de su vida, recibió numerosas condecoraciones, como las Grandes Cruces de San Raimundo de Peñafort, de Isabel la Católica, de la Orden de Carlos III y de la Legión de Honor francesa. Con ocasión de su centenario y en atención a su «fecunda aportación a la sociedad española» y «su dilatada vida presidida por su extraordinaria vocación de servicio público», el rey don Juan Carlos le otorgó el título de Marqués de Garrigues (Real Decreto 1/2004, de 8 de enero). Antonio Garrigues Díaz-Cañabate murió en Madrid el 24 de febrero de 2004.

## ÍNDICE DE TÓPICOS SELECTOS\*

Acción Publiciana, 29  
Adenauer, Konrad, 157  
Adriano, 25, 40s., 47, 50, 53  
*affectio maritalis*, 149  
Africano, 41ss., 49  
*agere*, 25  
Alejandro Severo, 37, 50, 55  
AlfenoVaro, 50  
Antonino Pío, 43, 87  
Apio Claudio, 24  
Aquilio Galo, 34  
Arcadio Carisio, 53  
*ars boni et aequi*, 20  
arúspices, 82  
Atilio, Lucio, 26

---

\* Se omiten en este índice muchas referencias accidentales, así como las de algunos tópicos tratados *passim*.

*auctores*, 72

*auctoritas*, 24

- en el derecho privado, 87ss.;
- *iudicis*, 91
- jurisprudencial, 27, 29, 30, 37, 47;
- *mancipationis*, 88;
- *patris*, 88s.;
- *patrum*, 72ss., 97s.;
- *Pontificis*, 79, 84;
- *Principis*, 94ss.
- *rei iudicatae*, 92;
- *testis*;
- *tutoris*, 87;
- y «autorización», 70s.;
- y *consilium*, 72;
- y *iudicatio*, 93
- y *ius dicere*, 93
- y *iussum*, 70s.;
- y *mores maiorum*, 83;

*auditores*, 49, 84

*auguratio* y *auspicatio*, 82

augures, 79, 82

*augurium augustum*, 94s.

Augusto, 37s., 69, 76, 94

*Augustus*, título de, 94

Aulo Gelio, 22

*beneficium*, 37

BGB, 117ss.,

Blackstone, William, 148

Boissonade de Fontarabie, Gustave Émile, 104s., 106,  
111,113

Bracton, Henry, 147

Breviario de Alarico, 62  
Calístrato, 46, 50  
Capitón, 38  
Caracala, Antonino, 44  
Casa (*Ie*), 125ss.  
Casio, 42, 48  
Cassin, René, 158  
casuística, obras de, 49  
Catón, el Viejo, 26;  
Catón Liciniano, Marco Porcio, 26  
*cautio Muciana*, 34  
*cavere*, 25  
Celso, vid. Juvencio Celso  
Cervidio Escévola, 43s., 48s., 50, 61  
Cicerón, 22, 23, 27, 35, 36, 95  
ciencia jurídica alemana, 109  
— penalista, 106  
*civil law* y *common law*, contraposición, 142  
*Codex Gregorianus*, 54, 62  
*Codex Iustinianus*, 58s.  
Código civil español, posible influencia en el Código  
civil Meiji, 121ss.  
Código civil de Boissonade, 106ss.  
Código civil japonés, 113ss., (revisión de, 1947), 131ss.;  
Código civil suizo, 121  
Código Hermogeniano, 62  
Código penal francés, traducción al japonés, 103  
Código Teodosiano, 56, 62  
colegialidad de los colegas, 78s.



- de los colegios, 78s.
- Collatio o Lex Dei*, 54
- compilaciones posclásicas, 54s.
- conceptos jurídicos fundamentales, 19, 145
- condición de la mujer; en el Código civil Meiji, 126
- consilium Principis*, 43, 53, 98
- Constantino, 53
- Constitución Europea, 67
- Constitución japonesa de 1947, 130ss.
- Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, 55
- Corpus Iuris*, 56ss.
- Coruncanio, Tiberio, 24
- crimen maiestatis*, 77
- De Gasperi, Alcide, 157
- decadencia jurídica, 53, 55
- decemviri, legibus scribundis*, 22
- Derecho alemán, recepción japonesa del, 108s.
  - angloamericano, 103; temprana presencia en el Japón del, 105
  - de Pandectas, 103
  - francés, introducción en el Japón del, 105; abandono oficial japonés del, 109
  - global, 20
  - japonés, eclecticismo del, 142; vid Código civil Meiji
  - objetivo, *ius potestasque*, 63, 86
  - subjetivo, *ius ratumque*, 63, 86
  - sucesorio en el Código civil Meiji, 128s.
  - vulgar de Occidente, 62
  - y ley, 63, 67, 83, 85, 86
  - judicial y legal, 143

*digesta*, 41, 43, 48, 50  
Digesto, 46, 58ss.  
Diocleciano, 41, 54  
*disputationes*, vid. casuística  
Edicto, *lex annua*, 36; codificación del, 40 orden del,  
50, 59  
— Perpetuo, reconstrucción del, 47  
— como libro de autoridad, 99  
Elio Peto, Sexto, 25, 30  
Elio Peto, Publio, 25  
*emancipatio*, 27  
*enchiridium* de Pomponio, 21, 40s.  
epitomación, tendencia posclásica, 54  
Escipión, Emiliano, 27  
Escuela alemana de Derecho, 115  
— anglosajona de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Tokio, 112  
— de Derecho del Ministerio de Justicia nipón,  
105, 109, 113  
— francesa de Derecho (Universidad Hosei), 113  
— Histórica, 103  
Escuelas de Derecho, antagonismo entre, 109  
Escuelas jurídicas, Sabiniana (Casiana), 38, 39; Procu-  
leyana (Proculiana), 38, 39; rivalidad entre sabinia-  
nos y proculeyanos, 40  
— de Oriente, Berito y Constantinopla, 57, 61  
Eto, Shimpei, 103  
*fides*, 63  
filosofía griega y jurisprudencia romana, 20, 30ss.  
formularios, de acciones, 24  
— de cauciones, 24

- negociales, 25, 27
- Fragmenta Vaticana*, 54
- Galba (orador), 30
- Garrigues Díaz-Cañabate, Antonio, 14, 161ss.
- Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín, 14, 161.
- Gayo, 39, 42s., 46s., 51, 56, 58, 61; vid. Instituciones
- Geta, P. Septimio, 44
- Gneo Flavio, 24
- Harvard College, 153
- Harvard, John, 156
- helenismo en Roma, 30s.
- Hermogeniano, 53s.
- homo homini persona*, 142
- Hozumi, Nobushige, 112, 117, 124
- indivisibilidad romana del poder y colegialidad, 78s.
  - e *intercessio*, 79
- Instituciones, de Justiniano, 24, 43, 58s.
  - de Florentino, 50
  - de Gayo, 38, 42s., 50, 58
  - de Marciano, 50
- interpolaciones, 60
- interpretación jurídica, 23, 41
- interpretationes*, 62
- Iriai, derecho de, 124
- Isobe, Shiro, 107
- ius, ars boni et aequi*, 20
  - *antiquum*, 23
  - *Papirianum*, 21
  - *civile*, fundadores del, 27ss.
  - *civile*, sistemática del, 33

- *civile Flavianum*, 24
- *gentium*, 63
- *honorarium*, 40
- *novum*, 41
- *novum universale*, 141
- *respondendi*, 37, 96

Javoleno, 48

Juan Carlos y Sofía, reyes de España, 163

Juan Pablo II, 159

Juliano, Salvio, 39s., 41s., 47, 50, 61

jurisprudencia romana, orígenes de la, 11, 20ss.; definición de la, 23

- preclásica, 23ss.
- «cautelar», 25; helenización de la, 30ss.; burocratización de la, 53

Justiniano, 44, 57, 61 vid Instituciones; vid. *Corpus Iuris*

Juvencio Celso, 20, 40s., 50

Kumano, Toshikazu, 107

Labeón, 38, 45s., 47

Lelio Félix, 33

Lenel, Otto, 47

*lex*, *Atinia de usucapione*, 29

- *Cornelia de edictis*, 36
- *Romana Visigothorum*, 62

ley, Ebucia (Aebutia), 25

- de las XII Tablas, 21ss., 26s., 47, 88
- de Citas, 42, 56, 61
- como acto de magistrado, 85

leyes regias, 21

Libro siro-romano, 54

- Licinio, Craso, 28s., 30;  
literatura jurídica clásica, 45ss.  
— de principios, 51;  
— de instrucción a magistrados, 52  
— isagógica, 50  
— monografías, 51s.
- Lombardo, Pedro, 147
- magistrado y juez: potestad y autoridad en el *ordo iudiciorum privatorum*, 90s.  
— en la *cognitio*, 93
- Magna Grecia, 22
- maiestas Populi Romani*, 76s.; absorción de la majestad por el Príncipe, 77; indivisibilidad de la, 78
- mancipatio* y *auctoritas*, 88
- Manio Manilio, 27
- Marcelo, 50
- Marco Antonio, 29, 37
- Marco Aurelio, 43, 50
- Marco Junio Bruto, 27, 28
- matrimonio, contractualización medieval y moderna del, 147ss.  
— dimensiones de la institución del, 145  
— romano, 146  
— y cohabitación, 150s., 152  
— y divorcio, en el Código civil Meiji, 126s.; reforma por el Código civil japonés de 1947 del, 132; realidad social del divorcio, 133
- Meiji, restauración, 101, 142; gobierno del, 102; Constitución de, 108, 114
- método dialéctico, 31s., 33, 35
- Mitsukuri, Rinsho, 103

Modestino, 45, 56  
Monnet, Jean, 157  
*mores maiorum*, 21  
Mucio Escévola, Publio, 27, 28;  
Mucio Escévola, Quinto (el Augur), 29, 32;  
Mucio Escévola, Quinto (el Pontífice), 28, 32, 33, 34  
Neracio, 40, 48, 51  
*nobilitas*, 27  
*notae*, vid. comentarios jurídicos  
Octavio, vid Augusto.  
Ofilio, 46  
oradores y juristas, 84s.  
*orationes Principis*, 41  
orden jurídico mundial, 67  
orientación sexual, relevancia, 149s.  
Ortega y Gasset, José, 155  
Ors, Álvaro d', 13, 79ss.  
*Palingenesia Iuris Civilis*, 46  
Panecio de Rodas, 32  
Papiniano, 44s., 49, 55s., 61; notas a, 55  
*partus ancillae*, 28  
*patres* (senadores) y *auctoritas*, vid. *auctoritas patrum*  
*patria potestas* y *auctoritas patris*, 88s.  
Paulo, 43s., 46s., 48s., 54, 55s., 61  
*pax Augusta*, 19  
Platón, 31  
Plinio el Joven, 39  
poder, personal e indivisible, 79  
Pompeyo, Sexto (jurista), 29

Pomponio, 21, 26, 33, 37, 42s., 46, 48, 51, 61  
pontífices, actividad colegio pontifical, 23  
— monopolio de la jurisprudencia, 24  
*potestas, maxima o imperium*, 77; indivisibilidad de la,  
78  
presunción Muciana, 34  
*Princeps*, 75  
Principado, 19, 37, 38, 77  
procedimiento, formulario clásico, 25, 36, 89s., 92s.  
— cognitorio, 93  
*quaestiones*, 49s.  
recepción del Derecho occidental en el Japón, 102ss.;  
*regulae* o definiciones, libros de, vid. literatura jurídica  
de principios  
religión y derecho, 23  
*Res gestae divi Augusti*, 69, 94  
*rescripta*, 41, 98s.; falsificación de, 55  
*respondere, publice*, 24  
*responsa*, 24, 26, 27, 28, 41, 50; libros de, 48s.  
— pontificales, 79, 84  
Rudorff, Adolf Friedrich, 47  
Rutilio Rufo, 29  
Sabino, Masurio, 37, 46, 48  
Schuman, Robert, 157ss.  
Senado, en la monarquía, 72  
senadoconsultos, eficacia de los, 98s.  
*senatus consultum y auctoritas senatus*, 75s.  
Sentencias de Paulo, 54  
*sententiae*, libros de, vid. literatura jurídica de princi-  
pios

Septimio Severo, 44  
Servio Sulpicio Rufo, 34 ss., 38, 46; discípulos de (*auditores Servii*), 35  
Severos, dinastía de los, 44, 52s.  
Sexto Papirio, 21  
sistemática y posclasicidad, 45  
Smith, Godfrey, 154  
SPQR (*Senatus Populusque Romanus*), 37, 71, 76, 95  
testamento, invención del, 27  
testigos, vid. *auctoritas testis*  
Tiberio (emperador), 37  
Tito Livio, 22  
*Tituli ex corpore Ulpiani*, 54  
Tokugawa, período de, 101s., 110  
Tomás de Aquino, santo, 147  
Tomii, Masaaki, 113  
tradición jurídica japonesa, 124; armonización con los principios jurídicos occidentales de la, 129, 131, 134; Derecho de familia en la, 125s.;  
Triboniano, 58, 60  
Trifonino, 43, 48  
*Tripertita*, 23, 25  
Tuberón, 29  
tutela y *auctoritas*, 87  
— curatela y «asistencia» o «acompañamiento» en el Código civil japonés, 137ss.  
Ulpiano, 37, 44s., 46s., 48, 54, 55s., 61  
Ume, Kenjiro, 113  
universidad, crisis de la, 153ss.  
— y sociedad, 155



Universidad de Tokio, 105; Facultad de Derecho de la, 109, 112s.

Universidades de Columbia, Yale, Princeton, 153

Virginio, Aulo, 29

vulgarismo jurídico posclásico, 54; vid. Derecho vulgar de Occidente

Wigmore, Henry, 110



